

Handhaven met een toefje psychologie

Introductie¹

Dat binnen het privaatrecht het thema 'handhaving' een hoge actualiteitswaarde heeft en van groot gewicht is geworden de laatste jaren, kan welhaast niemand ontgaan zijn, en zeker niet de *HPNR*-lezer. Dat daarbij de juridische arena niet veel verlaten wordt, ligt voor de hand (enkele rechtseconomen uitgezonderd) en is begrijpelijk, want wij civilisten moeten op dit vlak eerst ons eigen terrein nog goed door- en overdenken en onder de knie krijgen. Dat gezegd zijnde, zou het echter toch te betreuren zijn als niet nu al tevens – hoe voorzichtig ook – getracht zou worden om af en toe een blik over de schutting tussen het privaatrecht en de psychologie te werpen. Het verband tussen beide terreinen is namelijk redelijk evident als handhaving de invalshoek is. Handhaving heeft immers alles te maken met de mate waarin regels en voorschriften nageleefd worden, en precies dat is ook een belangrijk psychologisch thema. Tijd dus om even bij de burens te spicken en te trachten alvast een klein tipje van de sluier op te lichten...

Vrijwillige nakoming en nakomingsgaranties

Bij het naleven en handhaven van regels is *vrijwillige nakoming* zeer belangrijk – en gelukkig veel voorkomend² – omdat in de gevallen waarin er geen 'compliance' (dat is modern Nederlands voor vrijwillige nakoming) is, alleen kan worden teruggevallen op (afgedwongen) handhaving door een individu, een collectief of een speciaal daartoe ingerichte organisatie. Dat kan zo zijn nadelen hebben. Het grote voordeel van vrijwillige nakoming is daarentegen dat handhaving en sanctionering nu juist niet (meer) nodig zijn. In de psychologie staat 'compliance' immers voor 'a particular response – acquiescence – to a particular kind of communication – a request. (...) the target recognizes that he or she is being urged to respond in a desired way'.³

Vrijwillige nakoming wordt vooral verkregen als de regels brede steun genieten, bekend zijn en 'van de werkvloer' zelf stammen (niet 'top down' opgelegd zijn); naleving is beter geregeld indien de regels aansluiten bij de werkelijkheid van de door die regels aangesprokene.⁴ Dat verklaart dan ook het succes (de effectiviteit) van bijvoorbeeld zelfregulering want daarbij is eerder aan die voorwaarden voldaan.⁵

Wat ook belangrijk is, is dat degenen die de regels moeten navolgen het proces dat tot de invoering van de regels geleid heeft, eerlijk vonden, en dat er ruimte was voor inspraak, neutraliteit, waardering en respect. Deze ijkpunten van 'procedural justice' maken dat mensen de regels als legitiem en moreel juist beschouwen, en ze dus willen nakomen. Het kan echter ook zomaar gebeuren – sterker nog, dat is geregeld nog het geval – dat de

betreffende normen toch niet vrijwillig nagekomen worden.⁶

Een eerste, prealabele manier om een eventueel handhavingstekort te verkleinen kan dan, zo volgt uit het voorgaande, gevonden worden in het introduceren van manieren, indien aanwezig, waarmee die 'compliance' verder bevorderd kan worden zonder dat er meteen in termen van belonen of straffen hoeft te worden gesproken.

Soms is dat uiteindelijk niet erg ingewikkeld omdat er een eenvoudig, wel juridisch georiënteerd nalevingsmechanisme is ontwikkeld. Bij het overleg inzake algemene voorwaarden voor bepaalde branches is bijvoorbeeld van belang dat als er een geschillencommissie wordt aangewezen of ingesteld (hetgeen vaak het geval is), er ook een zogenoemde 'nakomingsgarantie' wordt afgesproken. De betrokken branche garandeert daarmee dat de uitspraak van de geschillencommissie daadwerkelijk verwezenlijkt wordt, zodat een bindend advies van die geschillencommissie door de leden van branche nageleefd moet worden en wordt. Tussen 'compliance' en handhaving staat derhalve een tussenvorm die als 'automatische (juridische) handhaving' gekenschetst kan worden.

- 1 Deze bijdrage is een bewerking van een deel van mijn afrondende bijdrage in de Utrechtse bundel *Handhaving in en door het privaatrecht* (werkittel) die dit najaar bij Bju te Den Haag zal verschijnen onder redactie van E.F.D. Engelhard e.a. Deels bouw ik hierbij ook voort op I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 125 e.v.
- 2 Zie het themanummer 'Wij zullen handhaven!' in *HPNR* (2008) 6772, met vele verwijzingen.
- 3 Zie bijvoorbeeld de bijdrage van L. Visscher in het in noot 1 genoemde boek.
- 4 R. Hertwig, Do Legal Rules Rule Behavior?, in: G. Gigerenzer & Chr. Engel, *Heuristics and the law*, Cambridge: The MIT Press 2006, p. 392 en 396; T. Tyler, Psychology and Institutional Design, *Review of Law & Economics* 4:3, 2008, p. 803.
- 5 A. Brenninkmeijer, Nakoming van rechtsnormen: tussen orde en chaos, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren*, Deventer: Kluwer, 2005, p. 217.
- 6 Zie R.B. Cialdini & N.J. Goldstein, Social Influence: Compliance and Conformity, *Annu. Rev. Psychol.* 2004:55:591-621, op p. 592.
- 7 Zie Cialdini/Goldstein 2004, p. 597. Vgl. ook nog D.G. Gollstein, Group Report: How Do Heuristics Mediate the Impact of Law on Behavior, in: G. Gigerenzer & Chr. Engel, *Heuristics and the law*, Cambridge: The MIT Press 2006, p. 451 e.v.
- 8 Vgl. J. van Erp, Motieven voor naleving van regelgeving: recente gedragswetenschappelijke inzichten, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden, J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren*, Deventer: Kluwer 2005, p. 20 en 27.
- 9 Vgl. o.a. M. van Heffen-Oude Arkelink, T. Brandsen, Brancheorganisaties en gedragscodes: de spagaat van zelfregulering, *RAB* 2004/2, p. 36-37.
- 10 Over het voorgaande Tyler 2008, p. 803-804 en p. 812 e.v., en over 'procedural justice' ook p. 823 e.v.

Vorbij vrijwillige nakoming: 'libertarian paternalism' en 'boundedly rational decision strategy'

In gevallen waarin 'compliance' niet langs deze weg 'automatisch' bereikt kan worden, zou er aan gedacht kunnen worden – zo leren we van onze zoektocht buiten het privaatrechtelijke domein – om niet zozeer via nieuwe regels en sancties, maar veeleer via *beleidsmatige initiatieven* tot een verbetering te komen. Waar getrainde verkopers van stofzuigers, auto's, keukens, etc. bepaalde psychologische valkuilen en technieken gebruiken om mensen te laten 'meedoen' (lees: bepaalde producten aan te schaffen of diensten af te nemen, zoals het inhuren van een advocaat bij een schadegeval), daar kan de overheid wellicht vergelijkbare technieken gebruiken om de justitiabele tot nakoming te 'bewegen', om deze de voor hen juiste keuze te laten maken.

Gebruik maken van dit concept van wat dan genoemd wordt 'libertarian paternalism'¹¹ (in mijn woorden: de vrije keuze van elk individueel mens in de voor het welzijn van die persoon meest wenselijke kant op 'duwen' door gebruik van psychologische wetmatigheden¹²), kan bijvoorbeeld voorkomen dat later alsnog, eventueel straffere sancties voor diezelfde justitiabele nodig zijn. Ook scheelt dit behoorlijk, indien succesvol, in de handhavingskosten voor de belastingbetaler. Dat 'misbruik' hier mogelijk is, is evident,¹³ maar dat laat onverlet dat deze leer ten minste interessant kan zijn om nader te bestuderen.

Meer in het algemeen is het mijns inziens verstandig om te kijken naar naleving van regelgeving mede vanuit een psychologische invalshoek – zodat onze wetgevingsjuristen wellicht versterking zouden moeten krijgen van psychologen? – omdat mensen niet enkel op basis van een (puur rechtseconomische) kosten-batenanalyse ('rational choice'¹⁴) de regels naleven of juist negeren. Een zodanige vorm van wat dan ook wel heet 'unbounded rationality' is niet goed denkbaar, want psychologische aspecten spelen bij dergelijke beslissingen altijd mee. Denk bijvoorbeeld aan 'social learning' (en speciaal het imiteren van gedrag van anderen), waardoor mensen in staat zijn de sociale en juridische normen in acht te nemen. Dat is een vorm van een 'boundedly rational decision strategy'.¹⁵

Analyses langs deze lijnen, leiden tot het idee dat het bij naleving van regels niet enkel gaat om de causale brug tussen de juridische regel en het beslisgedrag van mensen (omdat X verboden is, doe ik Y), maar mede om de invloed van bijvoorbeeld 'social learning' en 'environmental cues and constraints' (de omgevingsfactoren en –belemmeringen). Die elementen maken dat we minder beslissingen 'in ons hoofd' nemen dan we zelf denken en dat ons gedrag vaker door externe invloeden bepaald wordt.¹⁶ Dat gegeven biedt vervolgens ruimte om op een alternatieve wijze wenselijk gedrag te genereren. Een verkeersdrempel zorgt er bijvoorbeeld over het algemeen voor dat iemand zijn snelheid verminderen zal.¹⁷

Individueel of collectief, belonen of straffen

Pas als 'compliance' in de zin van vrijwillige of automatische nakoming niet meer in het vizier is, dient de overstap naar *andere handhavingssystemen* gezet te worden (via geschillencommissies, tuchtrechtspraak, civiele procedures, etc.). In aanvulling op deze vormen van individuele handhaving biedt vervolgens collectieve private handhaving in potentie goede (en wellicht zelfs betere) perspectieven, omdat zodoende de handhavinglast niet op één paar (private) schouders rust. Voorlopig is echter (de ontwikkeling van) het collectieve handhavingsinstrumentarium in Nederland nog onder de maat,¹⁸ hoewel dat instrumentarium wel momenteel sterk in de belangstelling staat. De roep om verandering is hier bovendien luidt, zodat de huidige status quo op dit vlak mijns inziens niet lang meer kan en zal blijven bestaan. Gegeven het onderscheid individueel/collectief kan vervolgens voor beide varianten gedacht worden aan ofwel straffen ofwel belonen als handhavingmethode. Als alternatief begrippenpaar kan ook aan het gebruik van 'soft tactics' (de gedragsbeïnvloedingstrategieën die deskundigheid benutten) versus 'harsh tactics' (iemand's hiërarchische bevoegdheden en positie gebruiken) gedacht worden.¹⁹ De juridische manier van werken is uiteraard (vooral) gelegen in straffen, ook in het privaatrecht, en dus in 'harsh tactics'.²⁰ Als er iets niet goed gaat, moet er (terug)betaald worden. De burger krijgt meestal echter géén bonuspunten voor het wél tijdig en voldoende nakomen van contracten of het niet veroorzaken van ongevallen (hoewel: de 'no claim' korting op iemands autoverzekering is wél een beloning). Psychologisch onderzoek leert echter, kort gezegd, dat bijvoorbeeld op de

11. Zie daarover C.R. Sunstein, R.H. Thaler, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, 70 *Univ. of Chicago L. Rev.* (2003) 1159. Zie ook R.H. Thaler, C.R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions on Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press 2008.

12. Vgl. Sunstein/Thaler 2003, p. 1162.

13. Vgl. de recente waarschuwing van A.-S. Vandenberghe, *Over de nieuwe zwakheden van de consument en wat eraan te doen*, *LI* 2009, p. 394.

14. Vgl. Goldstein 2006, p. 461; Tyler 2008, p. 806.

15. Over e.e.a. Hertwig 2006, p. 392-398. Vgl. verder Goldstein 2006, p. 446-448; Vandenberghe 2009, p. 391; (diverse bijdragen in) C.R. Sunstein (ed.), *Behavioral Law & Economics*. Cambridge University Press: NY 2000, en M.G. Faure, *The Impact of Behavioural Law and Economics on Accident Law*, Oratie EUR, Den Haag: BJu 2009, i.h.b. p. 9-10.

16. Hertwig 2006, p. 400-401 (een voorbeeld van dezelfde auteur: ons verkeersgedrag wordt bepaald door bochten, drempels, voetgangers, bomen, verkeerslichten, rotondes en veiligheidsriemen die vast moeten zitten voordat de auto kan starten). Vgl. ook Sunstein/Thaler 2003, p. 1161, en Goldstein 2006, p. 443-444, die aangeeft dat we vaak helemaal niets 'beslissen', maar veeleer routinematig handelen.

17. Meer hierover ook bij Goldstein 2006, p. 456 e.v., die diverse 'behavioral' en 'cognitive mechanism' beschrijft, zoals 'framing': de boodschap positief brengen (97% kans op overleven als u op wijze X handelt) heeft meer effect dan negatief formuleren (als u X niet doet, dan is er 3% kans op overlijden), vgl. p. 458.

18. Zie bijv. art. 3:305a lid 3 BW: geen schadevergoeding via een collectieve actie, en nader I.N. Tzankova, *Toegang tot recht bij de afwikkeling van massaschade*, diss. UvT, Kluwer: Deventer 2007.

19. Galdini/Goldstein 2004, p. 595.

20. Vgl. ook Tyler 2008, p. 805 e.v. (het 'deterrence' model is dominant op juridisch vlak).

werkvloer een combinatie van autoriteit en veeleer 'softe' technieken het beste werkt.²¹ Wellicht kan die systematiek dan ook op een ander niveau, namelijk ten aanzien van de naleving van regels, toegepast of voordien ten minste uitgeprobeerd worden? Daarvoor zou in elk geval pleiten dat een systeem van negatieve sancties kostbaar is omdat daarbij toezicht noodzakelijk is om de pakkans voldoende groot te houden.²²

Afronding

Handhaving in en door het privaatrecht is een schitterend en lastig thema dat niet voor niets de agenda momenteel grotendeels bepaalt. We moeten daarbij echter oppassen dat we ons niet blindstaren op onze eigen discipline (bijvoorbeeld omdat de vragen die daar rijzen op zichzelf al lastig genoeg zijn), al is het alleen maar omdat een

breder kijk ook voordelen kan hebben, en allicht een oplossingsrichting kan wijzen voor de beantwoording van onze eigen, moeilijke privaatrechtelijke vragen. Een aanzet, en meer niet, van wat er dan vanuit de psychologie in het vat zou kunnen zitten, is hiervoor gegeven. Er ligt ongetwijfeld meer in het verschiet.

*Prof. mr. I. Giesen**

21. Vgl. Caaldim/Goldstein 2004, p. 596.

22. Tyler 2008, p. 806.

* Hoogleraar privaatrecht aan het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht, raadsheer-plaatsvervanger in het Hof 's-Hertogenbosch, vaste medewerker van het WPNR.
(I.Giesen@uu.nl)