

# EEN ONTMOETING TUSSEN PSYCHOLOGIE EN AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT: HET ANCHORING EFFECT

Ivo Giesen, Rianka Rijnhout en Liesbeth Enneking\*

Ons civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht wordt grotendeels gevormd en hervormd door en bij de toepassing van de regels van aansprakelijkheid en schadevergoeding in de dagelijkse juridische praktijk. Dat gebeurt tijdens de onderhandelingen tussen partijen en door civiele rechters die geschillen en rechtsvragen over dat aansprakelijkheidsrecht beslechten en beslissen. Daarbij is het voor de (toekomstig) jurist van belang te beseffen dat in die dagelijkse praktijk, gedurende die schikkingsonderhandelingen en procedures, alle betrokken personen (partijen, advocaten en rechters) – overigens net als elk ander persoon in het gewone leven – blootstaan aan allerlei psychologische invloeden. Kennis daarover kan ook de aansprakelijkheidsrechtjurist enorm baten, en dus is het goed om iets meer te weten over ‘ontmoetingen’ tussen (privaat)recht en psychologie.<sup>1</sup>

**Het is voor de (toekomstig) jurist van belang te beseffen dat in de dagelijkse praktijk, gedurende schikkingsonderhandelingen en procedures, alle betrokken personen bloot staan aan allerlei psychologische invloeden**

Uit psychologisch onderzoek blijkt dat onze besluitvorming in veel gevallen niet tot stand komt op basis van een rationele analyse van alle feiten en omstandigheden, maar op basis van zogenoemde *heuristics*, mentale *short cuts* die de cognitieve last van het maken van een beslissing verlichten; denk aan vuistregels, gezond verstand, intuïtie. Deze *heuristics* spelen een belangrijke en nuttige rol, vooral in situaties waarin we onder tijdsdruk oordelen en besluiten moeten nemen over complexe problemen en/of op basis van onvolledige informatie; zij maken deel uit van wat wel aangeduid wordt als ons ‘automatische systeem’ van denken. Dit systeem gaat snel, instinctief en associatief te werk; het is automatisch in die zin dat we het niet uit kunnen

zetten en dat we er ons vaak niet eens van bewust zijn dat het onze gedachtevorming beïnvloedt. Het vormt daarmee de tegenhanger van ons ‘reflectieve systeem’ van denken, dat systematischer, meer weloverwogen en meer rationeel te werk gaat, maar daarmee ook langzamer en inspannender is.<sup>2</sup>

Dat menselijke beslissingen vaak tot stand komen op basis van één of meer van dergelijke *heuristics*, is in veel gevallen een goede manier om tot een besluit te komen. Helaas is dat echter niet altijd het geval, omdat er door ons ‘automatische systeem’ onvoldoende of onvoldoende rationeel wordt nagedacht over de te verwachten effecten van de beslissing; soms leidt handelen op basis van intuïtie dan ook tot slechte(re) uitkomsten.<sup>3</sup> Dit is met name het geval waar *heuristics* aanleiding geven tot *biases*: cognitieve illusies of vertekeningen, *systematic errors*, die leiden tot een oordeel dat niet strookt met objectief vast te stellen feiten of met algemeen geaccepteerde mathematische, logische of statistische regels.<sup>4</sup>

Eén van de *biases* die ook specifiek in het aansprakelijkheidsrecht van belang zou kunnen zijn, is het *anchoring effect*. Dit effect betreft het cognitieve proces waarbij iemand – doorgaans onbewust – een (meestal numeriek) gegeven als ‘anker’, als startpunt, neemt voor een besluit.<sup>5</sup> Vooral in aansprakelijkheidszaken – waar het immers in de meeste gevallen gaat om het toekennen van een schadevergoeding, en dus om geldbedragen – zou het *anchoring effect* invloed uit kunnen oefenen op de besluitvorming door de rechter.

**Vooral in aansprakelijkheidszaken zou het anchoring effect invloed uit kunnen oefenen op de besluitvorming door de rechter**

Waar gaat het nu precies om? In een experiment van Tversky en Kahneman<sup>6</sup> werd een getal (een ‘anker’) vastgesteld door middel van een rad waarop de getallen 10 en 65 waren vermeld. Vervolgens werden er aan de deelnemers twee vragen voorgelegd. De eerste vraag was een ver-

\* Prof. mr. I. Giesen, dr. R. Rijnhout LL.M en mr. dr. L.F.H. Enneking zijn als hoogleraar, universitair docent, resp. postdoc onderzoeker verbonden aan het *Utrecht Center for Accountability and Liability Law* (UCALL) en het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht.

- Zie uitvoeriger dan dit artikel bijv. de diverse bijdragen in W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij, *Capita Civilologie. Handboek empirie en recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013. Deze bijdrage steunt op onderzoek dat verricht werd voor het artikel uit die bundel van L. Enneking, I. Giesen & R. Rijnhout, ‘Bewijswaardering en psychologische inzichten’, op p. 1017 e.v. Aldaar tref je meer uitleg en ook veel meer verwijzingen.
- Het *automatic-* en *reflective-* idee wordt beschreven door D. Kahneman, *Thinking, fast and slow*, Londen: Allen Lane 2011 (hij spreekt in dit verband van ‘System 1’ en ‘System 2’).
- Zie bijv. J. Baron, *Judgment misguided*, New York: Oxford University Press 1998, p. 1.
- Kahneman 2011, p. 3-4 en 7; R.H. Thaler & C.R. Sunstein, *Nudge*, Londen: Penguin Books 2009, p. 25.
- Zie o.a. A. Tversky en D. Kahneman, ‘Judgment under uncertainty: heuristics and biases’, *Science, new series*, vol. 185, nr. 4157, 1974, p. 1124-1131; G.B. Chapman en E.J. Johnson, ‘Anchoring, activation, and the construction of values’, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 79, No. 2 (1999), p. 115-153.
- Tversky en Kahneman 1974.
- Zie o.a. Chapman en Johnson 1999, p. 149; Kahneman 2011, p. 119.
- Tversky en Kahneman 1974; Chapman en Johnson 1999, p. 136-137 en 139; B. English, T. Mussweiler en F. Strack, ‘Playing dice with criminal sentences: the

gelijkende vraag en de tweede een absolute vraag. Als voorbeeld: bij het thema 'Afrikaanse landen in de VN' werd als eerste de vraag voorgelegd of het percentage Afrikaanse landen in de VN hoger of lager is dan het nummer dat het rad aanwees. De tweede (absolute) vraag was wat het percentage van Afrikaanse landen in de VN is. Ondanks dat de deelnemers wisten dat het nummer van het rad willekeurig was gekozen (dat hadden zij immers gezien) en dus niets te maken had met de antwoorden die zij zouden moeten geven, bleek het (hoge of lage) getal (het 'anker') een effect te hebben op de percentages die werden genoemd. Het (hoge of lage) getal dat werd voorgelegd bij de vergelijkende vraag vormde dus een anker, een startpunt, voor het antwoord op de absolute vraag.

## Als het *anchoring effect* intreedt, dan blijkt het een robuust fenomeen te zijn

Als dit *anchoring effect* intreedt, dan blijkt het een robuust fenomeen te zijn.<sup>7</sup> Zoals ook uit het experiment van Tversky en Kahneman naar voren kwam, doet het *anchoring effect* zich voor ongeacht of de betrokken besluitvormer (of proefpersoon) weet dat het anker willekeurig is gekozen.<sup>8</sup> Dat is zelfs het geval bij volstrekt onaannemelijke ankers.<sup>9</sup> Bovendien kunnen ook expliciete instructies over het *anchoring effect* de werking daarvan niet (geheel) opheffen.<sup>10</sup> Voorts lijkt ook de expertise van de besluitvormers het *anchoring effect* niet te kunnen doen verdwijnen. Dat geldt ook voor juristen, zo blijkt uit verschillende experimenten,<sup>11</sup> en dan niet alleen waar het gaat om beslissingen door individuele besluitvormers, maar ook bij groepsbeslissingen.<sup>12</sup>

Afgezien van de robuustheid van het *anchoring effect* is het nog belangrijk om op te merken dat een veelheid van verschillende ankers in potentie invloed kan uitoefenen op de besluitvorming. Het gaat, met andere woorden, niet alleen om numerieke gegevens die expliciet worden voorgelegd aan deelnemers aan een experiment (in ons geval: de rechter) maar ook, zo stellen Englich, Mussweiler en Strack, om ankers uit de massamedia, om ankers die bewust of onbewust zijn opgeroepen door bezoekers van een zitting en om ankers die voortvloeien uit de mening van de rechter of van zijn partner, familie of burens.<sup>13</sup>

Op basis van het voorgaande is het waarschijnlijk niet moeilijk om je voor te stellen dat als een civiele rechter bij de beoordeling van een geschil een specifiek getal of geldbedrag onder ogen krijgt, deze daardoor beïnvloed zou kunnen worden

Op basis van het voorgaande is het waarschijnlijk niet moeilijk om je voor te stellen dat als bijvoorbeeld een civiele rechter bij de beoordeling van een geschil een specifiek getal of geldbedrag onder ogen krijgt ('ik vorder € 150.000 aan smartengeld'), deze daardoor beïnvloed zou kunnen worden. Dat (naar Nederlandse maatstaven) hoge bedrag wordt dan allicht een anker en kan wellicht invloed hebben op wat de rechter zal gaan toewijzen. En dus zal de verstandige eiser zeker niet schromen om te trachten een 'hoog' anker ingang te doen vinden, net zoals de wederpartij zich zal (moeten) haasten om daar snel iets anders tegenover te stellen ('als ik al aansprakelijkheid ben, dan toch zeker niet voor meer dan € 5.000').

## Er is vastgesteld dat rechters bij de vaststelling van de schade beïnvloed worden door irrelevante numerieke gegevens

Cruciaal is echter of dit *anchoring effect* zich inderdaad ook kan en zal voordoen bij rechterlijke besluitvorming. Volgens Englich, Mussweiler en Strack ligt dit minder voor de hand, om een aantal redenen, waarvan hier bij wege van 'amuse' alleen genoemd wordt dat er binnen (bijvoorbeeld) het strafrecht duidelijke richtlijnen voor het opleggen van een straf bestaan en dat waar het gaat om immateriële schade de welbekende Smartengeldgids van de ANWB sturing geeft.<sup>14</sup> Niettemin blijkt uit onderzoek dat ook rechters niet ongevoelig zijn voor numerieke ankers;<sup>15</sup> er is vastgesteld dat rechters bij de vaststelling van de schade beïnvloed worden door irrelevante numerieke gegevens. Daarbij lijkt niet van belang over welke rechter het gaat: het *anchoring effect* is aangetoond bij besluitvorming door zowel de strafrechter (strafmaat) als de civiele rechter (bij de vaststelling van de vergoeding van immateriële schade en *punitive damages*).<sup>16</sup>

## De toepassing van het aansprakelijkheidsrecht zal in de dagelijkse praktijk vrijwel zeker ook irrationele trekjes hebben. Dat besef alleen al kan goud waard zijn in de rechtspraak

Omdat er daarnaast ook nog diverse andere cognitieve krachten op de besluitvorming door de rechter inwerken (*framing*, *hindsight bias*, etc.<sup>17</sup>), is met het voorgaande zeker nog niet gezegd dat een specifiek anker in een specifieke zaak, doorslaggevende invloed zal (kunnen) hebben. Maar wel kan gezegd worden dat de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht in de dagelijkse praktijk vrijwel zeker ook irrationele trekjes zal hebben. Dat besef alleen al kan goud waard zijn in de rechtspraak.

influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making', *Personality and social psychology Bulletin* 2006-2, p. 188-200.

- 9 O.a. F. Strack en T. Mussweiler, 'Explaining the enigmatic anchoring effect: mechanisms of selective accessibility', *Journal of personality and social psychology*, 1997-3, p. 437-446; T. Mussweiler en F. Strack, 'Hypothesis-consistent testing and semantic priming in the anchoring paradigm: a selective accessibility model', *Journal of experimental social psychology* 1999-35, p. 136-164.
- 10 G.B. Chapman en B.H. Bornstein, 'The more you ask for, the more you get: anchoring in personal injury verdicts', *Applied cognitive psychology* 1996-10, p. 519-540; Englich, Mussweiler en Strack 2006.
- 11 Zie bijv. Englich, Mussweiler en Strack 2006, p. 188-200. Voor een overzicht van situaties waarin het *anchoring effect* voordeelt, zie Chapman en Johnson 1999, p. 117.
- 12 G. Whyte en J.K. Sebenius, 'The effect of multiple anchors on anchoring in individual and group judgment', *Organizational behavior and human decision making*, vol. 69, no. 1 (1997), p. 80 en 81 (in een onderhandelingsituatie).
- 13 Englich, Mussweiler en Strack 2006, p. 198.
- 14 Men kan zich afvragen of de wijze waarop de smartengeldgids wordt samengesteld, leidt tot rechtvaardige smartengeldbedragen; de hoogte van die bedragen lijkt immers te stagneren en bijvoorbeeld niet mee te stijgen met de geldontwaarding. Zie o.a. N. Frenk en C.C. van Dam, 'Stagnerende smartengeldbedragen', *NJB* 2012, p. 2819-2821.
- 15 Chapman en Bornstein 1996; C. Guthrie, J. Rachlinski en A.J. Wistrich, 'Inside the judicial mind', *Cornell Law Review* 2001-4, p. 777-830; B. Englich en T. Mussweiler, 'Sentencing under uncertainty: anchoring effects in the court room', *Journal of applied social psychology* 2001-7, p. 1535-1551; A.J. Wistrich, C. Guthrie en J.J. Rachlinski, 'Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding', *University of Pennsylvania Law Review* 2005, p. 1286-1293; Zie ook Englich, Mussweiler en Strack 2006.
- 16 Englich en Mussweiler 2001 (strafrecht); Guthrie, Rachlinski en Wistrich 2001, p. 791-792 (privaatrecht); Englich, Mussweiler en Strack 2006 (strafrecht).
- 17 Zie voor nog 49 andere voorbeelden R. Dobelli, *De kunst van het heldere denken*, Amsterdam: De Bezige Bij 2012.