

# Een nudge in de juiste richting om consumenten te beschermen

Tom Bouwman\*

Gedragswetenschappelijke inzichten laten niet alleen zien dat consumenten meer beschermd moeten worden om ervoor te zorgen dat zij daadwerkelijk hun autonomie kunnen realiseren, maar ook dat de in het geldende recht gebruikte beschermingstechnieken die bescherming niet altijd kunnen bieden. Dit probleem kan voor een deel worden opgelost door consumenten een duwtje in de juiste richting te geven – oftewel te *nudgen*.



## 1 Inleiding

Elf jaar geleden, in 2009, schreef Vandenberghe in *Ars Aequi* over 'de nieuwe zwakheden van de consument'.<sup>1</sup> Zij betoogde dat

gedragswetenschappelijke inzichten zwakheden van consumenten aan het licht brengen die nieuw zijn in die zin dat eerder geen rekening werd gehouden met het bestaan ervan. Zo werd bijvoorbeeld verondersteld dat consumenten zich niet laten beïnvloeden door de *framing* van een keuze – de wijze waarop die wordt gepresenteerd. In werkelijkheid, zo laten gedragswetenschappelijke inzichten zien, is de *framing* echter wel degelijk van grote invloed op de keuzes die consumenten maken. Consumenten maken voor hun keuze bijvoorbeeld een andere afweging als op een product '25% vet' vermeld staat dan wanneer er '75% vetvrij' op vermeld staat.<sup>2</sup>

Dergelijke inzichten over de 'nieuwe' zwakheden van de consument zorgen ervoor dat de (Europese) wetgever zich in

een lastige situatie bevindt. De inzichten laten zien dat consumenten meer beschermd moeten worden om daadwerkelijk te faciliteren dat zij hun autonomie kunnen realiseren. Tegelijkertijd laten die inzichten ook zien dat een deel van de in het geldende recht gebruikte beschermingstechnieken, waaronder informatieplichten voor handelaren en bedenkttermijnen, de vereiste bescherming vaak niet kunnen bieden. Terwijl kortom meer consumentenbescherming nodig is, schieten de gebruikte beschermingstechnieken tekort om die bescherming te realiseren.

**Inzichten over de 'nieuwe' zwakheden van de consument zorgen ervoor dat de (Europese) wetgever zich in een lastige situatie bevindt**

In dit artikel wordt betoogd dat dit probleem, nadat het eerst nader in kaart is gebracht (paragraaf 2), deels kan worden opgelost door handelaren te verplichten

\* Mr. T. Bouwman is als promovendus verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law van de Universiteit Utrecht.

1 A. Vandenberghe, 'Over de nieuwe zwakheden van de consument en wat eraan te doen', *AA* 2009, afl. 6, p. 389-394 (AA20090389).

2 I. Levin & G. Gaeth, 'How Consumers are Affected by the Framing of Attribute Information Before and After Consuming the Product,' *Journal of Consumer Research* (15) 1988, afl. 3, p. 374-378. Zie ook par. 2 met verdere verwijzingen.

om consumenten te nudgen (paragraaf 3). De term ‘nudging’ is een verzamelnaam voor gedragsbeïnvloedingstechnieken die met gebruikmaking van gedragswetenschappelijke inzichten keuzes sturen zonder keuzevrijheid te beperken en zonder gebruik te maken van financiële prikkels.<sup>3</sup> Middels nudging kan, zo wordt geïllustreerd, op drie manieren rekening worden gehouden met de zwakheden van consumenten (paragraaf 4). Hoewel de autonomie van consumenten gebaat kan zijn bij bescherming middels nudging, wordt door een aantal auteurs betoogd dat nudging autonomie ook juist kan ondermijnen vanwege de manipulatieve werking ervan.<sup>4</sup> Onderzocht wordt in hoeverre er om die reden grenzen zijn aan het gebruik van nudging (paragraaf 5), waarna wordt afgesloten met een korte reflectie op andere vragen die spelen bij nudging (paragraaf 6).

## Dat bij de bescherming eerder geen rekening werd gehouden met de ‘nieuwe’ zwakheden van consumenten vindt zijn verklaring in het feit dat in het consumentenrecht tot op zekere hoogte wordt uitgegaan van de rationelekeuzetheorie

### 2 De ‘nieuwe’ zwakheden van de consument

Eén van de doelstellingen van het consumentenrecht is faciliteren dat ook consumenten door te contracteren hun autonomie kunnen realiseren – zichzelf, in andere woorden, kunnen ontplooiën.<sup>5</sup> Een contractuele keuze van een consument, de keuze om bijvoorbeeld een hypotheek af te sluiten, is autonoom als die overeenstemt met diens voorkeuren. Om consumenten te helpen autonome keuzes te maken, worden zij beschermd. Dat bij die bescherming eerder geen rekening werd gehouden met de ‘nieuwe’ zwakheden van consumenten vindt zijn verklaring in het feit dat in het consumentenrecht tot op zekere hoogte – impliciet – wordt uitgegaan van de rationelekeuzetheorie.<sup>6</sup> Deze theorie is

afkomstig uit de neoklassieke economie – de economische school die vanaf het einde van de 19e eeuw dominant werd binnen de economie – en wordt onder meer gebruikt om menselijk keuzegedrag te voorspellen.<sup>7</sup> Aan deze theorie ligt de aanname ten grondslag dat mensen, en dus ook consumenten, proberen keuzes te maken die ondanks de beperkte middelen die zij hebben zoveel mogelijk overeenstemmen met hun voorkeuren.<sup>8</sup> Verondersteld wordt dat zij daarom keuzes maken door de verwachte opbrengsten van alle keuzeopties tegen elkaar af te wegen. Zij gebruiken daarvoor alle informatie die zij tot hun beschikking hebben, laten zich niet leiden door irrelevante factoren zoals de *framing* van een keuze en verdisconteren risico’s en onzekerheden in hun keuzes middels kansberekening.

Zowel de zwakheden waar consumenten traditioneel gezien tegen beschermd worden als de wijze waarop getracht wordt die bescherming te bieden, zijn voor een groot deel te verklaren vanuit de rationelekeuzetheorie. Dat consumenten hoofdzakelijk beschermd worden tegen gebrek aan informatie en gebrek aan onderhandelingspositie is te verklaren vanuit de verschillende gevallen van marktfalen die volgens neoklassiek-economische theorieën kunnen optreden op markten waar consumenten en handelaren met elkaar contracteren.<sup>9</sup> Tegen een gebrek aan informatie worden consumenten met name beschermd middels informatieplichten voor handelaren en middels bedenker-mijnen. Daarbij wordt verondersteld dat consumenten de informatie die zij krijgen dan wel zelf verzamelen, daadwerkelijk gebruiken voor het maken van contractuele keuzes.<sup>10</sup> Deze veronderstelling wordt ook wel het informatieparadigma genoemd – ‘het idee dat informatieverstrekking een soort haarlemmerolie is die veel gevallen van marktfalen kan redresseren’.<sup>11</sup> Tegen het gebrek aan onderhandelingspositie dat daarnaast kan ontstaan in onvoldoende competitieve markten – en waartegen soms ook bescherming wordt geboden vanwege sociale doeleinden, zoals dat iedereen een dak boven zijn hoofd heeft<sup>12</sup> – worden consumenten met name beschermd middels dwingendrechtelijke beperkingen van de contractsvrijheid.<sup>13</sup> Als een beschermingstechniek de autonomie van een consument optimaliseert, doordat de beschermingstechniek ervoor zorgt dat

3 R. Thaler & C. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, New Haven: Yale University Press 2008, p. 6.

4 Zie hierover ook par. 5 met verdere verwijzingen.

5 T. Hartlief, *De vrijheid beschermd. Enkele opmerkingen over contractvrijheid en bescherming van zwakere partijen in het contractenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 1999, p. 9-10.

6 Vandenberghe 2009, p. 389-392. Zie tevens in meer algemene zin: W. van Boom, *Privaatrecht en markt*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 58.

7 E. van Dijk & M. Zeelenberg, ‘De (ir)rationaliteit van de beslisser’, in: W. Tiemeijer, C. Thomas & H. Prast (red.), *De menselijke beslisser. Over de psychologie van keuze en gedrag*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2009, p. 26-27.

8 Zie uitvoerig over de kenmerken van de rationelekeuzetheorie en de verschillende varianten die daarvan bestaan: R. Korobkin & T. Ulen, ‘Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption for Law and Economics’, *California Law Review* (88) 2000, afl. 3, p. 1060-1066.

9 R. Cooter & T. Ulen, *Law and Economics*, Boston: Addison-Wesley 2012, p. 38-42, 294-298.

10 Zie bijv. art. 6:230m BW en art. 6:230o BW.

11 Van Boom 2020, p. 60.

12 Van Boom 2020, p. 150-157.

13 Deze ratio ligt mede ten grondslag aan de bepalingen omtrent algemene voorwaarden (art. 6:231 BW e.v.), zie: W. Reehuis & E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenisrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 1990, p. 1452. Buiten het verbintenisrecht om wordt de consument overigens ook voor een deel tegen dit gebrek beschermd middels het mededingingsrecht.

zijn contractuele keuze aansluit bij zijn voorkeuren, zonder zijn contractsvrijheid te beperken dan duidt Nieuwenhuis die aan als fraternalistisch. Beschermings-technieken die de contractsvrijheid daarentegen beperken om de autonomie van een consument te optimaliseren zijn volgens hem paternalistisch.<sup>14</sup>

## Gedragwetenschappelijke inzichten tonen aan dat de aannames die ten grondslag liggen aan de rationelekeuzetheorie afwijken van hoe mensen werkelijk keuzes maken

Gedragwetenschappelijke inzichten tonen aan dat de aannames die ten grondslag liggen aan de rationelekeuzetheorie afwijken van hoe mensen werkelijk keuzes maken. Die inzichten laten namelijk zien dat mensen slechts begrensd rationeel zijn.<sup>15</sup> Dit betekent niet dat zij irrationeel zijn, maar wel dat hun cognitieve ‘beperkingen’ grenzen stellen aan de hoeveelheid informatie die zij kunnen verwerken.<sup>16</sup> Ter voorkoming van cognitieve overbelasting maken mensen daarom doorgaans keuzes op basis van heuristieken, ook wel vuistregels of cognitieve *shortcuts* genoemd. Hoewel dat erg nuttig is, zorgt het er ook voor dat menselijk keuzegedrag op systematische en grotendeels voorspelbare wijze afwijkt van de aannames van de rationelekeuzetheorie. Heuristieken werken namelijk niet altijd accuraat. Als dat het geval is, wordt gesproken van een bias. Onderzoek naar heuristieken en biases laat zien dat, in tegenstelling tot wat aangenomen wordt op basis van de rationelekeuzetheorie, mensen in werkelijkheid onder andere snel geneigd zijn informatie buiten beschouwing te laten, hun keuzes laten beïnvloeden door irrelevante factoren zoals de *framing* daarvan en risico's en onzekerheden lang niet altijd in hun keuzes verdisconteren middels kansberekening.

Illustratief voor de begrensde rationaliteit van consumenten is een experiment dat de psycholoog Ariely uitvoerde onder zijn studenten. Met dat experiment onderzocht hij het effect van een irrelevante optie in een keuzemenu – het zogeheten

decoy-effect.<sup>17</sup> Honderd van zijn studenten legde hij de volgende keuze voor: voor 59 pond één jaar lang enkel online toegang tot het Britse tijdschrift *The Economist*, één jaar lang voor 125 pond het tijdschrift enkel thuisbezorgd of voor 125 pond één jaar lang niet alleen het tijdschrift thuisbezorgd, maar ook online toegang daartoe. Zestien studenten kozen toen voor de eerste optie en 84 voor de derde optie. Tot zover niets bijzonders. Echter, toen Ariely honderd andere studenten enkel de eerste en derde optie voorlegde, verschilden de gekozen opties significant. Maar liefst 68 studenten kozen de eerste optie, terwijl slechts 32 studenten voor de derde optie kozen. Alleen door een irrelevante optie toe te voegen werden de keuzes van de studenten aldus gestuurd richting de duurdere optie – een bevinding die rechtstreeks tegen de rationelekeuzetheorie indruist.<sup>18</sup>

Wat dergelijke gedragwetenschappelijke inzichten laten zien,<sup>19</sup> is niet alleen dat consumenten beschermenswaardiger zijn dan op basis van de rationelekeuzetheorie verondersteld wordt, maar ook dat het merendeel van de fraternalistische beschermings-technieken de gewenste bescherming niet kan bieden. Om ervoor te zorgen dat consumenten daadwerkelijk hun autonomie kunnen realiseren, moeten zij niet alleen beschermd worden tegen gebrek aan informatie en gebrek aan onderhandelingspositie, maar ook – meer<sup>20</sup> – tegen gebrek aan cognitieve capaciteit. De begrensde rationaliteit van consumenten zorgt er namelijk voor dat zij contractuele keuzes maken die beïnvloed worden door andere factoren dan hun voorkeuren en in die zin niet autonoom zijn. Tegelijkertijd laten gedragwetenschappelijke inzichten ook zien dat het merendeel van de fraternalistische beschermings-technieken, waaronder informatieplichten voor handelaren en bedenkttermijnen, de benodigde bescherming niet of slechts beperkt kunnen bieden. Consumenten zijn bijvoorbeeld snel geneigd informatie buiten beschouwing te laten en als zij informatie wel gebruiken dan is de wijze waarop die gepresenteerd wordt vaak net zo belangrijk als de inhoud ervan.<sup>21</sup> Daarnaast is het vanwege de status-quo-bias, een bias die ervoor zorgt dat mensen geneigd zijn te kiezen voor behoud van de huidige situatie, bijvoorbeeld nog maar

14 J. Nieuwenhuis, 'Paternalisme, fraternalisme, egoïsme. Een kleine catechismus van het contractenrecht', *NJB* 2009/1711, p. 2259.

15 Deze term is geïntroduceerd in: H. Simon, *Models of Man: Social and Rational. Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting*, New York/Londen: Wiley & Sons 1957, p. 198.

16 Zie uitvoerig met verdere verwijzingen: D. Kahneman, 'A Perspective on Judgment and Choice: Mapping Bounded Rationality', *The American Psychologist* (58) 2003, afl. 9, p. 697-720.

17 D. Ariely, *Predictably Irrational: The Hidden Forces that Shape our Decisions*, New York: Harper Collins 2008, p. 1-6.

18 Opgemerkt dient te worden dat men voorzichtig moet zijn met het gebruiken van studies zoals deze voor beleid vanwege onder meer de (vaak) beperkte externe validiteit ervan – de mate waarin de resultaten van een onderzoek gegeneraliseerd kunnen worden naar andere situaties. Het verdient daarom aanbeveling om voordat beleid wordt gemaakt op basis van gedragwetenschappelijke inzichten dat beleid eerst te (her)testen in de beoogde context.

19 Zie nader onder meer: D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, New York: Farrar, Strauss and Giroux 2011; S. Dhami, *The Foundations of Behavioral Economic Analysis*, Oxford: Oxford University Press 2016.

20 In enkele situaties werden consumenten tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit beschermd reeds voordat de kennis over begrensde rationaliteit tot de economische en juridische discipline doordrong. Zie bijvoorbeeld de Colportagewet (Wet van 7 september 1973, *Stb.* 1973, 438) die mede als doel had te beschermen tegen overrompeling van de consument.

21 G. Loewenstein, C. Sunstein & G. Russel, 'Disclosure: Psychology Changes Everything', *Annual Review of Economics* (6) 2014, afl. 1, p. 391-419; O. Ben-Shahar & C. Schneider, *More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton: Princeton University Press 2014.

22 A. Luzak, 'To Withdraw or not to Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Con-

de vraag hoe gemakkelijk consumenten tijdens een bedenktijd hun contractuele keuzes herzien als dat gezien hun voorkeuren verstandig zou zijn.<sup>22</sup>

### 3 Oplossingen

Het probleem dat consumenten meer bescherming nodig hebben, maar paternalistische beschermingstechnieken die bescherming slechts beperkt kunnen bieden, kan voor een deel worden opgelost door handelaren te verplichten consumenten op een bepaalde manier te nudgen. Ook zijn er twee andere oplossingen mogelijk, namelijk meer gebruik maken van paternalistische beschermingstechnieken en bescherming personaliseren. Deze oplossingen hebben mijns inziens echter minder potentie dan nudging, zoals hieronder blijkt uit hun nadere toelichting.

Paternalistische beschermingstechnieken worden in het geldende recht met name gebruikt ter bescherming tegen gebrek aan onderhandelingspositie en slechts bij uitzondering om tegen gebrek aan informatie en gebrek aan cognitieve capaciteit te beschermen.<sup>23</sup> Aangezien paternalistische beschermingstechnieken, doordat zij contractsvrijheid beperken, keuzes effectiever sturen dan paternalistische beschermingstechnieken, kunnen die ook (meer) gebruikt worden ter bescherming tegen gebrek aan informatie en gebrek aan cognitieve capaciteit. De autonomie van de consument wordt dan geoptimaliseerd doordat hij geen andere keuze kan maken dan de keuze die aansluit bij zijn voorkeuren. Dit gebruik van paternalisme zou echter op in ieder geval twee bezwaren stuiten. Ten eerste zorgt de pluraliteit van voorkeuren – iedereen realiseert zijn autonomie op zijn eigen manier – ervoor dat situaties kunnen ontstaan waarin, terwijl de autonomie van de ene consument wordt geoptimaliseerd, die van een consument met andere voorkeuren wordt ondermijnd doordat ook zijn contractsvrijheid beperkt wordt.<sup>24</sup> Ten tweede kan, paradoxaal genoeg, het optimaliseren van autonomie middels paternalisme ook autonomie ondermijnen vanwege het gebrek aan respect dat daaruit blijkt voor de waardigheid en capaciteiten van de consument.<sup>25</sup>

Dit eerste bezwaar kan worden ondervangen middels een andere mogelijke oplossing voor het geconstateerde pro-

bleem, namelijk consumentenbescherming personaliseren middels *big data*. Op basis van datasets over de individuele voorkeuren van consumenten wordt dan bepaald in welke situaties een consument gebaat is bij een beperking van zijn contractsvrijheid – of eventueel een andere vorm van bescherming.<sup>26</sup> Naast de vragen die dit echter oproept omtrent haalbaarheid, privacy en gelijke behandeling,<sup>27</sup> speelt bij deze oplossing mogelijk ook nog steeds het tweede bezwaar dat geldt tegen het gebruik van paternalistische beschermingstechnieken.

## Door handelaren te verplichten consumenten op een bepaalde manier te nudgen kan rekening worden gehouden met de begrensde rationaliteit van consumenten zonder dat contractsvrijheid wordt beperkt

Nudging heeft mijns inziens daarom meer potentie. Door handelaren te verplichten consumenten op een bepaalde manier te nudgen kan namelijk, op vaak relatief gemakkelijke en kostenefficiënte wijze, rekening worden gehouden met de begrensde rationaliteit van consumenten zonder dat contractsvrijheid wordt beperkt en daardoor ook zonder dat sprake is van paternalisme<sup>28</sup> – alhoewel er over dit laatste punt discussie bestaat.<sup>29</sup> De term ‘nudging’ is in 2008 geïntroduceerd door de Amerikaanse econoom Thaler en jurist Sunstein ter aanduiding van gedragsbeïnvloedingstechnieken die met gebruikmaking van gedragswetenschappelijke inzichten keuzes sturen zonder keuzevrijheid te beperken en zonder gebruik te maken van financiële prikkels.<sup>30</sup> Zo kan een consument richting een lager leenbedrag worden genudged door gebruik te maken van lage getallen als referentieniveaus (*anchors*);<sup>31</sup> kan een consument worden genudged richting het niet verlengen van een abonnement door dat als standaardoptie te hanteren (*default*);<sup>32</sup> en kan de communicatie van een sociale norm mogelijk ervoor zorgen dat een consument geen onnodige verzekering afsluit.<sup>33</sup> Wat maakt dat deze voorbeelden van gedragsbeïnvloedingstechnie-

sumer Distance Selling Contracts Taking into Account its Behavioural Effects on Consumers’, *Journal of Consumer Policy* (37) 2014, afl. 1, p. 100-106. Zie tevens: A. Vandenberghe, ‘Limits of Contracts’, in: A. Marciano & G.B. Ramello (red.), *Encyclopedia of Law and Economics*, New York: Springer New York 2019, p. 1334.

<sup>23</sup> Zie voor een dergelijke uitzondering: HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, *NJ* 2005/103, m.nt. C.E. du Perron (Van Zuylen / Rabobank Schaijk-Reek).

<sup>24</sup> Deze vorm van paternalisme wordt ook wel *endangerment-paternalism* genoemd, zie: B. Fateh-Moghadam & T. Gutmann, ‘Governing [through] Autonomy: The Moral and Legal Limits of “Soft Paternalism”’, *Ethical Theory and Moral Practice* (17) 2014, afl. 3, p. 386.

<sup>25</sup> Van Boom 2020, p. 121. Zie verder over deze autonomieparadox: Hartlief 1999, p. 14-15; Raad voor maatschappelijke ontwikkeling (RMO), *De verleiding weerstaan. Grenzen aan beïnvloeding van gedrag door de overheid*, Den Haag maart 2014, p. 42-43.

<sup>26</sup> Zie bijv. P. Hacker, ‘Personalizing EU Private Law: From Disclosures to Nudges and Mandates’, *ERPL* 2017, p. 651-678; O. Ben-Shahar & A. Porat, ‘Personalizing Mandatory Rules in Contract Law’, *University of Chicago Law Review* (86) 2019, afl. 2, p. 255-282.

<sup>27</sup> Een aantal van deze vragen komen aan bod in: V. Mak, E. Tjong Tjin Tai & A. Berlee (red.), *Research Handbook on Data Science and Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2018.

<sup>28</sup> Zie over de kostenefficiëntie van nudging: S. Benartzi et al., ‘Should Governments Invest More in Nudging?’, *Psychological Science* (28) 2017, afl. 8, p. 1041-1055.

<sup>29</sup> Zie verder par. 5.

<sup>30</sup> Sunstein & Thaler 2008, p. 6.

<sup>31</sup> Autoriteit Financiële Markten (AFM), *Standaardproducten en financieel beslisgedrag van consumenten. Een gedragswetenschappelijke analyse*, Amsterdam 2015, p. 21. Zie in het algemeen over het effect van het referentieniveau-effect: A. Furnham & H. Chu Boo, ‘A Literature Review of the Anchoring Effect’, *The Journal of Socio-Economics* (40) 2011, afl. 1, p. 35-42.

<sup>32</sup> Zie in algemene zin over de invloed die standaardopties kunnen hebben: J. Jachimowicz e.a., ‘When and Why Defaults Influence Decisions: A Meta-Analysis of Default Effects’, *Behavioural Public Policy* (3) 2019, afl. 2, p. 159-186.

<sup>33</sup> Zie in algemene zin over nudges die werken op basis van sociale normen: C. Bicchieri & E. Dimant, ‘Nudging with Care: The Risks and Benefits of Social Information’, *Public Choice* 2019, <https://doi.org/10.1007/s11127-019-00684-6>.

ken kwalificeren als een nudge, is dat door het gebruik ervan keuzes op voorspelbare wijze worden gestuurd zonder dat, anders dan bij paternalistische beschermings-technieken, de keuze- dan wel contracts-vrijheid wordt beperkt.<sup>34</sup> Tegelijkertijd zijn deze gedragsbeïnvloedingstechnieken in beginsel effectiever dan het merendeel van de fraternalistische beschermings-technieken doordat om keuzes te sturen rekening wordt gehouden met de begrensdde rationaliteit van consumenten.<sup>35</sup>

## Dat middels nudging in potentie betere consumentenbescherming kan worden geboden betekent niet dat de in het geldende recht gebruikte fraternalistische beschermingstechnieken simpelweg vervangen kunnen worden door nudges

### 4 De toepassing van nudging

Dat middels nudging in potentie betere consumentenbescherming kan worden geboden betekent niet dat de in het geldende recht gebruikte fraternalistische beschermingstechnieken simpelweg vervangen kunnen worden door nudges.<sup>36</sup> Een nudge verschilt daarvoor te veel van de meeste fraternalistische beschermings-technieken. Een nudge stuurt een keuze namelijk meestal richting één bepaalde optie, wat bij het merendeel van de fraternalistische beschermingstechnieken niet het geval is. Om middels nudging consumenten te beschermen is daarom, behoudens enkele uitzonderingen, nodig dat wordt bepaald richting welke optie consumenten gestuurd moeten worden opdat hun autonomie ook daadwerkelijk geoptimaliseerd wordt.

Enkel bij nudges die een keuze niet richting één bepaalde optie sturen is het niet nodig om dat te bepalen. Dergelijke nudges worden ook wel *boosts* of *debiasing-nudges* genoemd. Deze nudges maken gebruik van gedragswetenschappelijke inzichten om een keuzearchitectuur – de context van een keuze, waaronder ook de informatie die wordt geboden wordt

verstaan en de wijze waarop moet worden gekozen<sup>37</sup> – zo in te richten dat consumenten beter in staat zijn om zelfstandig keuzes te kunnen maken die aansluiten bij hun voorkeuren.<sup>38</sup> Door bijvoorbeeld frequenties te communiceren in plaats van percentages, zoals ‘één op twintig’ in plaats van ‘5%’, kunnen consumenten risico’s en onzekerheden beter duiden.<sup>39</sup> Daarnaast kunnen consumenten ook worden ‘ge-debiased’ door handelspraktijken te verbieden waarbij bewust wordt ingespeeld op biases. Zo verbiedt artikel 6:230j BW het bijvoorbeeld om instemming met aanvullende dienstverlening af te leiden uit een standaardoptie – vaak een online *pre-ticked box*. Een dergelijk verbod wordt ook wel een counter-nudge genoemd.<sup>40</sup>

Het merendeel van de nudges stuurt een keuze daarentegen wel richting één bepaalde optie. Om te bepalen welke optie dat dient te zijn, kan onderscheid worden gemaakt tussen twee situaties. In de eerste situatie weet een consument welke voorkeuren hij heeft, maar lukt het hem vanwege een gebrek aan informatie of gebrek aan cognitieve capaciteit niet om de keuze te maken die daarbij aansluit. In die situatie kan een nudge de consument helpen met het maken van de juiste keuze door te functioneren als een GPS.<sup>41</sup> De nudge helpt dan de consument zagezegd navigeren naar zijn zelfgekozen bestemming, terwijl de consument de vrijheid behoudt om zelf de route te bepalen. Zo kan een consument met de voorkeur voor een beleggingsproduct met een laag risico bijvoorbeeld middels een standaardoptie worden gestuurd richting de contractuele keuze die bij die voorkeur aansluit. Op deze wijze kan nudging worden toegepast als de meeste consumenten ongeveer dezelfde voorkeur hebben – de pluraliteit van voorkeuren dient in andere woorden beperkt te zijn.<sup>42</sup> Als dat niet het geval is, moet namelijk het merendeel van de consumenten zich onttrekken aan de sturing van de nudge om zijn autonomie te kunnen realiseren, wat inefficiënt en daarom bezwaarlijk zou zijn. Om te bepalen of de meeste consumenten ongeveer dezelfde voorkeur hebben en indien dat zo is, welke voorkeur dat is, kan onderzoek worden verricht. Vanwege de invloed die biases kunnen hebben op keuzes is dat echter niet altijd gemakkelijk.<sup>43</sup> Om die reden kan er ook voor worden gekozen om te veronderstellen welke voorkeuren consumenten

34 Zie voor een overzicht van de verschillende nudge-technieken waartussen onderscheid kan worden gemaakt: R. Münscher, M. Vetter & T. Scheuerle, ‘A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques’, *Journal of Behavioral Decision Making* (29) 2016, afl. 5, p. 511-524.

35 Thaler & Sunstein 2008, p. 83. Zie verder over de wijze waarop nudges werken: L. Van Gestel, M. Adriaanse & D. de Ridder, ‘Unraveling the Effects of a Default Nudge under Type 1 and Type 2 Processing’, *Comprehensive Results in Social Psychology* 2020, <https://doi.org/10.1080/23743603.2020.1808456>. Zie in algemene zin over de effectiviteit van nudges: D. Hummer & A. Maedche, ‘How Effective is Nudging? A Quantitative Review on the Effect Sizes and Limits of Empirical Nudging Studies’, *Journal of Behavioral and Experimental Economics* (80) 2019, afl. 3, p. 47-58.

36 Dat het een goed idee is om middels het gebruik van nudging consumentenbescherming doeltreffender te maken wordt inmiddels ook zowel door de Europese als Nederlandse wetgever erkend. Zie bijvoorbeeld: COM/2012/0225, p. 13; *Kamerstukken II* 2014/15, 34000 XIII, nr. 140.

37 Thaler & Sunstein 2008, p. 3-4.

38 T. Grüne-Yanoff & R. Hertwig, ‘Nudge Versus Boost: How Coherent are Policy and Theory?’, *Minds and Machines* (26) 2016, afl. 1-2, p. 156-163. Zie verder over *debiasing*: C. Jolls & R. Sunstein, ‘Debiasing through Law’, *The Journal of Legal Studies* (35) 2006, afl. 1, p. 199-242.

39 G. Gigerenzer & U. Hoffrage, ‘How to Improve Bayesian Reasoning Without Instruction: Frequency Formats’, *Psychological Review* (102) 1995, afl. 4, p. 684-704.

40 F. Esposito, ‘Conceptual Foundations for a European Consumer Law and Behavioural Sciences Scholarship’, in: H. Micklitz, A. Sibony & F. Esposito, *Research Methods in Consumer Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2018, p. 46.

41 C. Sunstein, *The Ethics of Influence: Government in the Age of Behavioral Science*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 30.

42 Dit zou anders zijn als de consumentenbescherming gepersonaliseerd zou kunnen worden. In die zin zou gepersonaliseerd privaatrecht en het gebruik van nudging elkaar kunnen versterken. Het is echter de vraag of dat kan worden gerealiseerd.

43 Zie hierover uitvoerig: J. Goldin, ‘Which Way to Nudge? Uncovering Preferences in the Behavioural Age’, *The Yale Law Journal* (125) 2015, afl. 1, p. 237-247.

ten hebben, wat vanwege de risico's die dat met zich meebrengt enkel onder bepaalde voorwaarden kan.<sup>44</sup>

In dat geval wordt nudging op een soortgelijke wijze toegepast als in de tweede situatie waarin nudging kan worden gebruikt. Het kan voorkomen dat een consument geconfronteerd wordt met een contractuele keuze ten aanzien waarvan hij geen specifieke voorkeur heeft. Hij wil bijvoorbeeld een huis kopen en sluit daarom een hypotheek af, maar hij weet niet of hij de voorkeur heeft voor een lineaire of annuïteitenhypotheek. Een nudge kan dan een consument helpen bij het maken van een keuze door hem richting een bepaalde optie te sturen. Een nudge helpt dan zeggend niet alleen met navigeren, maar doet dan ook een suggestie voor de bestemming. In het ideale geval is die bestemming de keuze die een consument zou hebben gemaakt indien hij wel een specifieke voorkeur had gehad.<sup>45</sup> Het kan alleen moeilijk zijn om te bepalen welke keuze dat is. Dit is echter niet noodzakelijk een probleem. Nudging kan namelijk ook gebruikt worden om keuzes te sturen richting de optie die objectief gezien het meest verstandig is. Het is bijvoorbeeld tamelijk evident dat een product in één keer betalen vaak verstandiger is dan koop op afbetaling, als dat een optie is.

**Hoewel er grenzen zijn aan het gebruik van nudging, zijn er ook situaties waarin nudging desondanks gebruikt kan worden. Daarbij kan met name gedacht worden aan keuzes die consumenten niet vaak maken, complex zijn of gaan over de lange termijn**

Hoewel op conceptueel niveau onderscheid kan worden gemaakt tussen twee situaties waarin nudging kan bijdragen aan consumentenbescherming, komt het er in feite op neer dat voor het gebruik van nudging in beide situaties soms aannames moeten worden gedaan over de voorkeuren van consumenten. Aangezien dat bij het gebruik van paternalistische beschermingstechnieken onder meer bezwaarlijk is vanwege de pluraliteit van voorkeuren,<sup>46</sup> roept dat de vraag op of dit

bezwaar ook speelt bij het gebruik van nudging. Mijns inziens is dat niet altijd het geval. Hoewel er vanwege de pluraliteit van voorkeuren grenzen zijn aan het gebruik van nudging, zijn er – mede in het licht van de ‘nieuwe’ zwakheden van de consument – ook situaties waarin nudging desondanks gebruikt kan worden. Daarbij kan met name gedacht worden aan keuzes die consumenten niet vaak (hoeven) maken, complex zijn of gaan over de lange termijn. Bij dergelijke keuzes ontbreekt het consumenten namelijk vaak aan kennis en ervaring of de mogelijkheid om die op te doen. Denk bijvoorbeeld aan contractuele keuzes ten aanzien van beleggingsproducten of krediet. Daarnaast is het bij dergelijke keuzes vaak ook mogelijk om enigszins objectief vast te stellen bij welke contractuele keuze consumenten het meest gebaat zijn. Dat is iets wat in het geldende recht bij het gebruik van paternalistische beschermingstechnieken nu soms ook al gebeurt.<sup>47</sup> Middels nudging kan dit echter veel vaker en ‘veiliger’ gebeuren doordat bij het gebruik daarvan de contractsvrijheid om een andere voorkeur na te streven behouden blijft.

## 5 Nudging als manipulatie

Dat middels nudging keuzevrijheid behouden blijft, betekent volgens een aantal auteurs echter niet dat – zoals tot dusver is verondersteld – gebruik ervan niet paternalistisch is en daardoor autonomie ook niet ondermijnt.<sup>48</sup> Volgens die auteurs sturen nudges keuzes soms middels manipulatie doordat ingespeeld wordt op cognitieve processen – heuristieken en biases – waar mensen nauwelijks tot geen controle over hebben. Hoewel keuzevrijheid daardoor niet wordt beperkt, leidt dit volgens die auteurs wel tot paternalisme en ondermijning van autonomie. Om de grenzen te bepalen van het gebruik van nudging voor consumentenbescherming, is daarom relevant wanneer nudges manipuleren. Het voert te ver om die vraag hier in detail te beantwoorden, maar het is wel mogelijk een grof beeld van het antwoord te krijgen.

Het begrip ‘manipulatie’ heeft verschillende betekenissen, dan wel gebruikswijzen.<sup>49</sup> De meest gangbare betekenis van dit begrip in relatie tot nudging is de ondermijning van rationele besluitvorming.<sup>50</sup> Volgens verschillende auteurs manipuleert

44 Goldin 2015, p. 231-232.

45 Sunstein 2016, p. 43-52.

46 Zie par. 3.

47 Zie bijvoorbeeld: HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, *NJ* 2005/103, m.nt. C.E. du Perron (*Van Zuylen / Rabobank Schaijk-Reek*).

48 Zie bijv. L. Bovens, ‘The Ethics of Nudging’, in: T. Grüne-Yanoff & S. Hansson (red.), *Preference Change: Approaches from Philosophy, Economics and Psychology*, Dordrecht: Springer 2009, p. 207-219; M. White, *The Manipulations of Choice: Ethics and Libertarian Paternalism*, New York: Palgrave Macmillan 2013; T. Wilkinson, ‘Nudging and Manipulation’, *Political Studies* (61) 2013, afl. 2, p. 341-355.

49 R. Noggle, ‘The Ethics of Manipulation’, in: E. Zalta (red.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2020 Edition), Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University 2020 (<https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/ethics-manipulation/>), laatst geraadpleegd 28 mei 2020), par. 2.

50 Noggle 2020, par. 1.2.

een nudge in die zin als aan drie voorwaarden is voldaan.<sup>51</sup> Ten eerste moet de nudge in kwestie een keuze daadwerkelijk sturen. Als een consument zich succesvol onttrekt aan de sturing van een nudge dan is er geen sprake van manipulatie – de nudge kan dan overigens nog wel om andere redenen bezwaarlijk zijn.<sup>52</sup> Ten tweede moet er de intentie zijn om middels de nudge een keuze te sturen. Een nudge voldoet in principe aan deze voorwaarde, die overigens gesteld wordt omdat keuzes vaak ook richting een bepaalde optie worden gestuurd als niet bewust nagedacht is over de keuzearchitectuur. Zonder deze voorwaarde zou in potentie elke keuze of vorm van informatie manipulatief kunnen zijn. Ten derde moet om van manipulatie te kunnen spreken een nudge rationele besluitvorming ondermijnen. Om te bepalen wanneer dat het geval is, is zowel van belang wat rationele besluitvorming inhoudt als wanneer die wordt ondermijnd.

Aan het consumentenrecht ligt tot op zekere hoogte de economische rationaliteitsconceptie ten grondslag. Dit betekent dat een keuze als rationeel wordt gezien als die zo efficiënt mogelijk aansluit bij voorkeuren.<sup>53</sup> Aan het verbintenissenrecht, waar een groot deel van het consumentenrecht onderdeel van is, ligt echter tot op zekere hoogte ook een minder veeleisende rationaliteitsconceptie ten grondslag.<sup>54</sup> Deze meer filosofische conceptie van rationaliteit, die nauw samenhangt met het begrip autonomie, stelt dat een keuze rationeel is indien die voldoende responsief is voor redenen, dan wel (tweede orde) verlangens.<sup>55</sup> Ongeacht de precieze inhoud van de rationaliteitsconceptie die aan het consumentenrecht ten grondslag ligt, is het de vraag of rationaliteit door nudging ook daadwerkelijk wordt ondermijnd, zoals door een aantal auteurs gesuggereerd wordt.<sup>56</sup> Als een consument op het punt staat een contractuele keuze te maken die niet aansluit bij zijn voorkeuren en een nudge ervoor zorgt dat hij dat wel doet, zou gesteld kunnen worden dat door de nudge rationele besluitvorming niet ondermijnd wordt aangezien daar in eerste instantie al geen sprake van was. De voorgenomen contractuele keuze van de consument sluit immers niet aan bij zijn voorkeuren, iets dat ook niet het geval zou zijn geweest als hij niet werd genudged.<sup>57</sup> Voor de grenzen aan het gebruik

van nudging zou dit betekenen dat een soort subsidiariteitsvereiste geldt. Zolang duidelijk is dat in een situatie frateralistische beschermingstechnieken er niet voor kunnen zorgen dat consumenten in staat zijn om keuzes te maken die bij hun voorkeuren aansluiten, is het gebruik van nudging niet manipulatief en ondermijnt het om die reden ook niet de autonomie.

## Middels nudging kan rekening worden gehouden met de begrensde rationaliteit van consumenten zonder contractsvrijheid te beperken

### 6 Afronding

Betoogd is dat consumentenbescherming gebaat kan zijn bij het gebruik van nudging. Middels nudging kan namelijk rekening worden gehouden met de begrensde rationaliteit van consumenten zonder contractsvrijheid te beperken. Het gebruik van nudging biedt echter geen alles-in-één-oplossing. Er zijn situaties waarin middels het gebruik van nudging consumentenbescherming verbeterd kan worden, maar er zijn ook situaties waarin dat niet het geval is, of waarvan dat nog onduidelijk is. Belangrijk is dat daar nader onderzoek naar wordt verricht. Daarvoor is ten eerste nodig dat vanuit juridisch perspectief verder onderzocht wordt in welke situaties en onder welke voorwaarden nudging kan bijdragen aan consumentenbescherming.<sup>58</sup> Vragen die daarbij spelen zijn niet alleen in hoeverre nudging manipulatief is en richting welke optie moet worden genudged, maar bijvoorbeeld ook welke eisen gesteld moeten worden aan de transparantie van een nudge. Daarnaast is het ook belangrijk dat meer empirisch onderzoek wordt verricht naar nudging. Dergelijk onderzoek is nodig omdat, hoewel duidelijk is welke nudgingstechnieken werken, het nog niet van alle nudgingstechnieken volledig duidelijk is onder welke voorwaarden zij dat doen.<sup>59</sup> Het is mede om die reden goed dat er steeds meer aandacht is voor empirisch-juridisch onderzoek en de wijze waarop dergelijk onderzoek de juridische discipline kan versterken.<sup>60</sup>

51 Zie bijv. Wilkinson 2013, p. 345-347; T. Nys & B. Engelen, 'Judging Nudging: Answering the Manipulation Objection', *Political Studies* (65) 2017, afl. 1, p. 202-203.

52 Zie voor een overzicht van ethische bezwaren die tegen nudging geuit worden en hoe die met elkaar samenhangen: A. Schmidt & B. Engelen, 'The Ethics of Nudging: An Overview', *Philosophy Compass* (15) 2020, afl. 4, p. 1-13.

53 B. Engelen, 'Nudging and Rationality: What is there to Worry?', *Rationality and Society* (31) 2019, afl. 2, p. 209-210.

54 Dit volgt bijvoorbeeld uit de wilsgrepen die erkend worden (art. 3:44 BW; art. 6:228 BW). Hoewel deze voor een deel verklaard kunnen worden vanuit marktfalen die kunnen optreden, worden zij ook verklaard als bescherming tegen een gebrekkig gevormde wil. Deze interpretatie sluit beter aan bij het beginsel van private autonomie en rationaliteit als handelen op basis van redenen. Zie voor een voorbeeld van een dergelijke interpretatie: Asser/Sieburgh 6-III 2018/208 e.v.

55 Engelen 2019, p. 210.

56 Bovens 2009, p. 207-219; White 2013; Wilkinson 2013, p. 341-355.

57 Engelen 2019, p. 206.

58 De auteur bereidt een dissertatie op dit thema voor.

59 B. Szasz e.a., 'A Systematic Scoping Review of the Choice Architecture Movement: Toward Understanding When and Why Nudges Work', *Behavioral Decision Making* (31) 2018, afl. 3, p. 355-366.

60 Zie hierover verder: T. Bouwman, 'Empirisch-juridisch onderzoek en de sprong van feit naar norm', *NJB* 2020/815, p. 888. Zie in algemene zin over het belang van empirisch-juridisch onderzoek onder meer: W. van Boom, 'Empirisch Privaatrecht. Enige beschouwingen over de rol van empirisch onderzoek in de hedendaagse privaatrechtwetenschap', *TPR* (50) 2013, afl. 1, p. 49.