

Nudging in het contractenrecht ter bescherming van zwakkere partijen

DEEL 23

UCALL



Tom Bouwman

Boomjuridisch



Universiteit Utrecht

CENTRE FOR
ACCOUNTABILITY
AND LIABILITY LAW

Bij de bescherming van zwakkere partijen, zoals consumenten, houdt het huidige contractenrecht te weinig rekening met hoe die partijen in werkelijkheid keuzes maken. Zwakkere partijen worden daarom onvoldoende beschermd, hetgeen nadelige gevolgen heeft voor hun autonomie. Nudging biedt in potentie een oplossing voor dit probleem. Door nudging worden keuzes namelijk beïnvloed op basis van gedragswetenschappelijke inzichten over menselijk keuzegedrag.

De potentie en de grenzen van nudging ter bescherming van zwakkere partijen zijn nog niet eerder volledig in kaart gebracht. In dit onderzoek wordt de vraag beantwoord hoe nudging kan bijdragen aan de bescherming van zwakkere partijen in het Nederlandse contractenrecht. Het vertaalt daarvoor juridische, gedragswetenschappelijke en filosofische inzichten in concrete toepassingen van nudging. Ofschoon het toepassingsbereik van nudging niet onbegrensd is, kan het op verschillende wijzen de bescherming van zwakkere partijen verbeteren, zo wordt beargumenteerd en geïllustreerd.

Dit boek is niet alleen relevant voor iedereen die zich bezighoudt met wet- en regelgeving omtrent de bescherming van zwakkere partijen, maar ook voor diegenen die zich bezighouden met de toepassing van gedragswetenschappelijke inzichten in het contractenrecht en met de spanning tussen autonomie, bescherming en contractsvrijheid.

In 2015 behaalde Tom Bouwman (1991) aan de Universiteit Utrecht zowel de bachelor Wijsbegeerte als cum laude de bachelor Rechtsgeleerdheid. Aan diezelfde universiteit rondde hij in 2017 cum laude de Legal Research Master af. Hij heeft daarna als junior docent gewerkt bij het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht en is vervolgens vanaf 2018 tot 2022 promovendus geweest bij het Ucall. Momenteel is de auteur postdoc bij het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden.

**De Ucall-reeks staat onder
redactie van prof. mr. I. Giesen,
prof. mr. A.L.M. Keirse en
prof. mr. F.G.H. Kristen**

Nudging in het contractenrecht ter bescherming van zwakkere partijen

Omslagontwerp: Textcetera, Den Haag

© 2023 T. Bouwman | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de repressieregeling van Stichting Reprerecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprerecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprerecht.nl). Voor het verveelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6212-792-0

ISBN 978-94-0011-245-2 (e-book)

NUR 822

www.boomjuridisch.nl

NUDGING IN HET
CONTRACTENRECHT TER
BESCHERMING VAN ZWAKKERE
PARTIJEN

*NUDGING IN CONTRACT LAW FOR THE PROTECTION OF
WEAKER PARTIES
(WITH A SUMMARY IN ENGLISH)*

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Universiteit Utrecht op gezag van de
rector magnificus, prof. dr. H.R.B.M. Kummeling,
ingevolge het besluit van het college voor promoties
in het openbaar te verdedigen op
vrijdag 21 april 2023 des middags te 2.15 uur

door

Tom Bouwman

geboren op 16 oktober 1991
te Maartensdijk

Promotoren:

Prof. mr. A.L.M. Keirse

Prof. dr. D.T.D. de Ridder

Prof. dr. J.H. Anderson

Copromotor:

Dr. mr. E.G.D. van Dongen

Beoordelingscommissie:

Prof. mr. W.H. van Boom

Prof. dr. M.G. Faure

Prof. mr. I. Giesen

Prof. mr. V. Mak

Prof. mr. C.M.D.S. Pavillon

VOORWOORD

Mijn keuze om naast wijsbegeerte ook rechten te gaan studeren, kwam deels voort vanuit interesse en deels vanuit de wens om mijn studententijd te rekken. Een keuze die beter uitpakte dan ik had verwacht: het recht fascineerde mij al snel. Toen ik uiteindelijk de kans kreeg om te promoveren, maakte ik er bijna een sport van om iedereen die suggereerde dat ik nog steeds een student was streng te verbeteren. Desalniettemin voelde promoveren stiekem vaak alsof ik nog studeerde: het zette mij aan tot nadenken, verbreedde mijn horizon, en bracht mij in contact met veel interessante mensen. Aan het begin van mijn promotietraject werd mij echter al snel duidelijk dat promoveren meestal ook gewoon hard werken is. In dit voorwoord wil ik graag iedereen bedanken die (indirect) eraan heeft bijgedragen dat ik dat werk ook daadwerkelijk voltooid heb – uiteraard met het risico iemand te vergeten.

Allereerst wil ik mijn (co)promotoren bedanken: Anne Keirse, Denise de Ridder, Joel Anderson en Emanuel van Dongen. Vanuit drie verschillende disciplines met elkaar in gesprek gaan leidt niet automatisch tot kruisbestuiving. Daarvoor zijn oprechte wederzijdse interesse, geduld en afstemming nodig. Dank daarvoor. Anne, dank verder dat jij mij mijn eigen pad liet bewandelen, maar er ook altijd was als ik vastliep. Jouw heldere en eerlijke commentaar heb ik zeer gewaardeerd. Denise, dankzij jou is dit proefschrift niet (nog) omvangrijker geworden – alhoewel het in jouw optiek misschien nog steeds aan de lijvige kant is. Verder zorgde jij ervoor dat ik nooit te veel verdwaalde in alles wat er over nudging geschreven is. Joel, dank voor jouw altijd scherpe vragen en analyses. Jij hebt mij in mijn overtuiging gesterkt dat eigenlijk elk onderzoek een filosoof nodig heeft. Emanuel, dank voor je oog voor detail en voor je niet-aflatende toewijding en enthousiasme.

Graag wil ik prof. mr. W.H. van Boom, prof. dr. M.G. Faure, prof. mr. I. Giesen, prof. mr. V. Mak en prof. mr. C.M.D.S. Pavillon bedanken voor hun bereidheid zitting te nemen in de leescommissie en hun waardevolle opmerkingen.

Mijn collega's van UCALL en het Molengraaff Instituut wil ik bedanken voor de prettige, inspirerende en stimulerende werksfeer. Een aantal collega's wil ik verder in het bijzonder bedanken. Shosha, als wij beiden naar buiten keken – naar de buschauffeurs die pauze hielden – en druk aan het kletsen waren, geloofden anderen vrijwel nooit dat wij het over werk hadden. Hoewel dat ook niet altijd het geval was – het bijspijkeren van welerterminologie is ook belangrijk –, was het toch regelmatig zo dat wij elkaar dan stap voor stap probeerden uit te leggen waar we mee bezig waren om daar zelf zo meer grip op te krij-

gen – een soort *rubber duck debugging*, maar dan anders. Dank voor die gesprekken en voor nog veel meer. Marlou, dank dat je enkele delen van mijn proefschrift kritisch hebt doorgelezen, maar bovenal ook voor de sfeer die je op de kamer bracht. Wist je trouwens dat ‘Zoutelande’ van BLØF een cover is van een Duits nummer? Stijn, Charlotte, Joyce en Femke: dank voor alle gezelligheid en gedachtewisselingen. Jaap, dank voor het kritisch doornemen van de eerste twee hoofdstukken.

Mijn vrienden wil ik in hoofdzaak bedanken voor de, soms hoognodige, afleiding van mijn proefschrift. Als ik op de racefiets – tevergeefs – als eerste boven probeerde te komen op de Amerongse Berg, als ik in goed gezelschap in de kroeg stond, of als een boulderrou-te dankzij alle aanmoedigingen eindelijk lukte, leek mijn proefschrift altijd hooguit bij-zaak. Pieter, bedankt verder voor je scherpe redacteursblik.

Tot slot wil ik mijn familie bedanken. Pap en mam, jullie zijn er altijd voor mij – iets wat ik ook tijdens mijn promotietraject enorm heb gewaardeerd. Praktisch hebben jullie mij verder enorm geholpen door een aantal delen van mijn proefschrift van tekstueel com-mentaar te voorzien en door op Ties te passen. Vera, Yannick, Lodewijk en Roelien: dank voor jullie steun en aanmoedigingen. Bregje, ook jij bent er altijd voor mij. Ik geniet enorm van ons leven samen en kijk uit naar alles wat het ons nog te bieden heeft. Ties, jij bent voor mij het allerbelangrijkste. Toen jij werd geboren, plaatste dat alles in perspectief, hetgeen een positief effect bleek te hebben op mijn proefschrift: de tijd die ik daarvoor had, ging ik optimaal benutten om verder zo veel mogelijk tijd met jou door te kunnen brengen.

INHOUDSOPGAVE

Lijst met afkortingen

xxiv

1	Inleiding	1
1.1	Aanleiding	1
1.2	Onderzoeksvraag en deelvragen	3
1.3	Doel en relevantie	4
1.3.1	Doel	4
1.3.2	Juridische relevantie	4
1.3.3	Maatschappelijke relevantie	7
1.4	Afbakening	8
1.4.1	Inleiding	8
1.4.2	Afbakening I: het Nederlandse contractenrecht	8
1.4.3	Afbakening II: de positieve toepassing van nudging	9
1.4.4	Afbakening III: gebruik van bestaand empirisch onderzoek	10
1.4.5	Afbakening IV: focus op het theoretisch kader	10
1.4.6	Afbakening V: recente ontwikkelingen in het contractenrecht	11
1.5	Methodologie	13
1.5.1	Inleiding	13
1.5.2	Deelvraag I: waarom worden zwakkere partijen in het contractenrecht beschermd?	13
1.5.3	Deelvraag II: welke verschillende zwakkere partijen worden in het contractenrecht op welke wijze, tegen welke zwakheden en onder welke voorwaarden beschermd?	14
1.5.4	Deelvraag III: tot welke tekortkomingen in de huidige bescherming van zwakkere partijen leidt de discrepantie tussen hoe zwakkere partijen in werkelijkheid keuzes maken en hoe verondersteld wordt dat zij dat doen?	14
1.5.5	Deelvraag IV: op welke manier(en) kan nudging worden toegepast ter bescherming van zwakkere partijen?	14
1.5.6	Deelvraag V: door welke voorwaarden wordt een legitieme toepassing van nudging ter bescherming van zwakkere partijen begrensd?	15

1.5.7	Deelvraag VI: waartegen en in welke situaties kunnen de verschillende nudgetechnieken bescherming bieden?	15
1.5.8	Deelvraag VII: hoe kan nudging in een concrete situatie worden toegepast ter bescherming van een zwakkere partij?	16
1.6	Terminologie	16
1.7	Opbouw van het onderzoek	17
DEEL I HET JURIDISCH KADER		
2	De waarde(n) van het contractenrecht	21
2.1	Inleiding	21
2.2	Waarden en contracttheorieën	21
2.3	De waarde autonomie	24
2.3.1	Inleiding	24
2.3.2	Autonomie beschouwd als vrijheid: van de negentiende-eeuwse wilstheorie tot Friedman	24
2.3.3	Autonomie beschouwd als de mogelijkheid om betekenisvolle opties te kiezen	26
2.3.3.1	Raz als inspirator	26
2.3.3.2	De pluralistische contracttheorie van Dagan en Heller	27
2.3.3.3	De pluralistische contracttheorie van Nieuwenhuis	28
2.4	De waarde efficiëntie	29
2.4.1	Inleiding	29
2.4.2	Pareto-efficiëntie en contractuele gebondenheid	29
2.4.3	De bescherming van zwakkere partijen en het voorkomen van marktfalen	31
2.5	De waarde gemeenschap	31
2.5.1	Inleiding	31
2.5.2	Gemeenschap als 'dik' concept en als 'dun' concept	32
2.6	De waarde rechtvaardigheid	32
2.6.1	Inleiding	32
2.6.2	Corrigerende rechtvaardigheid	33
2.6.3	Verdelende rechtvaardigheid	34
2.6.4	Sociale rechtvaardigheid	35
2.7	Analyse en een pleidooi voor waardepluralisme	36
2.7.1	Inleiding	36
2.7.2	Analyse van de stromingen van contracttheorieën	36

2.7.2.1	Autonomie	36
2.7.2.2	Efficiëntie	38
2.7.2.3	Gemeenschap	38
2.7.2.4	Rechtvaardigheid	39
2.7.3	Waardepluralisme	40
2.7.3.1	Inleiding	40
2.7.3.2	Waardepluralisme volgens Dagan en Heller	40
2.7.3.3	Waardepluralisme volgens Nieuwenhuis	41
2.7.3.4	Twee argumenten voor het waardepluralisme van Dagan en Heller	41
2.8	Conclusie	42
3	De beginselen die richting geven aan de bescherming van zwakkere partijen	43
3.1	Inleiding	43
3.2	Het beginsel van private autonomie	44
3.2.1	Inleiding	44
3.2.2	Het beginsel van private autonomie: terminologie en functie binnen het privaatrecht	44
3.2.3	Het begrip autonomie	45
3.2.3.1	Algemene definitie	45
3.2.3.2	Autonomie: een begrip met meerdere gezichten	46
3.2.4	De contractrechtelijke autonomieconceptie	47
3.2.4.1	Inleiding	47
3.2.4.2	Autonomie als drempelconcept	47
3.2.4.3	Autonomie als ideaalconcept	48
3.3	Het beginsel van contractsvrijheid	50
3.3.1	Inleiding	50
3.3.2	Het begrip ‘vrijheid’	51
3.3.2.1	Inleiding	51
3.3.2.2	Negatieve vrijheid	51
3.3.2.3	Positieve vrijheid	51
3.3.3	De verhouding tussen het beginsel van private autonomie en het beginsel van contractsvrijheid	52
3.4	Het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid	54
3.4.1	Inleiding	54
3.4.2	Terminologie	54
3.4.3	De noodzaak tot bescherming	55
3.4.3.1	Inleiding	55

3.4.3.2	Van status naar contract	55
3.4.3.3	Terug van contract naar status	56
3.4.3.4	Kritiek op de bescherming van zwakkere partijen	57
3.4.4	De begrippen perfectionisme en paternalisme	58
3.4.4.1	Inleiding	58
3.4.4.2	Perfectionisme	58
3.4.4.3	Paternalisme	59
3.4.5	De verhouding tussen het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid, het beginsel van contractsvrijheid en het beginsel van private autonomie	61
3.5	Conclusie	61
4	Kenmerken van de rechtsregels die zwakkere partijen beschermen	63
4.1	Inleiding	63
4.2	Rechtsbronnen	63
4.2.1	Inleiding	63
4.2.2	Het nationaal privaatrecht	63
4.2.3	Het Europees recht	64
4.2.4	Het publiekrecht	65
4.3	Juridische technieken die sterkere partijen verplichten bescherming te bieden	66
4.3.1	Inleiding	66
4.3.2	Nietigheid en vernietigbaarheid	67
4.3.3	Aansprakelijkheid	68
4.3.4	Compensatie	69
4.4	De gebreken waartegen zwakkere partijen worden beschermd	69
4.4.1	Inleiding	69
4.4.2	Gebrek aan onderhandelingspositie	70
4.4.3	Gebrek aan informatie	71
4.4.4	Gebrek aan cognitieve capaciteit	71
4.4.5	Gebrek aan weerstand	72
4.5	Beschermingstechnieken	73
4.5.1	Inleiding	73
4.5.2	Fraternalistische beschermingstechnieken	73
4.5.2.1	De informatieplicht voor een sterkere partij	73
4.5.2.2	De waarschuwingsplicht voor een sterkere partij	74
4.5.2.3	De bedenktijd voor een zwakkere partij	75
4.5.2.4	Het vormvoorschrift	75
4.5.2.5	Het bewijsvermoeden	76

4.5.2.6	Het verbod voor een sterkere partij op bepaalde gedragingen en uitingen	76
4.5.2.7	Een recht voor een zwakkere partij	77
4.5.3	Paternalistische beschermingstechnieken	77
4.5.3.1	Het verbod op een bepaalde contractsinhoud	77
4.5.3.2	De nadere specificering van een contractuele plicht – het gebod	78
4.6	Zwakkere partijen die in het Nederlandse contractenrecht worden beschermd	79
4.6.1	Inleiding	79
4.6.2	De werknemer	80
4.6.2.1	Inleiding	80
4.6.2.2	Ontwikkeling van de bescherming van de werknemer	80
4.6.2.3	Kenmerken van de bescherming van de werknemer	81
4.6.3	De huurder van woonruimte	81
4.6.3.1	Inleiding	81
4.6.3.2	Ontwikkeling van de bescherming van de huurder van woonruimte	81
4.6.3.3	Kenmerken van de bescherming van de huurder van woonruimte	82
4.6.4	De consument	83
4.6.4.1	Inleiding	83
4.6.4.2	Ontwikkeling van de bescherming van de consument	83
4.6.4.3	Kenmerken van de bescherming van de consument	84
4.6.5	De particuliere borg	89
4.6.5.1	Inleiding	89
4.6.5.2	Ontwikkeling van de bescherming van de particuliere borg	89
4.6.5.3	Kenmerken van de bescherming van de particuliere borg	90
4.6.6	De reiziger	90
4.6.6.1	Inleiding	90
4.6.6.2	Ontwikkeling van de bescherming van de reiziger	90
4.6.6.3	Kenmerken van de bescherming van de reiziger	91
4.6.7	De patiënt	92
4.6.7.1	Inleiding	92
4.6.7.2	Ontwikkeling van de bescherming van de patiënt	92

4.6.7.3	Kenmerken van de bescherming van de patiënt	92
4.6.8	De particuliere verzekeringnemer	93
4.6.8.1	Inleiding	93
4.6.8.2	Ontwikkeling van de bescherming van de particuliere verzekeringnemer	93
4.6.8.3	Kenmerken van de bescherming van de particuliere verzekeringnemer	93
4.6.9	De particuliere pandbelener	94
4.6.9.1	Inleiding	94
4.6.9.2	Ontwikkeling van de bescherming van de particuliere pandbelener	94
4.6.9.3	Kenmerken van de bescherming van de particuliere pandbelener	94
4.7	Synthese: de toepassingsvoorwaarden voor beschermingstechnieken	95
4.7.1	Inleiding	95
4.7.2	De spanning tussen de bescherming van zwakkere partijen en het behouden van hun contractsvrijheid	95
4.7.3	Toepassingsvoorwaarden	97
4.7.3.1	Inleiding	97
4.7.3.2	Toepassingsvoorwaarde I: de contractuele keuze van een zwakkere partij wordt beïnvloed door een gebrek	97
4.7.3.3	Toepassingsvoorwaarde II: eigen verantwoordelijkheid blijft het uitgangspunt van het contractenrecht	98
4.7.3.4	Toepassingsvoorwaarde III: fraternalistische beschermingstechnieken bieden onvoldoende bescherming	100
4.7.3.5	Toepassingsvoorwaarde IV: vrijwel alle zwakkere partijen zouden de voorgeschreven contractsinhoud kunnen aanvaarden	101
4.8	Conclusie	102
5	Gedragwetenschappelijke inzichten en de tekortkomingen van de bescherming van zwakkere partijen	105
5.1	Inleiding	105
5.2	De economische rationaliteitsconceptie en gedragwetenschappelijke inzichten	105
5.2.1	De economische rationaliteitsconceptie	105
5.2.2	Gedragwetenschappelijke inzichten	106

5.2.2.1	Inleiding	106
5.2.2.2	Simon en de begrensde rationaliteit van mensen	107
5.2.2.3	Kahneman en zijn onderzoek naar de begrensde rationaliteit van mensen	108
5.2.2.4	Kritiek op het onderzoek van Kahneman	110
5.2.2.5	Andere invloeden van de beperkte cognitieve capaciteit van mensen	112
5.3	De tekortkomingen van de huidige bescherming van zwakkere partijen	114
5.3.1	Inleiding	114
5.3.2	De economische rationaliteitsconceptie en de huidige bescherming van zwakkere partijen	115
5.3.3	Eerste tekortkoming: zwakkere partijen worden te weinig beschermd tegen een gebrek aan weerstand en een gebrek aan cognitieve capaciteit	117
5.3.3.1	Inleiding	117
5.3.3.2	Te weinig bescherming tegen een gebrek aan weerstand	117
5.3.3.3	Te weinig bescherming tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit	119
5.3.3.4	Kanttekening	120
5.3.4	Tweede tekortkoming: een aantal fraternalistische beschermingstechnieken biedt minder bescherming dan verondersteld wordt	121
5.3.5	De twee tekortkomingen en de spanning tussen bescherming en contractsvrijheid	123
5.4	Potentiële oplossingen	123
5.4.1	Inleiding	123
5.4.2	Fraternalistische beschermingstechnieken verbeteren	124
5.4.3	Toch vaker paternalistische beschermingstechnieken toepassen	124
5.4.4	Gepersonaliseerde bescherming	125
5.5	Conclusie	125

DEEL II HET THEORETISCH KADER

6	De potentie van nudging voor de bescherming van zwakkere partijen	129
6.1	Inleiding	129
6.2	De definitie en kenmerken van nudging	129

6.2.1	Inleiding	129
6.2.2	Nudging	130
6.2.2.1	De definitie van Thaler en Sunstein	130
6.2.2.2	Nudging in vergelijking met de stok	130
6.2.2.3	Nudging in vergelijking met de wortel	133
6.2.2.4	Nudging in vergelijking met de preek	134
6.2.3	<i>Sludge</i>	134
6.2.4	<i>Boosting</i>	135
6.2.5	<i>Libertarian paternalism</i>	136
6.2.6	Nudgetechnieken	137
6.2.6.1	Inleiding	137
6.2.6.2	Nudges die iemand helpen om zelf een keuze te maken	138
6.2.6.3	Nudges die een keuze naar of weg van een bepaalde optie sturen	138
6.3	De toepassingen van nudging ter bescherming van zwakkere partijen	139
6.3.1	Inleiding	139
6.3.2	Toepassing I: nudging om zwakkere partijen te helpen zelf een keuze te maken	139
6.3.3	Toepassing II: nudging als hulp bij het maken van een keuze die aansluit bij eigen wensen	140
6.3.4	Toepassing III: nudging als hulp bij het kiezen van de meest verstandige optie	142
6.3.5	Kanttekening	143
6.4	Conclusie	143
7	Principiële bezwaren tegen nudging	145
7.1	Inleiding	145
7.2	De wijze waarop nudges keuzes beïnvloeden	145
7.2.1	Inleiding	145
7.2.2	Kritiek op de wijze waarop nudges keuzes beïnvloeden	146
7.2.3	Nuance bij de kritiek op de wijze waarop nudges keuzes beïnvloeden	146
7.2.4	Manipulatie	147
7.2.4.1	Inleiding	147
7.2.4.2	Manipulatie: betekenissen en gebruikswijzen	148
7.2.4.3	Manipuleert een nudge? Drie voorwaarden	149
7.3	Nudging, menselijke waardigheid en zelfrespect	151

7.3.1	Inleiding	151
7.3.2	Menselijke waardigheid, zelfrespect en autonomie	152
7.3.3	Nudging, menselijke waardigheid en zelfrespect	153
7.3.4	Zelfrespect en menselijke waardigheid in het contractenrecht	154
7.4	Nudging en de mogelijkheid om – van fouten – te leren	156
7.4.1	Inleiding	156
7.4.2	Educatie in plaats van nudging?	157
7.4.3	Van fouten leren in plaats van nudging?	158
7.5	Nudging en de macht die een overheid daardoor verkrijgt	158
7.5.1	Inleiding	158
7.5.2	Transparantie	159
7.5.3	Zijn wetgeving en rechtspraak voldoende transparant?	160
7.6	Conclusie	160
8	De uitvoerbaarheid van nudging	163
8.1	Inleiding	163
8.2	Nudging en het behoud van keuzevrijheid	163
8.2.1	Inleiding	163
8.2.2	Keuzevrijheid	164
8.2.3	Kritiek op nudging vanwege het effect ervan	164
8.2.4	Empirisch onderzoek naar keuzevrijheid en het effect van nudging	166
8.2.5	Keuzevrijheid en contractsvrijheid	167
8.3	Nudging en de optie waarnaar een keuze gestuurd moet worden	167
8.3.1	Inleiding	167
8.3.2	Factoren die het vaststellen van de optie die bescherming biedt bemoeilijken	168
8.3.2.1	Inleiding	168
8.3.2.2	Factor I: de beperkte betrouwbaarheid van door keuzes onthulde wensen	169
8.3.2.3	Factor II: het risico op (te veel) perfectionisme	170
8.3.2.4	Factor III: nudges zijn doorgaans <i>one-size-fits-all</i>	171
8.3.3	Reeds ontwikkelde benaderingen	171
8.3.3.1	Inleiding	171
8.3.3.2	Empirische benaderingen	171
8.3.3.3	Normatieve benaderingen	174
8.3.4	Contractrechtelijke benaderingen	176
8.3.4.1	Inleiding	176

8.3.4.2	De inhoud van aanvullend recht	176
8.3.4.3	De inhoud van paternalistische beschermingstechnieken	177
8.3.5	De optie die de meerderheid van zwakkere partijen zou kunnen aanvaarden	178
8.3.5.1	Inleiding	178
8.3.5.2	Zwakkere partijen helpen met het maken van een keuze die aansluit bij eigen wensen	178
8.3.5.3	Zwakkere partijen helpen met het kiezen van de meest verstandige optie	180
8.4	Nudging en de kennis over de randvoorwaarden	181
8.4.1	Inleiding	181
8.4.2	De kennis over de werking van nudges	182
8.4.3	Hoe moeten kennisleemten in ogenschouw worden genomen?	182
8.5	Conclusie	183
9	Nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken	185
9.1	Inleiding	185
9.2	Het vertalen van informatie	185
9.2.1	Inleiding	185
9.2.2	Informatie vertalen	186
9.2.2.1	Van informatie naar een geïnformeerde keuze: een hobbelige weg	186
9.2.2.2	De hoeveelheid informatie beperken	186
9.2.2.3	De inhoud en presentatie van informatie versimpelen	187
9.2.3	Informatie vertalen ter bescherming van een zwakkere partij	188
9.3	Andersoortige informatie zichtbaar maken	190
9.3.1	Inleiding	190
9.3.2	Meta-informatie	190
9.3.3	Gebruiks-informatie	191
9.4	Een herinnering	192
9.4.1	Inleiding	192
9.4.2	Een herinnering als nudge	192
9.4.3	De toepassing van herinneringen ter bescherming van een zwakkere partij	193
9.5	Actief vragen om een keuze te maken	194

9.5.1	Inleiding	194
9.5.2	Actief vragen om een keuze te maken als nudgetechniek	194
9.5.3	De toepassing van actief vragen om een keuze te maken ter bescherming van een zwakkere partij	195
9.6	Een keuzehulpmiddel	196
9.6.1	Inleiding	196
9.6.2	De <i>consider-the-opposite strategy</i> en de <i>elaborate strategy</i>	197
9.6.3	Keuzehulpmiddelen die een persoon helpen met zijn eigen wensen of situatie in kaart brengen	198
9.7	Zelfnudging	198
9.7.1	Inleiding	198
9.7.2	Zelfnudging in enge zin en zelfnudging in ruime zin	199
9.7.3	De beperkte relevantie van zelfnudging voor de bescherming van een zwakkere partij	199
9.8	<i>Debiasing</i> -nudges en <i>counter</i> -nudges	200
9.8.1	Inleiding	200
9.8.2	<i>Debiasing</i> -nudges en <i>counter</i> -nudges: kenmerken	200
9.8.3	De toepassing van <i>debiasing</i> -nudges en <i>counter</i> -nudges ter bescherming van een zwakkere partij	201
9.9	Conclusie	201
10	Nudges die een keuze naar of weg van een bepaalde optie sturen	203
10.1	Inleiding	203
10.2	Een standaardoptie	203
10.2.1	Inleiding	203
10.2.2	Een standaardoptie als nudge	204
10.2.3	De toepassing van een standaardoptie ter bescherming van een zwakkere partij	205
10.2.3.1	Inleiding	205
10.2.3.2	Directe toepassing van een standaardoptie	205
10.2.3.3	Indirecte toepassing van een standaardoptie	206
10.3	Een sociale-normnudge	207
10.3.1	Inleiding	207
10.3.2	Een sociale norm als nudge	207
10.3.3	De toepassing van sociale-normnudges ter bescherming van een zwakkere partij	209
10.4	De presentatie van informatie en de keuze(opties)	210
10.4.1	Inleiding	210

10.4.2	De presentatie van informatie en een keuze(optie) als nudge	210
10.4.2.1	Drie soorten <i>framing</i> -nudges	210
10.4.2.2	Ankernudges	212
10.4.2.3	De presentatie van keuzeopties	213
10.4.3	De presentatie van informatie of een keuze(optie) aanpassen ter bescherming van een zwakkere partij	214
10.5	Inspelen op het feit dat personen gevolgen hyperbolisch verdisconteren	215
10.5.1	Inleiding	215
10.5.2	Hyperbolisch verdisconteren	215
10.5.3	Inspelen op het feit dat personen gevolgen hyperbolisch verdisconteren ter bescherming van een zwakkere partij	216
10.6	Conclusie	216

DEEL III DE CASESTUDIES

11	Nudging en de bijzondere zorgplicht van financiële instellingen bij complexe financiële producten	221
11.1	Inleiding	221
11.2	Juridische en maatschappelijke relevantie van de bijzondere zorgplicht	221
11.3	Juridisch kader van de bijzondere zorgplicht	225
11.3.1	Inleiding	225
11.3.2	Inhoud en omvang van de bijzondere zorgplicht	225
11.3.3	De bijzondere zorgplicht en haar verhouding tot andere leerstukken en rechtsregels	228
11.3.3.1	Inleiding	228
11.3.3.2	Dwaling en eigen schuld	228
11.3.3.3	Het financieel toezichtrecht	230
11.4	De bijzondere zorgplicht bezien vanuit gedragswetenschappelijk perspectief	230
11.4.1	Inleiding	230
11.4.2	Eigen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht	231
11.4.3	De waarschuwings- en vergewisplicht	233
11.4.4	De adviesplicht	235
11.5	De bijzondere zorgplicht en het stroomschema	235
11.5.1	Inleiding	235
11.5.2	Vraag I: het gebrek in kwestie	236

11.5.3	Vraag II: zwakkere partijen – van fouten – laten leren	236
11.5.4	Vraag III: bescherming door fraternalistische beschermingstechnieken	236
11.5.5	Vraag IV: bescherming door nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken	237
11.5.6	Vraag V: de optie waarnaar een keuze moet worden gestuurd	237
11.5.7	Vraag VI: randvoorwaarden	238
11.5.7.1	Inleiding	238
11.5.7.2	De <i>consider-the-opposite strategy</i>	239
11.5.7.3	Gebruiksinformatie	239
11.5.7.4	Sociale-normnudge	240
11.5.7.5	De presentatie van informatie of een keuze(optie)	240
11.5.7.6	Inspelen op het feit dat personen gevolgen hyperbolisch verdisconteren	241
11.5.8	Vraag VII: eigen verantwoordelijkheid	242
11.6	Conclusie	243
12	Nudging en particuliere borgtocht	245
12.1	Inleiding	245
12.2	Juridische en maatschappelijke relevantie van particuliere borgtocht	245
12.3	Juridisch kader van de bescherming van de particuliere borg	248
12.4	De bescherming van de particuliere borg gezien vanuit gedragswetenschappelijk perspectief	251
12.4.1	Inleiding	251
12.4.2	De zwakheden waartegen de particuliere borg wordt beschermd	251
12.4.3	De beschermingstechnieken gezien vanuit gedragswetenschappelijk perspectief	253
12.5	De bescherming van de particuliere borg en het stroomschema	256
12.5.1	Inleiding	256
12.5.2	Vraag I: het gebrek in kwestie	256
12.5.3	Vraag II: zwakkere partijen – van fouten – laten leren	257
12.5.4	Vraag III: bescherming door fraternalistische beschermingstechnieken	257
12.5.5	Vraag IV: bescherming door nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken	257

12.5.6	Vraag V: de optie waarnaar een keuze moet worden gestuurd	258
12.5.7	Vraag VI: randvoorwaarden	259
12.5.7.1	Inleiding	259
12.5.7.2	Informatie vertalen ter verbetering van informatieoverdracht	259
12.5.7.3	Gebruiks informatie	260
12.5.7.4	De <i>consider-the-opposite strategy</i>	260
12.5.7.5	Standaardoptie	261
12.5.7.6	Sociale-normnudge	261
12.5.7.7	De presentatie van informatie en een keuze(optie)	262
12.5.7.8	Inspelen op het feit dat personen gevolgen hyperbolisch verdisconteren	262
12.5.8	Vraag VII: eigen verantwoordelijkheid	262
12.6	Conclusie	264
13	Nudging en <i>add-on</i> verzekeringen	265
13.1	Inleiding	265
13.2	<i>Add-on</i> verzekeringen: kenmerken en relevantie	265
13.3	Huidige bescherming bij <i>add-on</i> verzekeringen	267
13.4	<i>Add-on</i> verzekeringen bezien vanuit gedragswetenschappelijk perspectief	268
13.4.1	Inleiding	268
13.4.2	De keuze een <i>add-on</i> verzekering af te sluiten	268
13.4.3	De huidige bescherming	271
13.5	Bescherming bij <i>add-on</i> verzekeringen en het stroomschema	272
13.5.1	Inleiding	272
13.5.2	Vraag I: het gebrek in kwestie	272
13.5.3	Vraag II: zwakkere partijen – van fouten – laten leren	272
13.5.4	Vraag III: bescherming door fraternalistische beschermingstechnieken	273
13.5.5	Vraag IV: bescherming door nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken	274
13.5.6	Vraag V: de optie waarnaar een keuze moet worden gestuurd	274
13.5.7	Vraag VI: randvoorwaarden	275
13.5.7.1	Inleiding	275
13.5.7.2	Gebruiks informatie	275
13.5.7.3	Standaardoptie	275

13.5.7.4	Sociale-normnudge	276
13.5.7.5	De presentatie van informatie of een keuze(optie)	276
13.5.8	Vraag VII: eigen verantwoordelijkheid	276
13.6	Conclusie	277
14	Slotbeschouwing	279
14.1	Inleiding	279
14.2	Drie toepassingen van nudging	279
14.2.1	Inleiding	279
14.2.2	Toepassing I: nudging als hulp om zelf een keuze te maken	279
14.2.3	Toepassing II: nudging als hulp bij het kiezen van de optie die aansluit bij eigen wensen	280
14.2.4	Toepassing III: nudging als hulp bij het kiezen van de meest verstandige optie	280
14.3	Toepassingsvoorwaarden	280
14.3.1	Inleiding	280
14.3.2	Toepassingsvoorwaarde I: een contractuele keuze wordt beïnvloed door een gebrek	281
14.3.3	Toepassingsvoorwaarde II: laten leren – van fouten – maakt bescherming niet onnodig	281
14.3.4	Toepassingsvoorwaarde III: subsidiariteit	282
14.3.5	Toepassingsvoorwaarde IV: de optie waarnaar een keuze moet worden gestuurd	282
14.3.6	Toepassingsvoorwaarde V: voldoende eigen verantwoordelijkheid blijft behouden	282
14.3.7	Toepassingsvoorwaarde VI: de nudge biedt de gewenste bescherming	283
14.4	Randvoorwaarden	283
14.5	Nudging kan zwakkere partijen beschermen, maar is geen wondermiddel	284
14.6	Ter afronding	285
	Samenvatting	287
	Summary	295
	Bronnen	303
	Annex: stroomschema	373

INHOUDSOPGAVE

Trefwoordenregister	375
Curriculum vitae	381

LIJST MET AFKORTINGEN

aant.	aantekening
afl.	aflevering
AFM	Autoriteit Financiële Markten
A-G	advocaat-generaal
ASIC	Australian Securities & Investments Commission
BGfo	Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft
BIN NL	Behavioral Insights Netwerk Nederland
BIT	Behavioural Insights Team
BW	Burgerlijk Wetboek
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
concl.	conclusie
diss.	dissertatie
e.a.	en anderen
e.v.	en verder
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
Gw	Grondwet
Handvest	Handvest van de grondrechten van de Europese Unie
HR	Hoge Raad
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IER	Intellectuele Eigendom en Reclamerecht
JA	Jurisprudentie Aansprakelijkheid
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
m.nt.	met noot
MiFID II	Markets in Financial Instruments Directive II
MvA	memorie van antwoord
MvT	memorie van toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
nr.	nummer
NRgfo	Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft

OBW	Oud Burgerlijk Wetboek
OFT	Office of Fair Trading
p.	pagina
par.	paragraaf
P-G	procureur-generaal
r.o.	rechtsoverweging
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
RMO	Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
Stb.	Staatsblad
t/m	tot en met
TM	Toelichting Meijers
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VrWft	Vrijstellingsregeling Wft
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wft	Wet op het financieel toezicht
Woo	Wet open overheid
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid

1 INLEIDING

1.1 AANLEIDING

Zelfontplooiing door samenwerking met anderen is de kern van het contractenrecht.¹ Het is echter niet voor iedereen even bereikbaar om zichzelf te ontplooiën door met anderen samen te werken. Zwakkere partijen die contracteren, zoals de werknemer, huurder en consument, worden daarom beschermd. Aan de bescherming van zwakkere partijen ligt met regelmaat de veronderstelling ten grondslag dat zij economisch rationeel handelen.² Stilzwijgend wordt verondersteld dat zij voor het maken van hun contractuele keuzes verschillende opties tegen elkaar afwegen, de informatie gebruiken die zij tot hun beschikking hebben, en risico's en onzekerheden verdisconteren op basis van kansberekening. Uit gedragswetenschappelijk onderzoek blijkt echter dat mensen, en dus ook zwakkere partijen, een beperkte cognitieve capaciteit hebben.³ Hierdoor kunnen zij, voordat zij hun keuzes maken, lang niet altijd alle opties tegen elkaar afwegen, gebruiken zij ook lang niet altijd alle informatie die zij tot hun beschikking hebben, en zijn zij slecht in kansberekening.

De discrepantie tussen hoe zwakkere partijen in werkelijkheid keuzes maken en hoe verondersteld wordt dat zij dat doen, brengt mee dat de huidige bescherming van zwakkere partijen in twee opzichten tekortschiet: zij worden niet vaak genoeg beschermd en niet altijd op geschikte wijze. Zwakkere partijen worden niet vaak genoeg beschermd omdat te weinig rekening wordt gehouden met het gegeven dat hun beperkte cognitieve capaciteit van invloed kan zijn op de contractuele keuzes die zij maken. Zwakkere partijen worden daarnaast niet altijd op geschikte wijze beschermd omdat het effect van een aantal beschermingstechnieken wordt overschat. Een pregnant voorbeeld hiervan is de informatieplicht. Zwakkere partijen kunnen maar een bepaalde hoeveelheid informatie lezen, begrijpen en gebruiken, aangezien hun cognitieve capaciteit beperkt is. Informatieplichten bieden daardoor minder bescherming dan vaak verondersteld wordt.⁴

De noodzaak zwakkere partijen niet alleen vaker, maar ook door andere beschermingstechnieken te beschermen, roept de vraag op welke beschermingstechnieken daarvoor geschikt zijn. Zogeheten paternalistische beschermingstechnieken – beschermingstech-

1 Nieuwenhuis 2006, p. 92.

2 Mak 2016, p. 384-389. Zie impliciet: Van Boom 2020, p. 58. Zie verder: par. 5.3.2.

3 Kahneman 2003, p. 697-720. Zie verder: par. 5.2.

4 Loewenstein, Sunstein & Golman 2014, p. 391-419. Zie verder: par. 5.3.4.

nieken die de contractsvrijheid van een zwakkere partij beperken⁵ – hebben doorgaans een sterker effect dan bijvoorbeeld een informatieplicht, maar kunnen naast de contractsvrijheid ook de autonomie van een zwakkere partij beperken.⁶ Een relatief nieuw, in potentie beter alternatief voor een aantal van de huidige beschermingstechnieken is nudging toepassen. Nudging is een verzamelbegrip voor keuzebeïnvloedingstechnieken die, rekening houdend met of inspelend op de beperkte cognitieve capaciteit van mensen, keuzes op voorspelbare wijze beïnvloeden, zonder keuzevrijheid te beperken en zonder gebruik te maken van significante financiële prikkels.⁷ Enkele voorbeelden van nudging zijn het hanteren van een standaardoptie, appelleren aan een sociale norm en een keuzeoptie in het oog laten springen.

Dit proefschrift onderzoekt de potentie van nudging voor de bescherming van zwakkere partijen. Het vertrekpunt van dit onderzoek is het idee dat nudging de bescherming van zwakkere partijen kan verrijken. Dit is geen nieuw idee.⁸ Een systematisch onderzoek naar de manier waarop nudging kan worden toegepast ter bescherming van zwakkere partijen ontbreekt echter vooralsnog.⁹ Daardoor is de potentie van nudging nog niet volledig in kaart gebracht en zijn er mogelijk nog onontdekte toepassingen van nudging die een verrijking kunnen zijn voor de bescherming van zwakkere partijen. Tevens zijn daardoor de grenzen van nudging nog niet volledig duidelijk. Het enthousiasme van academici en beleidsmakers voor nudging neemt niet weg dat er ook kritiek op is.¹⁰ Zo zou nudging manipulatief kunnen zijn,¹¹ zou het in zijn uitwerking toch (te) paternalistisch kunnen zijn,¹² en zou het niet altijd het gewenste effect hebben.¹³ Dat noch de potentie, noch de grenzen van nudging ter bescherming van zwakkere partijen afdoende in kaart zijn gebracht, bergt enerzijds het risico in zich van onnodige terughoudendheid van een wetgever of rechter bij de introductie van verplichtingen voor sterkere partijen tot nudging van zwakkere partijen, en anderzijds het risico van een te optimistische kijk op de potentie van nudging bij het introduceren van rechtsregels.¹⁴ Het is kortom niet alleen mogelijk dat het kind met het badwater wordt weggegooid, maar ook dat het paard van Troje wordt binnengehaald.

5 Nieuwenhuis 2009, p. 2259.

6 Zie verder over het onderscheid tussen contractsvrijheid en autonomie: par. 3.3.3. Zie verder over waarom paternalistische beschermingstechnieken autonomie ook kunnen beperken, in plaats van alleen versterken: par. 4.7.2.

7 Thaler & Sunstein 2008, p. 6.

8 Zie bijvoorbeeld: Braspenning 2017, p. 224-234; De Jager 2018, p. 280; Van Boom 2020, p. 77-80.

9 Zie instemmend: Micklitz 2022, p. 343.

10 Zie voor een overzicht van de normatieve discussie over nudging: Schmidt & Engelen 2020, p. 1-13.

11 Wilkinson 2013, p. 341-355.

12 Infante, Lecouteux & Sugden 2016, p. 1-25.

13 Szaszi e.a. 2018, p. 355-366.

14 Cserne constateert hetzelfde. Hij stelt: 'In the law and economics literature, this novelty [nudging; TB] has been ground for either praise or blame. Correspondingly, nudging is sometimes oversold, sometimes de-

1.2 ONDERZOEKSVRAAG EN DEELVRAGEN

In dit onderzoek staat de volgende vraag centraal:

Hoe kan nudging bijdragen aan de bescherming van zwakkere partijen in het Nederlandse contractenrecht?

Ter beantwoording van deze vraag worden zeven deelvragen beantwoord:

1. Waarom worden zwakkere partijen in het contractenrecht beschermd? Deze vraag wordt beantwoord om vast te stellen welk doel nudging moet kunnen dienen om bij te dragen aan de bescherming van zwakkere partijen.
2. Welke verschillende zwakkere partijen worden in het contractenrecht op welke wijze, tegen welke zwakheden en onder welke voorwaarden beschermd? Het antwoord op deze vraag heeft voor dit onderzoek een dubbele functie. Ten eerste biedt het een nadere, concretere invulling van het doel van de bescherming van zwakkere partijen. Ten tweede geeft het aan hoe binnen de huidige bescherming verondersteld wordt dat zwakkere partijen keuzes maken, hetgeen relevant is voor de beantwoording van de derde deelvraag.
3. Tot welke tekortkomingen in de huidige bescherming van zwakkere partijen leidt de discrepantie tussen hoe zwakkere partijen in werkelijkheid keuzes maken en hoe verondersteld wordt dat zij dat doen? Het antwoord op deze vraag duidt de ruimte voor nudging aan om bij te dragen aan de bescherming van zwakkere partijen.
4. Op welke manier(en) kan nudging worden toegepast ter bescherming van zwakkere partijen? Het antwoord op deze vraag duidt de potentie aan van nudging voor de bescherming van zwakkere partijen.
5. Door welke voorwaarden wordt een legitieme toepassing van nudging ter bescherming van zwakkere partijen begrensd? Het antwoord op deze vraag duidt de grenzen aan van nudging ter bescherming van zwakkere partijen.
6. Waartegen en in welke situaties kunnen de verschillende nudgetechnieken bescherming bieden? Deze vraag wordt beantwoord omdat het per nudgetechniek verschilt in welke situaties die kan worden toegepast en welk effect die kan hebben.
7. Hoe kan nudging in een concrete situatie worden toegepast ter bescherming van een zwakkere partij? Ter beantwoording van deze vraag worden drie casestudies uitgevoerd. De onderwerpen daarvan zijn: de bescherming bij aanschaf van een complex financieel product in het kader van de bijzondere zorgplicht van financiële instellingen, de bescherming van de particuliere borg en de bescherming van de particuliere verzekeringnemer bij het afsluiten van een *add-on* verzekering.

monized.' Zie: Cserne 2012, p. 139.

1.3 DOEL EN RELEVANTIE

1.3.1 Doel

Het doel van dit onderzoek is de ontwikkeling en toelichting van een theoretisch kader aan de hand waarvan een rechtsbeoefenaar, zoals een wetgevingsjurist of rechter, in een concrete situatie kan beoordelen of, en zo ja, op welke manier nudging kan bijdragen aan de bescherming van een zwakkere partij. Dit onderzoek richt zich primair tot Nederlandse rechtsbeoefenaars, maar voor zover kwesties aangaande de bescherming van zwakkere partijen bepaald worden door het Europees recht, richt dit onderzoek zich ook tot Europese rechtsbeoefenaars. Voorts kunnen de resultaten van dit onderzoek ook breder een inspiratiebron zijn. Concreet zal het theoretisch kader de voorwaarden duiden waaraan moet zijn voldaan, wil een nudge ter bescherming van een zwakkere partij toepasbaar zijn. In de annex bij dit onderzoek is een samenvatting van het theoretisch kader opgenomen in de vorm van een stroomschema. De drie casestudies hebben niet alleen als doel de werking van het theoretisch kader en het stroomschema te illustreren, maar ook om concrete aanbevelingen te doen voor het gebruik van nudging op de deelterreinen die zij bestrijken.

1.3.2 Juridische relevantie

De juridische relevantie van dit onderzoek is gelegen in het bieden van duidelijkheid over de wijze waarop nudging kan bijdragen aan de bescherming van zwakkere partijen en in de concrete aanbevelingen die hierop volgen. Nudging is reeds onderwerp van discussie binnen onder meer de psychologie, filosofie, economie, bestuurswetenschap en rechtswetenschap. Publicaties binnen de rechtswetenschap die specifiek ingaan op de toepassing van nudging ter bescherming van zwakkere partijen in het contractenrecht ontbreken echter nagenoeg. De relevante publicaties die wel voorhanden zijn, introduceren doorgaans slechts het concept nudging, waarna enkele voorbeelden en bezwaren van nudging volgen, en roepen op tot nader onderzoek.¹⁵ Slechts in een paar publicaties wordt wel

15 Wat betreft de Nederlandstalige literatuur over nudging ter bescherming van zwakkere partijen kan op het volgende gewezen worden: Broekhuizen stelt dat in het financieel consumentenrecht nog geen verplichting bestaat voor het gebruik van nudging en dat het de verantwoordelijkheid is van de wetgever om daar verandering in te brengen. Het gebruik van nudging voor de bescherming van de financiële consument roept volgens hem namelijk niet alleen vragen op omtrent autonomie en paternalisme, maar ook omtrent wat werkt en wat niet werkt. Nudging is daarom volgens hem 'gemakkelijker gezegd dan gedaan'. Zie: Broekhuizen 2018, p. 453. Zie tevens: Broekhuizen 2016. In het kader van paternalisme binnen het vermogensrecht verwijst Van Boom ook naar nudging. Hij besteedt speciale aandacht aan standaardopties en het mogelijk manipulatieve karakter daarvan. Hij komt tot de conclusie dat voordat nudging kan worden toegepast

uitgebreid ingegaan op specifiek de toepassing van nudging ter bescherming van zwakkere partijen in het contractenrecht. In het boek *Freedom of Contract and Paternalism* uit 2012 onderzoekt Cserne de rechtvaardiging voor paternalisme binnen het contractenrecht.¹⁶ Hij stelt dat zwakkere partijen door nudging in meer situaties beschermd kunnen worden dan door traditionele beschermingstechnieken die de contractsvrijheid van een zwakkere partij beperken.¹⁷ Voorstanders van nudging overschatten volgens hem echter wel de potentie van nudging – zij zien nudging te veel als een wondermiddel voor situaties waarin personen geen optimale keuzes maken.¹⁸ Hoewel de analyse van Cserne van verschillende soorten paternalisme binnen het contractenrecht zeer inzichtelijk is, formuleert hij geen gezichtspunten aan de hand waarvan beoordeeld kan worden wanneer het gebruik van nudging binnen het contractenrecht al dan niet gerechtvaardigd is. Hacker doet dat in zijn proefschrift uit 2017 getiteld *Verhaltensökonomik und Normativität: die Grenzen des Informationsmodells im Privatrecht und seine Alternativen* tot op zekere hoogte wel.¹⁹ Aan de hand van een uitgebreide analyse van gedragswetenschappelijke inzichten, de beperkingen van het informatieparadigma en de alternatieven daarvoor heeft hij een checklist opgesteld die een wetgever kan gebruiken bij de toepassing van gedragswetenschappelijke inzichten binnen het privaatrecht.²⁰ Deze checklist biedt ook enige houvast als een wetgever nudging wil toepassen ter bescherming van een zwakkere partij, maar is daarop niet toegespitst, waardoor enkele vragen die specifiek bij nudging spelen onbeantwoord blijven. In zijn boek *Private Law, Nudging and Behavioural Economic Analysis: The Mandated-Choice Model* uit 2020 gaat, tot slot, Karampatzos in hoofdzaak in op de toepassing van standaardopties in het consumentenrecht.²¹ Hij stelt dat standaardopties de auto-

binnen het vermogensrecht, eerst meer onderzoek moet worden verricht naar de legitimiteit en effectiviteit daarvan. Zie: Van Boom 2020, p. 77-80. De Jager oppert in haar proefschrift, nadat zij eerst heeft geconcludeerd dat gestandaardiseerde informatiedocumenten lang niet altijd de gewenste bescherming bieden, nudging te onderzoeken als alternatief daarvoor. Zie: De Jager 2018, p. 280. Ook Braspenning gaat in zijn proefschrift over gedragswetenschappelijke inzichten en consumentenkrediet in op nudging. Hij bespreekt de bezwaren die in de literatuur geuit worden tegen nudging, maar onderzoekt die niet verder. Zie: Braspenning 2017, p. 224-234. Wat betreft de Engelstalige literatuur is het werk van onder meer Sibony relevant. Zij besteedt aandacht aan de vraag hoe het consumentenrecht moet omgaan met inzichten uit de gedragswetenschappen en betreft daarin (impliciet) ook nudging. Zie: Sibony 2014, p. 901-941; Helleringer & Sibony 2017, p. 607-646. Informatief zijn verder de bijdragen in de bundel *Research Methods in Consumer Law*, waarin ook wordt ingegaan op nudging in het consumentenrecht. Zie: Micklitz, Sibony & Esposito (red.) 2018. De juridische publicaties die uitgebreid ingaan op de bezwaren die bij het gebruik van nudging kunnen spelen, zijn vaak niet toegespitst op specifiek het gebruik van nudging ter bescherming van zwakkere partijen in het contractenrecht. Zie bijvoorbeeld de bijdragen in: Alemanno & Sibony (red.) 2015.

16 Cserne 2012.

17 Cserne 2012, p. 138-139.

18 Cserne 2012, p. 139.

19 Hacker 2017a.

20 Hacker 2017a, p. 928-929.

21 Karampatzos 2020.

nomie van de consument kunnen beperken.²² Hij bepleit daarom het gebruik van *mandated choice*, hetgeen inhoudt dat consumenten worden verplicht over bepaalde onderwerpen een keuze te maken, waaronder over de mate van bescherming die zij wensen.²³ Hoewel het werk van Karampatzos in vergelijking met dat van Cserne en Hacker de meest duidelijke handvatten biedt voor de toepassing van nudging ter bescherming van zwakkere partijen, brengt hij op een aantal punten weinig nuance aan. Daardoor geeft zijn werk uiteindelijk maar beperkt inzicht in de bijdrage die nudging kan leveren aan de bescherming van zwakkere partijen (zie verder par. 9.5.3).

Terwijl aldus een systematisch onderzoek naar de bijdrage die nudging kan leveren aan de bescherming van zwakkere partijen ontbreekt, kan bij de Nederlandse en Europese wetgever wel een behoefte daaraan worden gesignaleerd. Zij hebben de intentie uitgesproken om meer gebruik te maken van gedragswetenschappelijke inzichten en specifiek ook van nudging.²⁴ Vooralsnog heeft dit echter nauwelijks tot concrete initiatieven geleid om nudging ook daadwerkelijk toe te passen ter bescherming van een zwakkere partij in het contractenrecht.²⁵ De focus van de Nederlandse en Europese wetgever lijkt hoofdzakelijk gericht op beletten dat sterkere partijen ter behartiging van hun eigen belang kunnen inspelen op de beperkte cognitieve capaciteit van zwakkere partijen.²⁶ Wel zijn door de

22 Karampatzos 2020, p. 37-76.

23 Karampatzos 2020, p. 77-82.

24 Naar aanleiding van onder meer adviesrapporten van de RMO en de WRR heeft de Nederlandse regering in 2014 besloten het gebruik van gedragswetenschappelijke inzichten steviger te verankeren in overheidsbeleid, onder meer door meer gebruik te maken van nudging. Zie: *Kamerstukken II* 2014/15, 34000, nr. 140, p. 5-7. Zie voor de adviesrapporten: RMO 2014; WRR 2014. Naar aanleiding van dit besluit is onder andere BIN NL opgericht, dat onder meer beoogt de uitwisseling van gedragswetenschappelijke kennis tussen ministeries te bevorderen. Naar aanleiding van bovengenoemd besluit zijn er ook enkele onderzoeken uitgevoerd naar het gebruik van gedragswetenschappelijke inzichten, waarvan een naar nudging in het consumentenrecht. Daaruit kan worden afgeleid dat de Nederlandse wetgever ook de intentie heeft nudging in te zetten ter bescherming van zwakkere partijen. Het ging om een pilot naar financiële standaardproducten. Zie daarover verder: Uittenbogaard & Toussaint 2017, p. 285-291. Zie over de toenemende aandacht die er binnen de Europese Unie is voor gedragswetenschappelijke inzichten: Baggio e.a. 2021, p. 658-676. In hoeverre Nederlandse en Europese rechters ook de intentie hebben om gedragswetenschappelijke inzichten vaker toe te passen, is lastig te beoordelen. Wel wordt soms door een advocaat-generaal (impliciet) verwezen naar gedragswetenschappelijke inzichten, hetgeen erop duidt dat gedragswetenschappelijke inzichten ook steeds vaker (indirect) betrokken worden bij juridische oordeelsvorming door de rechter. Zie bijvoorbeeld: concl. P-G Valk 28 mei 2021, ECLI:NL:PHR:2021:533, par. 3.30 (*Meetinstructie III*).

25 Wel is onderzoek verricht naar financiële standaardproducten. Zie: Uittenbogaard & Toussaint 2017, p. 285-291. Zie verder daarover: par. 11.5.7.5. Daarnaast wordt op verschillende manieren getracht om door nudging informatieplichten te verbeteren. Zie bijvoorbeeld: artikel 65b BGfo. Zie verder daarover: par. 9.2.3. Voorts wordt ter bevordering van duurzamere en gezondere consumentenkeuzes ook een aantal nudgetechnieken toegepast die met name trachten informatie begrijpelijker te maken. Zie verder: Luzak 2018, p. 239-275.

26 Zie verder over deze vraag en hoe die zich verhoudt tot de onderzoeksvraag: par. 1.4.3. Illustratief voor de nadruk die in het Europees recht gelegd wordt op het voorkomen dat sterkere partijen misbruik kunnen

Autoriteit Financiële Markten (AFM) verschillende onderzoeken verricht naar het gebruik van nudging ter bescherming van de (financiële) consument, maar ook dat heeft vooralsnog niet geleid tot een concrete verplichting voor financiële instellingen om consumenten te nudgen.²⁷ Dit vindt waarschijnlijk een verklaring in de hierboven gesignaleerde leemte van een systematisch onderzoek en het uitblijven van de beantwoording van een aantal lastige vragen omtrent de toepassing van nudging. De intentie om nudging toe te passen ter bescherming van zwakkere partijen is er immers wel. Reden te meer dus voor dit onderzoek.

1.3.3 *Maatschappelijke relevantie*

Dit onderzoek tracht bij te dragen aan een betere bescherming van zwakkere partijen in het contractenrecht. Niet alleen zwakkere partijen zijn daarbij gebaat, maar ook de maatschappij als geheel. Gedragswetenschappelijke inzichten tonen aan dat bij verschillende contractuele keuzes meer keuzevaardigheid van zwakkere partijen gevergd wordt dan zij daadwerkelijk hebben. Hierdoor bestaan er autonomieklouwen (*autonomy gaps*), hetgeen discrepanties zijn tussen de veronderstelde en werkelijke capaciteiten van personen om autonome keuzes te kunnen maken.²⁸ Autonomieklouwen maken zwakkere partijen kwetsbaar en kunnen sociale ongelijkheid in de hand werken, omdat zij ertoe kunnen leiden dat zwakkere partijen moeite hebben met het maken van contractuele keuzes die aansluiten bij hun eigen wensen.

Ter illustratie kan worden gewezen op het fenomeen overkreditering, waarvan sprake is in geval van een problematische terugbetaalsituatie van een of meerdere leningen.²⁹ In 2020 hadden maar liefst 359.000 Nederlanders een betaalachterstand op een lening, van wie 39.000 Nederlanders een achterstand van meer dan drie maanden op een hypothecaire lening.³⁰ Uit onderzoek blijkt dat aan de consumentenbescherming bij kredietovereenkomsten onrealistische gedragsassumpties ten grondslag liggen.³¹ De autonomieklouf die hierdoor te signaleren is, brengt mee dat consumenten onvoldoende worden beschermd en niet volledig in staat worden gesteld om verstandige leenbeslissingen te nemen. Autonomieklouwen hebben mogelijk niet alleen ernstige gevolgen voor individuele zwakkere partijen, maar ook voor de samenleving als geheel. Wanneer consumenten in staat worden

maken van de beperkte cognitieve capaciteit van zwakkere partijen, is artikel 22 Richtlijn 2011/83/EU. Zie verder daarover: par. 4.4.5.

27 AFM 2015, p. 21; AFM 2019, p. 4-8.

28 Anderson 2016, p. 52. Zie tevens: WRR 2014, p. 89.

29 Zie verder: Meindertsma 2020, p. 22-28.

30 BKR 2020, p. 3-4.

31 Braspenning 2017, p. 115-162.

gesteld verstandige leenbeslissingen te nemen, leidt dat mogelijkwerwijs tot economische groei, en voorkomt dat problematische schulden. Een huishouden met problematische schulden kost de samenleving naar schatting gemiddeld € 100.000 over een periode van tien jaar.³²

Het is weliswaar niet realistisch om te verwachten dat de toepassing van nudging ter bescherming van zwakkere partijen in het contractenrecht maatschappelijke problemen, zoals overkreditering, volledig kan en zal oplossen. Wel kan het een essentieel onderdeel zijn van een succesvolle bestrijding van grote en actuele maatschappelijke problemen. Veel belangrijke beslissingen die personen nemen, hangen namelijk samen met de contractuele keuzes die zij maken. De drie casestudies die in dit onderzoek worden uitgevoerd, illustreren dit nader. De onderwerpen van de casestudies zijn mede gekozen vanwege hun maatschappelijk relevantie (zie verder par. 11.2, 12.2 en 13.2).

1.4 AFBAKENING

1.4.1 *Inleiding*

De opzet van dit onderzoek is breed, in die zin dat niet gefocust wordt op het gebruik van nudging bij één bepaalde contractuele keuze, maar op de bescherming van zwakkere partijen in het contractenrecht in het algemeen. Hiervoor is gekozen omdat nudging bij verschillende contractuele keuzes dezelfde vraag oproept, namelijk op welke manier het kan bijdragen aan bescherming daarbij.³³ Om ondanks de brede focus van dit onderzoek de omvang ervan beperkt te houden, is het op een aantal manieren afgebakend.

1.4.2 *Afbakening I: het Nederlandse contractenrecht*

In dit onderzoek wordt gefocust op de bescherming van zwakkere partijen specifiek binnen het contractenrecht omdat dat van oudsher het belangrijkste rechtsgebied is waarbinnen zwakkere partijen worden beschermd. Andere rechtsgebieden waarbinnen zwakkere partijen worden beschermd, zoals het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en het financieel toezichtrecht, worden in dit onderzoek betrokken voor zover zij (indirect) van

³² Aerts e.a. 2011, p. 25.

³³ Dat neemt overigens niet weg dat de toepassing van nudging voor de bescherming van bepaalde zwakkere partijen relevanter is dan voor die van andere. Zie verder: par. 6.3.

invloed zijn op de contractuele relatie tussen een sterkere en zwakkere partij.³⁴ Dit onderzoek beperkt zich verder tot het Nederlandse contractenrecht, omdat de toepassing van nudging normatieve vragen oproept die niet in elk rechtssysteem op dezelfde manier beantwoord worden.³⁵ Als een bepaalde toepassing van nudging binnen het Nederlandse contractenrecht legitiem is, betekent dat niet zonder meer dat het dat in een ander rechtssysteem ook is. Desalniettemin kan dit onderzoek voor andere rechtssystemen een inspiratiebron zijn. Het Europees recht wordt in dit onderzoek meegenomen voor zover het onderdeel is van het Nederlandse contractenrecht. Het Nederlandse contractenrecht wordt in dit onderzoek als vertrekpunt genomen, ondanks de grote invloed van het Europees recht op onder meer het Nederlandse consumentenrecht, omdat het dogmatische systeem van het Europees recht nog te veel in ontwikkeling is om daaruit de normatieve overwegingen te kunnen destilleren die relevant zijn voor de beantwoording van de vraag welke grenzen er zijn aan de toepassing van nudging ter bescherming van zwakkere partijen (zie verder par. 1.5.6).

1.4.3 *Afbakening II: de positieve toepassing van nudging*

Dit onderzoek focust op de positieve toepassing van nudging, hetgeen inhoudt dat nudging wordt toegepast ten behoeve van de persoon die genudged wordt of het algemeen belang.³⁶ Het doel van dit onderzoek is immers om in kaart te brengen op welke manier nudging kan bijdragen aan de bescherming van zwakkere partijen. Kan nudging bijvoorbeeld een alternatief zijn voor een informatieplicht? De vraag in hoeverre sterkere partijen op eigen initiatief en in hun eigen belang zwakkere partijen mogen nudgen – de negatieve toepassing van nudging –, valt buiten het bestek van dit onderzoek.³⁷ Denk bijvoorbeeld aan de vraag of een handelaar door middel van een bepaalde rangschikking van keuzeopties de keuzes van consumenten naar de duurste optie mag sturen. Het komt echter voor dat de positieve toepassing van nudging zo nauw verweven is met regulering van de negatieve toepassingen van nudging, dat deze twee toepassingen niet los van elkaar kunnen worden gezien. In dat geval wordt, voor zover voor dit onderzoek relevant, ook ingegaan op de regulering van de negatieve toepassing van nudging.

34 Zie over de discussie die bestaat over de verhouding tussen het contractenrecht en (markt)regulering: Heselink 2021, p. 345-346.

35 Zie verder over de relevantie van de normatieve keuzes die in het contractenrecht zijn gemaakt voor dit onderzoek: par. 1.5.6.

36 Zie verder over de term positief nudgen: Broekhuizen 2018, p. 454; Wulf 2021, p. 143-144.

37 Thaler & Sunstein 2008, p. 239. Zie tevens: Wulf 2021, p. 143-144.

1.4.4 Afbakening III: gebruik van bestaand empirisch onderzoek

Voor zover empirische gegevens over bijvoorbeeld het effect van een nudge voor dit onderzoek relevant zijn, wordt gebruik gemaakt van bestaand empirisch onderzoek en wordt geen eigen empirisch onderzoek uitgevoerd. Hierdoor kan het zijn dat op een voor dit onderzoek relevante empirische vraag geen antwoord kan worden gegeven, omdat daarvoor nog geen onderzoek is verricht. Als dat het geval is, wordt dat aangegeven en wordt, indien mogelijk, ingegaan op mogelijke uitkomsten van toekomstig onderzoek en de implicaties daarvan. Het zal echter vaker zo zijn dat naar een bepaalde vraag wel empirisch onderzoek is verricht, maar niet binnen dezelfde context als het onderwerp van dit onderzoek – de bescherming van zwakkere partijen in het Nederlandse contractenrecht. Empirisch onderzoek heeft meestal een beperkte externe validiteit, hetgeen betekent dat niet met zekerheid kan worden gesteld of de bevindingen daarvan ook standhouden buiten de onderzochte context. Als daarover onzekerheid bestaat, wordt dat aangegeven. Daarnaast wordt daarom zo veel mogelijk gebruik gemaakt van zogeheten *systematic reviews* en *meta-analyses*. Een *systematic review* is een beschrijving van in beginsel al het empirisch onderzoek dat is verricht naar één bepaalde vraag, en bij een *meta-analysis* wordt een statistische methode toegepast om de resultaten van de empirische onderzoeken naar één bepaalde vraag samen te vatten.³⁸ Vaak wordt bij een *systematic review* en een *meta-analysis* ook ingegaan op de vraag of een empirische bevinding in verschillende contexten standhoudt.

1.4.5 Afbakening IV: focus op het theoretisch kader

In dit onderzoek staan de inhoud en ontwikkeling centraal van het theoretisch kader waarmee beoordeeld kan worden of in een bepaalde situatie nudging kan worden toegepast ter bescherming van een zwakkere partij. De institutionele inbedding van het theoretisch kader wordt grotendeels buiten beschouwing gelaten. Die inbedding kan echter vragen oproepen, met name als het theoretisch kader voorschrijft dat nader empirisch onderzoek moet worden verricht (zie verder par. 8.4). De wetgever kan dergelijk onderzoek doorgaans zelf verrichten of daartoe opdracht geven, maar voor een rechter is dat anders. Het is niet gebruikelijk dat een rechter empirisch onderzoek uitvoert of daartoe opdracht geeft. Wel zou de rechter een deskundige kunnen benoemen of partijen kunnen verzoeken onderzoek te verrichten, maar dat is niet altijd opportuun. Hoe met deze kwestie kan worden omgegaan, wordt reeds onderzocht in het kader van de vraag hoe een

³⁸ Ahn & Kang 2018, p. 103-112.

rechter macro-effecten van rechtspraak in ogenschouw kan nemen.³⁹ In dit onderzoek komt deze vraag verder niet aan bod. Twee vragen die tevens niet aan bod komen, zijn: de vraag of de wetgever het initiatief moet nemen om nudging toe te passen ter bescherming van een zwakkere partij, of dat de rechter dat ook kan en mag doen, en de vraag of op een bepaald terrein de Nederlandse wetgever of rechter het initiatief mag nemen om nudging toe te passen ter bescherming van een zwakkere partij, of dat alleen de Europese wetgever of rechter dat mag. In de casestudie over de aanschaf van een complex financieel product wordt bijvoorbeeld onderzocht hoe met nudging een nieuwe invulling kan worden gegeven aan de bijzondere zorgplicht van financiële instellingen (zie verder hoofdstuk 11). Daarbij wordt niet ingegaan op de vraag of überhaupt een nieuwe invulling mag worden gegeven aan die zorgplicht vanwege de maximumharmonisatie die bepaalde Europese richtlijnen nastreven.⁴⁰

1.4.6 *Afbakening V: recente ontwikkelingen in het contractenrecht*

Terwijl dit onderzoek op zichzelf staat, relateert het ook aan een aantal recente ontwikkelingen in het contractenrecht. In dit onderzoek ligt de focus op de bescherming van particuliere zwakkere partijen, hetgeen natuurlijke personen zijn die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf (zie verder par. 4.6). Die zwakkere partijen worden in het contractenrecht van oudsher het meest beschermd, waardoor de reikwijdte van hun bescherming ook min of meer vaststaat. Er is sinds kort echter ook steeds meer aandacht voor de bescherming van (kleine) ondernemingen.⁴¹ Hoewel de conclusies van dit onderzoek ook relevant kunnen zijn voor hun bescherming, wordt niet verder ingegaan op nudging ter bescherming van (kleine) ondernemingen omdat de (gewenste) reikwijdte van die bescherming nog ter discussie staat.

Vanuit verschillende perspectieven is er verder steeds meer aandacht voor digitalisering en het contractenrecht. Digitalisering kan ervoor zorgen dat zwakkere partijen meer moeten worden beschermd. Dat consumenten producten steeds vaker online kopen in plaats van in een winkel, zorgt bijvoorbeeld ervoor dat zij meer beschermd moeten worden tegen een gebrek aan informatie dan eerder, omdat zij een product vaak niet eerst met hun eigen ogen kunnen zien. Voorts verzamelen handelaren steeds meer gegevens over consu-

39 De Jong & Van der Linden 2017, p. 4-16. Verder bereidt Stijn van Deursen, promovendus aan de Universiteit Utrecht, een dissertatie op dit thema voor.

40 Zie verder over de vraag of de privaatrechtelijke bijzondere zorgplicht van financiële instellingen in strijd kan zijn met het Europees recht: Asser/De Serière 2-IV 2018/745; Busch 2020, p. 454. Zie over deze kwestie in het kader van beleggingsverzekeringen: HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:166, JA 2022/115, m.nt. Wallinga (*Vereniging Woekerpolis.nl/Nationale Nederlanden*).

41 Zie bijvoorbeeld: Schelhaas 2018; Van Boom 2021, p. 115-201.

menten, hetgeen hen ook op verschillende manieren kwetsbaar maakt.⁴² Dit onderzoek gaat ook in op de bescherming tegen zwakheden waarvan het ontstaan samenhangt met digitalisering, in zoverre dat het antwoord op de vraag of nudging tegen die zwakheden kan beschermen in essentie niet verschilt van het antwoord op de vraag welke bescherming nudging kan bieden tegen zwakheden waarvan het ontstaan niet samenhangt met digitalisering. Sterker nog: in digitale keuzeomgevingen zijn er vaak meer mogelijkheden om nudging toe te passen, omdat een aantal nudges alleen in een digitale keuzeomgeving kan worden toegepast. Verder maakt digitalisering gepersonaliseerde bescherming ook steeds haalbaarder, hetgeen inhoudt dat de bescherming die wordt geboden individueel wordt afgestemd op de zwakkere partij. De bescherming van zwakkere partijen personaliseren kan een alternatief zijn voor de toepassing van beschermingstechnieken zoals nudging, maar kan ook met nudging gecombineerd worden.⁴³ De mogelijkheid nudges te personaliseren zal in dit onderzoek een aantal keer worden benoemd, maar niet verder worden uitgewerkt omdat het vragen oproept die het onderwerp van dit onderzoek te buiten gaan.⁴⁴

Voorts is er steeds meer aandacht voor de vraag of door zwakkere partijen te beschermen gestimuleerd kan worden dat zij duurzame(re) keuzes maken.⁴⁵ Nudging kan in potentie ook worden toegepast om zwakkere partijen naar duurzame(re) contractuele keuzes te sturen. In dit onderzoek wordt daar echter niet verder op ingegaan, omdat zwakkere partijen – vooralsnog⁴⁶ – binnen het contractenrecht niet door sterkere partijen geholpen moeten worden met het maken van duurzame(re) keuzes. Als dat verandert, zou nudging wel een zeer geschikt middel zijn om zwakkere partijen daarmee te helpen.

42 Zie verder: Helberger e.a. 2021.

43 Zie verder: Mills 2022, p. 150-159.

44 Die vragen gaan met name over haalbaarheid, privacy en gelijke behandeling. Zie verder: Ben-Shahar & Porat 2021.

45 Zie uitgebreid met verdere verwijzingen: Pavillon 2021, p. 11-112. Zie tevens: Pavillon 2022, p. 576-585.

46 Zie: Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van de Richtlijnen 2005/29/EG en 2011/83/EU wat betreft het versterken van de positie van de consument voor de groene transitie door middel van betere informatie en bescherming tegen oneerlijke praktijken (COM/2022/143 final).

1.5 METHODOLOGIE

1.5.1 *Inleiding*

De weg waarlangs – de letterlijke vertaling van ‘methode’⁴⁷ – de vraag wordt beantwoord hoe nudging kan bijdragen aan de bescherming van zwakkere partijen is multidimensionaal. Door middel van de juridisch-dogmatische methode worden de kenmerken van de bescherming van zwakkere partijen in het Nederlandse contractenrecht in kaart gebracht.⁴⁸ De kenmerken van nudging worden in kaart gebracht aan de hand van inzichten uit in hoofdzaak de psychologie, filosofie en economie.⁴⁹ Om de koppeling te maken tussen enerzijds de kenmerken van de bescherming van zwakkere partijen en anderzijds de kenmerken van nudging wordt tevens gebruik gemaakt van filosofische inzichten. Binnen de filosofie wordt de legitimiteit van nudging namelijk reeds uitvoerig onderzocht. Ter nadere concretisering van de methoden die in dit onderzoek worden gehanteerd, wordt in deze paragraaf per deelvraag besproken langs welke weg die wordt beantwoord.

1.5.2 *Deelvraag I: waarom worden zwakkere partijen in het contractenrecht beschermd?*

Om de eerste deelvraag te beantwoorden wordt onderzocht welke waarden aan het Nederlandse contractenrecht ten grondslag liggen. Die waarden beschrijven niet alleen het doel van het contractenrecht, maar ook het doel van de bescherming van zwakkere partijen.⁵⁰ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt niet expliciet welke waarden aan het Nederlandse contractenrecht ten grondslag liggen. In de literatuur bestaan daarover wel verschillende opvattingen in de vorm van zogeheten contracttheorieën. Welke waarden aan het Nederlandse contractenrecht ten grondslag liggen, wordt daarom vastgesteld door te onderzoeken welke contracttheorie het Nederlandse contractenrecht kan reconstrueren (zie verder par. 2.2).

47 Vergelijk: de Oudgriekse termen ‘*metá*’ en ‘*hodós*’.

48 Zie verder over de juridisch-dogmatische methode: Tjong Tjin Tai & Verbruggen 2022, p. 4-12.

49 Deze wetenschappen functioneren in dit onderzoek als hulpwetenschappen. Zie verder over het begrip hulpwetenschap: Taekema & Van Klink 2009, p. 2560. Het concept nudging laat zich overigens niet in één wetenschappelijke discipline plaatsen. Zo kan de bestuurswetenschap naast de genoemde wetenschappen ook relevant zijn voor nudging. Bestuurswetenschappelijke inzichten worden in dit onderzoek echter niet veelvuldig gebruikt vanwege de focus van dit onderzoek op het theoretisch kader en niet de institutionele inbedding daarvan. Zie eerder: par. 1.4.5.

50 Zie verder over de aard van waarden en beginselen: par. 2.2.

1.5.3 *Deelvraag II: welke verschillende zwakkere partijen worden in het contractenrecht op welke wijze, tegen welke zwakheden en onder welke voorwaarden beschermd?*

Ter beantwoording van de tweede deelvraag worden relevante wetgeving, rechtspraak, parlementaire geschiedenis en juridische literatuur geanalyseerd. Eerst ligt daarbij de focus op de beginselen die richting geven aan de rechtsregels die particuliere zwakkere partijen beschermen en vervolgens op de kenmerken van die rechtsregels zelf. Dat ook de beginselen worden onderzocht die richting geven aan de rechtsregels die zwakkere partijen beschermen, heeft als reden dat beginselen de schakel vormen tussen waarden en rechtsregels.⁵¹ Inzicht in de inhoud van de relevante beginselen leidt daarom tot een beter begrip van de rechtsregels die zwakkere partijen beschermen.

1.5.4 *Deelvraag III: tot welke tekortkomingen in de huidige bescherming van zwakkere partijen leidt de discrepantie tussen hoe zwakkere partijen in werkelijkheid keuzes maken en hoe verondersteld wordt dat zij dat doen?*

Om de derde deelvraag te beantwoorden wordt een literatuuronderzoek uitgevoerd. In de juridische en psychologische literatuur is inmiddels relatief veel geschreven over de gedragsassumpties die ten grondslag liggen aan de rechtsregels die zwakkere partijen beschermen, en over de vraag of die overeenstemmen met gedragswetenschappelijke inzichten. Om te bepalen tot welke tekortkomingen de discrepanties tussen de gedragsassumpties en gedragswetenschappelijke inzichten leiden, wordt geanalyseerd wat de invloed van die discrepanties is op het al dan niet bereiken van het doel dat met de bescherming van zwakkere partijen wordt nagestreefd (deelvraag I).

1.5.5 *Deelvraag IV: op welke manier(en) kan nudging worden toegepast ter bescherming van zwakkere partijen?*

Ter beantwoording van de vierde deelvraag wordt een literatuuronderzoek uitgevoerd naar de kenmerken van nudging, waarvoor in hoofdzaak gebruik wordt gemaakt van psychologische, filosofische en economische literatuur. Vervolgens wordt aan de hand van het doel van de bescherming van zwakkere partijen (deelvraag I) in kaart gebracht op welke manier(en) nudging kan worden toegepast ter bescherming van een zwakkere partij.

51 Asser/Sieburgh 6-III 2018/40. Zie tevens: Nieuwenhuis 1979, p. 41-42.

1.5.6 *Deelvraag V: door welke voorwaarden wordt een legitieme toepassing van nudging ter bescherming van zwakkere partijen begrensd?*

Om de vijfde deelvraag te beantwoorden wordt aan de hand van overzichtsartikelen over de kritiek op nudging geanalyseerd welke kritiek relevant is bij de manier(en) waarop nudging kan worden toegepast ter bescherming van zwakkere partijen (deelvraag IV). Aan de hand van juridische, filosofische en psychologische inzichten wordt vervolgens vastgesteld in hoeverre die kritiek grenzen – en dus voorwaarden – stelt aan een legitieme toepassing van nudging. Daarbij geldt als uitgangspunt dat nudging legitiem is als het bijdraagt aan de bescherming van zwakkere partijen, en dat niet is als het daaraan niet bijdraagt of zelfs afbreuk doet. Wanneer nudging bijdraagt aan de bescherming van zwakkere partijen wordt vastgesteld aan de hand van het doel van de bescherming van zwakkere partijen (deelvraag I) en de normatieve keuzes die in het huidige recht zijn gemaakt ten aanzien van onder meer de wijze waarop zwakkere partijen worden beschermd (deelvraag II).

1.5.7 *Deelvraag VI: waartegen en in welke situaties kunnen de verschillende nudgetechnieken bescherming bieden?*

Ter beantwoording van de zesde deelvraag wordt aan de hand van een literatuuronderzoek, waarvoor in hoofdzaak psychologische literatuur wordt geraadpleegd, in kaart gebracht welk effect de verschillende nudgetechnieken in potentie kunnen hebben, hoe zij kunnen worden toegepast ter bescherming van zwakkere partijen, en waarmee in het bijzonder rekening moet worden gehouden. Er bestaan meerdere taxonomieën die onderscheid maken tussen de verschillende nudgetechnieken die er zijn.⁵² In dit onderzoek wordt de taxonomie van Münscher, Vetter en Scheuerle gebruikt, niet alleen omdat die onderscheid maakt tussen de toepassing van een nudge en een nudgetechniek, maar ook omdat die is gebaseerd op een analyse van empirisch geteste nudges.⁵³ Daardoor beschrijft die taxonomie alleen nudgetechnieken die in ieder geval in bepaalde situaties een bewezen effect hebben.

52 Zie bijvoorbeeld: Dolan e.a. 2012, p. 264-277; Johnson e.a. 2012, p. 487-504; Datta & Mullainathan 2014, p. 7-35; Münscher, Vetter & Scheuerle 2016, p. 511-524.

53 Münscher, Vetter & Scheuerle 2016, p. 511-524.

1.5.8 *Deelvraag VII: hoe kan nudging in een concrete situatie worden toegepast ter bescherming van een zwakkere partij?*

Om de zevende deelvraag te beantwoorden worden drie casestudies uitgevoerd. Het theoretisch kader en het stroomschema dat op basis daarvan ontwikkeld is (zie annex), worden daarin toegepast op drie onderwerpen. Die onderwerpen zijn: de bescherming bij aanschaf van een complex financieel product in het kader van de bijzondere zorgplicht van financiële instellingen, de bescherming van de particuliere borg en de bescherming van de particuliere verzekeringnemer bij het afsluiten van een *add-on* verzekering. Deze onderwerpen zijn gekozen niet alleen vanwege hun maatschappelijke relevantie, maar ook omdat bij deze onderwerpen de vraag speelt hoe gedragswetenschappelijke inzichten in ogenschouw kunnen worden genomen voor betere bescherming, zonder de contractsvrijheid van de zwakkere partij (verder) te beperken (zie verder par. 11.2, 12.2 en 13.2).

1.6 TERMINOLOGIE

De in dit onderzoek gehanteerde terminologie wordt – samen met de rechtvaardiging voor de gekozen terminologie – verduidelijkt bij de introductie van een begrip. Toch worden hier reeds de begrippen ‘zwakkere partij’ en ‘bescherming’ toegelicht, aangezien die in dit onderzoek centraal staan. Een persoon die in het contractenrecht wordt beschermd, wordt in dit onderzoek aangeduid als ‘zwakkere partij’ en niet als ‘zwakke partij’,⁵⁴ omdat anders ten onrechte de indruk kan worden gewekt dat bepaalde personen zwak zijn. Personen die worden beschermd zijn echter niet per se zwak, maar hun positie is over het algemeen wel zwakker dan die van hun wederpartij – zij beschikken bijvoorbeeld over minder informatie of een mindere onderhandelingspositie. Dat een persoon in een bepaalde situatie de zwakkere partij is, betekent daarom ook niet dat hij dat tevens in andere situaties is.⁵⁵ De suggestie van Hesselink om te verwijzen naar ‘contractuele rechtvaardigheid’ (*contractual justice*) in plaats van de ‘bescherming van zwakkere partijen’ wordt in dit onderzoek niet opgevolgd.⁵⁶ Hoewel de term ‘zwakkere partij’ kan stigmatiseren omdat het personen onderverdeelt in zwakkere en sterkere partijen, en bovendien soms onterecht de nadruk legt op de eigenschappen van een persoon in plaats van de context, sluit de term – vooralsnog – het best aan bij het huidige juridische discours. Het begrip ‘bescherming’ wordt in dit onderzoek ruim opgevat. Het omvat alle manieren waarop zwak-

54 Zie bijvoorbeeld: Hondius 1999, p. 387.

55 Sterker nog: dat een persoon wordt aangemerkt als zwakkere partij hoeft niet eens te betekenen dat hij ook daadwerkelijk zwakker is dan zijn wederpartij. Dit komt door de in hoofdzaak categorische bescherming van zwakkere partijen. Zie verder: par. 4.4.1. Zie tevens: Hesselink 2021, p. 273-274.

56 Hesselink 2021, p. 335.

kere partijen kunnen worden geholpen met het maken van contractuele keuzes. Daaronder valt bijvoorbeeld ook het weerbaarder maken van zwakkere partijen, zodat zij zichzelf kunnen beschermen.

1.7 OPBOUW VAN HET ONDERZOEK

Dit onderzoek laat zich lezen als een drieluik. In het eerste deel – het juridisch kader (hoofdstuk 2 t/m 5) – staan de waarden, beginselen en rechtsregels centraal die relevant zijn voor de bescherming van zwakkere partijen in het Nederlandse contractenrecht, alsmede de vraag in welke opzichten de huidige bescherming tekortschiet. Zo wordt de fundering voor dit onderzoek gelegd en worden de zwakke plekken van die fundering ook direct in kaart gebracht. In hoofdstuk 2 wordt de vraag beantwoord waarom zwakkere partijen worden beschermd. Betoogd wordt dat aan het Nederlandse contractenrecht drie waarden ten grondslag liggen, te weten: autonomie, efficiëntie en gemeenschap. Samen bepalen die waarden dat het contractenrecht zelfontplooiing moet faciliteren door personen in staat te stellen om eigen wensen na streven door met anderen te contracteren. Zwakkere partijen worden beschermd, zodat ook zij daartoe in staat worden gesteld en zo zichzelf kunnen ontplooiën. Vervolgens gaat hoofdstuk 3 in op drie beginselen die van invloed zijn op de bescherming van zwakkere partijen, te weten: het beginsel van private autonomie, het beginsel van contractsvrijheid en het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid. Aan de hand van een analyse van de rechtsregels die zwakkere partijen beschermen, wordt daarna in hoofdstuk 4 in kaart gebracht welke zwakkere partijen, op welke wijze, waartegen en onder welke voorwaarden beschermd worden. In hoofdstuk 5 wordt door middel van een gedragswetenschappelijke analyse van de gedragsassumpties die aan de bescherming van zwakkere partijen ten grondslag liggen, betoogd dat die bescherming in twee opzichten tekortschiet: zwakkere partijen worden niet vaak genoeg beschermd en niet altijd op geschikte wijze.

In het tweede deel van dit onderzoek – het theoretisch kader (hoofdstuk 6 t/m 10) – wordt in kaart gebracht hoe de fundering, die in het eerste deel is gelegd en is onderzocht op zwakke plekken, kan worden verstevigd door nudging. In hoofdstuk 6 wordt daarvoor eerst de potentie van nudging voor de bescherming van zwakkere partijen in kaart gebracht door de drie manieren te beschrijven waarop nudging kan worden toegepast. Vervolgens wordt in hoofdstuk 7 van de principiële bezwaren tegen nudging onderzocht in hoeverre zij grenzen – en dus voorwaarden – stellen aan een legitieme toepassing van nudging ter bescherming van zwakkere partijen. In hoofdstuk 8 wordt hetzelfde onderzocht, maar dan ten aanzien van de bezwaren op het gebied van de uitvoerbaarheid van nudging. In hoofdstuk 9 staan de nudges centraal die personen helpen om zelf een keuze

te maken, en wordt de vraag beantwoord waartegen en in welke situaties zij bescherming kunnen bieden. In hoofdstuk 10 staan vervolgens de sturende nudges centraal en wordt ten aanzien daarvan dezelfde vraag beantwoord.

Het derde deel van dit onderzoek – de casestudies (hoofdstuk 11 t/m 13) – omvat drie casestudies waarin, met het theoretisch kader en het stroomschema als bouwtekening, de fundering die in het eerste deel is gelegd op een aantal plekken wordt gerepareerd. Het theoretisch kader en het stroomschema worden in hoofdstuk 11 gebruikt om te beoordelen of nudging kan worden toegepast ter verbetering van de bescherming die in het kader van de bijzondere zorgplicht van financiële instellingen geboden wordt bij aanschaf van een complex financieel product, vervolgens in hoofdstuk 12 om te beoordelen of nudging kan worden toegepast ter verbetering van de bescherming van de particuliere borg, en daarna in hoofdstuk 13 om te beoordelen of nudging kan worden toegepast ter verbetering van de bescherming van de particuliere verzekeringnemer bij *add-on* verzekeringen.

Dit onderzoek sluit in hoofdstuk 14 af met een slotbeschouwing. In de annex bij dit onderzoek is het stroomschema opgenomen dat het theoretisch kader samenvat.

DEEL I
HET JURIDISCH KADER

2 DE WAARDE(N) VAN HET CONTRACTENRECHT

2.1 INLEIDING

De vraag die in dit hoofdstuk centraal staat, is waarom zwakkere partijen in het Nederlandse contractenrecht worden beschermd (deelvraag I). Het antwoord op deze vraag duidt het doel aan dat nudging moet kunnen dienen om bij te dragen aan de bescherming van zwakkere partijen. Het doel van de bescherming van zwakkere partijen wordt vastgesteld door na te gaan welke waarden aan het Nederlandse contractenrecht ten grondslag liggen, een kwestie waarover verschillende contracttheorieën bestaan. In dit hoofdstuk wordt eerst de vraag beantwoord wat waarden en contracttheorieën zijn (par. 2.2), waarna wordt ingegaan op het doel dat het contractenrecht heeft of behoort te hebben volgens de waarde autonomie (par. 2.3), volgens de waarde efficiëntie (par. 2.4), volgens de waarde gemeenschap (par. 2.5) en volgens de waarde rechtvaardigheid (par. 2.6). Daarna wordt op basis van een analyse van die waarden betoogd dat aan het Nederlandse contractenrecht de waarden autonomie, efficiëntie en gemeenschap ten grondslag liggen (par. 2.7). Geconcludeerd wordt dat die waarden bepalen dat het contractenrecht zelfontplooiing moet faciliteren door personen in staat te stellen om eigen wensen na te streven door met anderen te contracteren. Zwakkere partijen worden beschermd, zodat ook zij daartoe in staat worden gesteld en zo zichzelf kunnen ontplooiën (par. 2.8).

2.2 WAARDEN EN CONTRACTTHEORIEËN

Waarden zijn teleologisch van aard, omdat zij beschrijven welke doelen het recht heeft.⁵⁷ Waarden functioneren op die manier, in de woorden van de Nederlandse jurist Loth, ‘als leidraad en toetssteen voor het positieve recht’⁵⁸ en geven ook richting aan beginselen.⁵⁹ Beginselen zijn deontologisch van aard, omdat zij bepalen hoe het recht zijn doelen moet nastreven.⁶⁰ Beginselen geven richting aan rechtsregels, in die zin dat de inhoud van een rechtsregel vrijwel altijd het resultaat is van een samenspel van beginselen.⁶¹

57 Habermas 1996, p. 255. Zie tevens: Williams 2009, p. 559.

58 Loth 2018, p. 52.

59 Asser/Sieburgh 6-III 2018/40. Zie tevens: Nieuwenhuis 1979, p. 41-42.

60 Habermas 1996, p. 255.

61 Asser/Sieburgh 6-III 2018/40.

Over het antwoord op de vraag welke waarden aan het contractenrecht ten grondslag liggen, bestaan verschillende contracttheorieën. Een contracttheorie beantwoordt, met verwijzing naar een of meerdere waarden, de vraag waarom en wanneer contractuele gebondenheid tot stand komt of dient te komen.⁶² Waarom is het met andere woorden in bepaalde situaties voor een contractspartij mogelijk, of zou het dat moeten zijn, om zich tot de rechter te wenden voor handhaving van een contract (zie artikel 3:296 BW)?⁶³ Sommige contracttheorieën zijn analytisch van aard, omdat zij de rechtvaardiging voor contractuele gebondenheid beschrijven die aan het huidige contractenrecht ten grondslag ligt.⁶⁴ Er zijn ook contracttheorieën die normatief van aard zijn, omdat zij beschrijven waardoor contractuele gebondenheid gerechtvaardigd zou moeten zijn.⁶⁵ Voorts zijn er contracttheorieën met zowel analytische als normatieve kenmerken. Die contracttheorieën trachten doorgaans door een reconstructie van de rechtvaardiging van het huidige contractenrecht normatieve uitgangspunten te formuleren ter verdere ontwikkeling daarvan.⁶⁶

Het antwoord op de vraag die een contracttheorie beantwoordt – waarom en wanneer contractuele gebondenheid tot stand komt of dient te komen –, beschrijft ook waarom zwakkere partijen worden beschermd of (niet) zouden moeten worden beschermd. Immers: als een zwakkere partij wordt beschermd, heeft dat ook invloed op de contractuele gebondenheid (zie verder par. 4.3).⁶⁷ Een bedenktijd geeft een consument bijvoorbeeld het recht om zonder opgaaf van redenen zich binnen een bepaalde termijn aan de contractuele gebondenheid te onttrekken (zie verder par. 4.5.2.3), net zoals dat voor hem (gedeeltelijk) mogelijk is als in algemene voorwaarden een onredelijk bezwarend beding is opgenomen (artikel 6:233 BW).

Uit de Nederlandse parlementaire geschiedenis blijkt niet expliciet welke waarde(n) aan het Nederlandse contractenrecht ten grondslag ligt of liggen en welke contracttheorie voor het Nederlandse contractenrecht een inspiratiebron is geweest.⁶⁸ Ter vaststelling van de waarde(n) die aan het Nederlandse contractenrecht ten grondslag ligt of liggen, wordt daarom onderzocht aan de hand van welke contracttheorie het Nederlandse contractenrecht kan worden gereconstrueerd. Deze vraag is analytisch van aard, omdat door beant-

62 Zie verder over de aard van contracttheorieën: Hesselink 2016, p. 509-518.

63 In het Oud Burgerlijk Wetboek werd contractuele gebondenheid – ook wel: de verbindende kracht van een overeenkomst – als volgt omschreven: ‘Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen die dezelve hebben aangegaan tot wet.’ Zie: artikel 137 lid 1 OBW.

64 Zie bijvoorbeeld: Nieuwenhuis 1979.

65 Zie bijvoorbeeld: Benson 2019.

66 Zie bijvoorbeeld: Gordley 1991.

67 Hesselink 2021, p. 272.

68 Asser/Sieburgh 6-III 2018/126.

woording daarvan onderzocht wordt welke contracttheorie de rechtvaardiging voor het Nederlandse contractenrecht omschrijft. Een contracttheorie kan het Nederlandse contractenrecht reconstrueren als zij een overtuigende verklaring biedt voor de belangrijkste kenmerken van het Nederlandse contractenrecht. Die kenmerken zijn: de situaties waarin en de wijze waarop contractuele gebondenheid tot stand komt en de situaties waarin en de wijze waarop zwakkere partijen worden beschermd. Van belang is niet dat een contracttheorie alle rechtsregels van het contractenrecht afzonderlijk kan reconstrueren. Het contractenrecht is evenals de andere onderdelen van het privaatrecht een rijdende trein waarvan de eindbestemming van een volmaakte samenleving altijd achter de horizon ligt.⁶⁹ De rechtsregels van het Nederlandse contractenrecht zijn met andere woorden geen weergave van hoe het Nederlandse contractenrecht idealiter luidt, maar een weergave van het voorlopig resultaat van het streven naar een onbereikbaar doel. Het zijn daarom juist slechts de belangrijkste kenmerken van het contractenrecht die met (relatieve) zekerheid inzicht geven in de richting waarin de trein van het contractenrecht precies rijdt.

De contracttheorieën waarvan in dit hoofdstuk wordt onderzocht of zij het Nederlandse contractenrecht kunnen reconstrueren, zijn geselecteerd op basis van zowel hun historische en huidige relevantie binnen de juridische discussie over contractuele gebondenheid als hun representativiteit voor een stroming van contracttheorieën.⁷⁰ Er zijn namelijk veel verschillende contracttheorieën. Vranken stelt zelfs dat over de rechtvaardiging van contractuele gebondenheid ‘al hectoliters inkt zijn uitgestort’.⁷¹ Er bestaan echter maar een paar stromingen van contracttheorieën. Binnen die stromingen bestaat consensus over de waarde die aan het contractenrecht ten grondslag ligt of behoort te liggen, maar geen volledige consensus over de precieze invulling of uitwerking daarvan. In dit onderzoek wordt onderscheid gemaakt tussen vier stromingen van contracttheorieën: theorieën die uitgaan van de waarde autonomie, de waarde efficiëntie, de waarde gemeenschap en de waarde rechtvaardigheid. Daarnaast wordt erkend dat er ook theorieën zijn die van meerdere waarden tegelijkertijd uitgaan – pluralistische contracttheorieën. De meeste contracttheorieën die in dit hoofdstuk aan bod komen, zijn afkomstig van niet-Nederlandse juristen, alhoewel er ook een aantal contracttheorieën van Nederlandse juristen de revue passeert. De reden dat voornamelijk contracttheorieën van niet-Nederlandse juristen aan bod komen, is dat er binnen het Nederlandse juridische debat relatief weinig aandacht is voor de grondslagen van het contractenrecht.⁷² In de Nederlandse juridische literatuur is veel dis-

69 Nieuwenhuis 2006, p. 17.

70 Om de selectie te maken zijn de volgende overzichten over contracttheorieën geraadpleegd: Smits 1995, p. 187-233; Smith 2004; Benson 2010, p. 29-63; Bakker 2012, p. 19-37; Gutmann 2013, p. 29-55; Hesselink 2021.

71 Vranken 2000, p. 145.

72 Van Boom 2019, p. 3.

cussie – geweest – over de vraag of de wil, de verklaring, het vertrouwen of een combinatie van die drie factoren contractuele gebondenheid tot stand doet komen,⁷³ maar niet of nauwelijks over de vraag waarom contractuele gebondenheid überhaupt gerechtvaardigd is.⁷⁴

2.3 DE WAARDE AUTONOMIE

2.3.1 *Inleiding*

Een invloedrijke stroming van contracttheorieën beschouwt de waarde autonomie als rechtvaardiging voor contractuele gebondenheid. Volgens deze stroming van contracttheorieën heeft het contractenrecht als doel autonomie te faciliteren of behoort het dat te hebben. Een persoon is kort gezegd autonoom als hij richting geeft aan zijn eigen leven (zie verder par. 3.2). Het contractenrecht stelt hem daartoe in staat of behoort hem daartoe in staat te stellen volgens de waarde autonomie, omdat een contract een middel kan zijn om eigen wensen na te streven. Hoewel binnen deze stroming van contracttheorieën consensus bestaat over het doel van het contractenrecht, bestaat er discussie over de wijze waarop autonomie gefaciliteerd moet worden en of zwakkere partijen daarvoor moeten worden beschermd. Een aantal auteurs stelt dat het contractenrecht slechts moet faciliteren dat personen met elkaar kunnen contracteren (par. 2.3.2). Zij zien weinig tot geen reden om zwakkere partijen te beschermen. In lijn met de politieke filosofie van Raz wordt echter onder meer door Dagan en Heller en door Nieuwenhuis beargumenteerd dat het juist ook de taak van de overheid is om zwakkere partijen te beschermen, zodat ook zij in staat gesteld worden om eigen wensen na te streven door met anderen te contracteren en zo zichzelf kunnen ontplooien (par. 2.3.3).

2.3.2 *Autonomie beschouwd als vrijheid: van de negentiende-eeuwse wilstheorie tot Friedman*

Het idee dat het contractenrecht autonomie faciliteert, is duidelijk terug te zien in de – voor het Nederlandse contractenrecht zeer invloedrijke⁷⁵ – negentiende-eeuwse wilstheorie, zoals die onder meer door de Duitse pandektisten Von Savigny (1779-1861) en

73 Zie samenvattend en met verdere verwijzingen: Asser/Sieburgh 6-III 2018/122-124.

74 Zie verder over het onderscheid tussen de vraag wanneer contractuele gebondenheid tot stand komt en de vraag waarom contractuele gebondenheid tot stand komt: Hijma 1988, p. 6-7.

75 Lokin 2000, p. 17-42.

Windscheid (1817-1892) is verdedigd.⁷⁶ Volgens deze theorie is de wil niet alleen een noodzakelijke voorwaarde voor contractuele gebondenheid, maar vormt de wil tevens de enige mogelijke rechtvaardiging daarvan.⁷⁷ Omdat de wil het mogelijk maakt om eigen gekozen contracten aan te gaan, geeft die volgens Von Savigny handen en voeten aan de autonomie van personen.⁷⁸

De Amerikaanse jurist Fried stelt ook dat het contractenrecht tot doel heeft autonomie te faciliteren. In zijn boek *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation* uit 1981 betoogt hij echter dat niet de wil voorwaarde is voor contractuele gebondenheid, maar de belofte.⁷⁹ Net zoals het spel schaken bestaat uit conventies die bepalen op welke wijze en wanneer een schaakstuk mag worden verzet, bestaat volgens Fried het contractenrecht uit conventies die bepalen welke beloften contractuele gebondenheid tot stand brengen en welke inhoud die beloften (mogen) hebben. Contractuele gebondenheid blijft volgens Fried bestaan, ook al heeft een persoon geen wil meer die in overeenstemming is met zijn belofte, omdat daardoor op de lange termijn de opties worden vergroot waaruit iemand kan kiezen.⁸⁰ Uit de functie van de conventies die bepalen door welke beloften contractuele gebondenheid tot stand komt, volgt volgens Fried opmerkelijk genoeg niet de rechtvaardiging voor contractuele gebondenheid.⁸¹ Een door het contractenrecht erkende belofte doet volgens hem contractuele gebondenheid ontstaan vanwege de morele plicht om het vertrouwen van een ander niet te schaden.⁸² Uiteindelijk is hij op dit standpunt teruggekomen, omdat een morele plicht niet noodzakelijk een juridische plicht met zich brengt.⁸³ Fried gaat, in tegenstelling tot de negentiende-eeuwse wiltheorie, ook in op de bescherming van zwakkere partijen. Hij bespreekt het *common law*-leerstuk *unconscionability*, hetgeen kort gezegd inhoudt dat iemand geen misbruik mag maken van de zwakheden van zijn wederpartij.⁸⁴ Fried stelt dat dit leerstuk alleen van toepassing is in situaties waarin iemand geen andere keuze heeft dan een oneerlijk beding aanvaarden, en niet als de oorzaak van zijn zwakkere positie gelegen is in macro-economische factoren waarvan verschillende personen hinder ondervinden.⁸⁵ Fried beantwoordt niet de vraag hoe het

76 Von Savigny 1840, p. 331-333; Windscheid (1856) 1906. Als pandektisten meenden zij beiden dat door bestudering van het Romeinse recht de grondbeginselen van het recht kunnen worden ontwaard en dat die grondbeginselen antwoord kunnen geven op hedendaagse rechtsvragen. Zie: Lesaffer 2008, p. 424-430. Zie tevens: Jansen 2010, p. 13-25.

77 Smits 1995, p. 190. Zie tevens: Nieuwenhuis 1979, p. 14-15; Hijma 1988, p. 15-17; Gordley 1991, p. 161-162.

78 Von Savigny 1840, p. 331-332. Zie tevens: Nieuwenhuis 2014, p. 550.

79 Fried 1981.

80 Fried 1981, p. 13-14.

81 Fried 1981, p. 13-14.

82 Fried 1981, p. 16.

83 Fried 2014, p. 34.

84 Beale 2021, par. 10.4.

85 Fried 1981, p. 106.

leerstuk *unconscionability* samenhangt met zijn opvatting dat een belofte een voorwaarde is voor contractuele gebondenheid en dat het contractenrecht autonomie faciliteert.

Het idee dat het contractenrecht autonomie faciliteert, is in zekere zin ook terug te vinden in het werk van enkele libertaristen. Het libertarisme is een politiek-filosofische stroming die pleit voor individuele vrijheid en voor zo min mogelijk overheidsinmenging.⁸⁶ Door verschillende libertaristen wordt contracthandhaving beschouwd als een van de weinige taken van de overheid. Zo stelt de Amerikaanse filosoof en econoom Friedman (1912-2006):

‘The scope of government must be limited. Its major function must be to protect our freedom both from enemies outside our gates and from fellow-citizens: to preserve law and order, to enforce private contracts, to foster competitive markets.’⁸⁷

Friedman acht het van belang dat personen met elkaar kunnen contracteren, omdat dat leidt tot uitwisseling van goederen en diensten.⁸⁸ Contracthandhaving beschouwt hij niet als dwang, omdat een contract vrijwillig wordt aangegaan. In lijn met de nadruk die hij legt op individuele vrijheid, pleit hij voor zo veel mogelijk contractsvrijheid en tegen de bescherming van zwakkere partijen. Omdat de bescherming van zwakkere partijen kan leiden tot herverdeling, beschouwt de Amerikaanse libertarist Nozick (1938-2002) het zelfs als diefstal.⁸⁹

2.3.3 *Autonomie beschouwd als de mogelijkheid om betekenisvolle opties te kiezen*

2.3.3.1 **Raz als inspirator**

Bij het innemen van het liberalistische standpunt dat van de overheid slechts dient te worden gevergd dat die de mogelijkheid om te contracteren faciliteert, wordt over het hoofd gezien dat de realisatie van autonomie niet alleen contractsvrijheid vereist, maar ook de concrete mogelijkheid om te kunnen kiezen uit opties die bij eigen wensen aansluiten. De vrijheid om te doen en laten wat men wil, garandeert namelijk niet dat iemand ook daadwerkelijk kan doen wat hij wil (zie verder par. 3.3.2.3). Volgens de Israëliische politiek-filo-

86 Zie uitgebreid over het libertarisme: Van der Vossen 2019.

87 Friedman (1962) 2002, p. 2. Zie tevens: Nozick (1974) 2001, p. ix.

88 Friedman (1962) 2002, p. 13. Zie tevens: Hayek (1960) 2011, p. 208.

89 Nozick (1974) 2001, p. ix en 149-231. Zie verder over het libertarisme en de bescherming van zwakkere partijen: Hesselink 2021, p. 282-290.

soof Raz moet een overheid daarom niet alleen individuele vrijheid garanderen.⁹⁰ Hij stelt dat de overheid ook als taak heeft ‘to enable individuals to pursue valid conceptions of the good and to discourage evil or empty ones.’⁹¹

2.3.3.2 De pluralistische contracttheorie van Dagan en Heller

De filosofie van Raz is naar de contractrechtelijke context vertaald door onder meer de Israëliëse jurist Dagan en de Amerikaanse jurist Heller in hun boek uit 2017 getiteld *The Choice Theory of Contracts*.⁹² Hoewel volgens Dagan en Heller aan het contractenrecht verschillende waarden ten grondslag liggen, beschouwen zij autonomie als de belangrijkste waarde. In lijn met het werk van Fried stellen zij dat de rechtsregels van het contractenrecht bepalen welke beloften tot contractuele gebondenheid leiden.⁹³ Contractuele gebondenheid kan volgens hen gerechtvaardigd zijn omdat zij personen in staat stelt om hun autonomie te realiseren. Zij stellen dat een contract personen helpt ‘to legitimately enlist others in advancing their own projects and thus it expands the range of meaningful choices people can make to shape their own live.’⁹⁴ Instrumenteel aan de waarde autonomie zijn volgens Dagan en Heller de waarden nut en gemeenschap.⁹⁵ Die waarden representeren de redenen die personen kunnen hebben om met elkaar te contracteren.⁹⁶ Nut refereert naar het economisch nut dat, zo illustreert de economische analyse van het contractenrecht (zie verder par. 2.4), met een ander contracteren kan hebben.⁹⁷ Gemeenschap refereert, in lijn met de contracttheorie van Markovits (zie verder par. 2.5), naar het idee dat personen een contract ook kunnen waarderen vanwege de sociale waarde van samenwerken.⁹⁸ Concreet pleiten de waarden autonomie, nut en gemeenschap volgens Dagan en Heller ervoor dat een persoon niet alleen met anderen moet kunnen contracteren en zelf moet kunnen bepalen welke contracten hij aangaat, maar ook – in lijn met het werk van Raz – ‘an adequate range of options’⁹⁹ moet hebben om uit te kiezen.¹⁰⁰ Ter nadere uitwerking van dit idee maken Dagan en Heller onderscheid tussen verschillende contractgebieden (*contractual spheres*), waarbinnen het voor iemand mogelijk moet zijn om uit verschillende opties te kiezen. Zo moet het contractenrecht volgens hen bijvoorbeeld

90 Raz 1986.

91 Raz 1986, p. 133.

92 Dagan & Heller 2017.

93 Dagan & Heller 2017, p. 20-22.

94 Dagan & Heller 2017, p. 47.

95 Dagan & Heller 2017, p. 51-64.

96 Dagan & Heller 2017, p. 47.

97 Dagan & Heller 2017, p. 52-53. Dagan en Heller benadrukken dat het gaat om nut of welvaart voor contractspartijen en niet om zo veel mogelijk nut of welvaart voor de samenleving als geheel, zoals bij het utilitarisme.

98 Dagan & Heller 2017, p. 58.

99 Dagan & Heller 2017, p. 69.

100 Dagan & Heller 2017, p. 41-43.

faciliteren dat een persoon in loondienst kan gaan, maar ook ervoor kan kiezen om zzp'er te worden. Dagan en Heller sluiten niet uit dat iemand er geen baat bij kan hebben om zo veel mogelijk keuzeopties te hebben. Zo kunnen volgens hen onder meer sociaaleconomische factoren en cognitieve beperkingen ervoor zorgen dat een persoon er meer bij gebaat is als zijn contractsvrijheid wordt beperkt tot slechts betekenisvolle opties.¹⁰¹ Zo rechtvaardigen zij de bescherming van zwakkere partijen.

2.3.3.3 De pluralistische contracttheorie van Nieuwenhuis

Ook de contracttheorie van de Nederlandse jurist Nieuwenhuis (1944-2015), die hij in zijn proefschrift uit 1979 getiteld *Drie beginselen van contractenrecht* verdedigt, is op verschillende punten in lijn met het werk van Raz.¹⁰² Hij stelt dat niet een wil, een verklaring of vertrouwen contractuele gebondenheid tot stand brengt, maar dat de rechtsregels van het contractenrecht bepalen welke gedragingen dat doen. Fried beschouwt een belofte als de gedraging die tot contractuele gebondenheid kan leiden (par. 2.4.2), terwijl Nieuwenhuis die rol ziet weggelegd voor taalhandelingen.¹⁰³ Taalhandelingen zijn handelingen die tot stand worden gebracht door taaluitingen. Denk bijvoorbeeld aan groeten, bevelen, en dus ook contracteren.¹⁰⁴ Volgens Nieuwenhuis wordt door drie beginselen richting gegeven aan de rechtsregels die bepalen welke taalhandelingen tot contractuele gebondenheid leiden: het autonomiebeginsel, het vertrouwensbeginsel en het causa-beginsel. Het autonomiebeginsel pleit ervoor dat een persoon zelf kan bepalen welke rechtsbetrekkingen hij aangaat, het vertrouwensbeginsel dat opgewekt vertrouwen wordt beschermd, en het causa-beginsel dat een contract moet berusten op een geoorloofde oorzaak.¹⁰⁵

Nieuwenhuis stelt dat deze drie beginselen hun inhoud ontlenen aan, hetgeen hij noemt, de realia en idealia van het contractenrecht. De realia van het contractenrecht bestaan uit de functies die het contractenrecht in de praktijk vervult.¹⁰⁶ Volgens Nieuwenhuis contracteren personen met elkaar om op basis van wederkerigheid samen te werken en zo eigen plannen te realiseren.¹⁰⁷ De idealia van het contractenrecht zijn volgens Nieuwenhuis de waarden van het contractenrecht, te weten: vrijheid, rechtvaardigheid en rechtszekerheid.¹⁰⁸ Vrijheid vat Nieuwenhuis op als autonomie. Vrijheid, 'de mogelijkheid om [een; toevoeging TB] eigen levensplan te kiezen', vooronderstelt volgens Nieuwenhuis na-

101 Dagan & Heller 2017, p. 128-130.

102 Nieuwenhuis 1979.

103 Nieuwenhuis 1979, p. 23-33.

104 Zie verder over taalhandelingen: Nuchelmans 1967, p. 19-24.

105 Nieuwenhuis 1979, p. 63-78.

106 Nieuwenhuis 1979, p. 43.

107 Nieuwenhuis 1979, p. 45-46.

108 Nieuwenhuis 1979, p. 41.

melijk niet alleen onafhankelijkheid, maar ook ‘de middelen om het gekozen plan te realiseren.’¹⁰⁹ Een contract kan een dergelijk middel zijn, omdat:

‘[d]e realisering van een zelfgekozen plan (...) bijna steeds medewerking van anderen [vergt; TB]. Er is een instrument nodig om vorm te geven aan die samenwerking. Dit instrument is de overeenkomst. (...) Het contractenrecht staat zo in het teken van vrije ontplooiing door middel van samenwerking op basis van wederkerigheid.’¹¹⁰

De waarde rechtvaardigheid pleit volgens Nieuwenhuis onder meer voor de bescherming van zwakkere partijen (zie verder par. 2.7.3.3). De waarde rechtszekerheid staat volgens hem symbool voor de oriënterende en realiserende functie van het contractenrecht.¹¹¹ Het contractenrecht helpt iemand namelijk niet alleen met bepalen wat mogelijk is, maar ook met het uitvoeren van plannen.

2.4 DE WAARDE EFFICIËNTIE

2.4.1 *Inleiding*

In de tweede helft van de twintigste eeuw is de economische analyse van het contractenrecht in opkomst gekomen.¹¹² De rechtseconomische contracttheorieën die daaruit zijn ontstaan, erkennen de waarde efficiëntie. Volgens die contracttheorieën zijn de rechtsregels van het contractenrecht gerechtvaardigd als zij efficiëntie faciliteren en stimuleren (par. 2.4.2). Hoewel volgens rechtseconomische contracttheorieën herverdeling door de bescherming van zwakkere partijen inefficiënt is, beschouwen zij de bescherming van zwakkere partijen wel als gerechtvaardigd voor zover marktfalen daardoor wordt voorkomen (par. 2.4.3).

2.4.2 *Pareto-efficiëntie en contractuele gebondenheid*

Rechtseconomische contracttheorieën gaan uit van een welvaartmaximaliserend individu dat, met de beperkte middelen die hij heeft, tracht zo veel mogelijk voorkeuren te realise-

¹⁰⁹ Nieuwenhuis 1979, p. 53. Zie tevens: Nieuwenhuis 1999, p. 25-26.

¹¹⁰ Nieuwenhuis 1979, p. 54.

¹¹¹ Nieuwenhuis 1979, p. 61-62.

¹¹² Parisi 2004, p. 259-272; Baird 2017, p. 3-17.

ren – ook wel de rationele-keuzetheorie genoemd (zie verder par. 5.2.1).¹¹³ Rechtseconomische contracttheorieën stellen dat de rechtsregels van het contractenrecht gerechtvaardigd zijn voor zover zij contracten faciliteren en stimuleren die tot Pareto-verbeteringen leiden. Een Pareto-verbetering is een verandering in een situatie die ervoor zorgt dat in ieder geval één persoon beter af is, zonder dat het anderen schaadt – ook wel Pareto-efficiëntie genoemd.¹¹⁴ Een contract leidt idealiter voor beide contractspartijen tot een Pareto-verbetering. Eén wijze waarop volgens de rechtseconomische contracttheorieën Pareto-efficiënte contracten kunnen worden gefaciliteerd en gestimuleerd, is door contracten te handhaven. Hoe contractuele gebondenheid tot Pareto-verbeteringen leidt, kan geïllustreerd worden aan de hand van twee voorbeelden. Als een bakker zijn brood verkoopt, heeft niet alleen de bakker daar profijt van, maar ook zijn klanten. Bij een dergelijke koopovereenkomst is het doorgaans niet nodig dat de bakker en zijn klanten elkaar een belofte doen. De afgesproken prestaties kunnen namelijk direct en tegelijkertijd worden voldaan. Stel echter dat een ijscoman met de uitbater van een koek-en-zopiekraam afsprekt hem in de winter te helpen, onder de voorwaarde dat de uitbater de ijscoman in de zomer helpt. Ook bij deze afspraak zijn beide personen gebaat, maar de afgesproken prestaties kunnen niet direct en tegelijkertijd worden voldaan. Zolang het niet mogelijk is om een contractueel bindende afspraak te maken, heeft de persoon die als eerste presteert niet de zekerheid dat de ander zich ook aan zijn afspraak zal houden, en zal diegene daarom kunnen besluiten af te zien van de afspraak. Omwille van die zekerheid en de Pareto-verbetering die door het contract ontstaat, is volgens de rechtseconomische contracttheorieën contractuele gebondenheid gerechtvaardigd.¹¹⁵ Een andere wijze waarop volgens rechtseconomische contracttheorieën Pareto-efficiënte contracten kunnen worden gefaciliteerd en gestimuleerd, is door de afspraken die personen maken aan te vullen, bijvoorbeeld door aanvullend recht (zie verder par. 8.3.4.2).¹¹⁶ Contractspartijen hoeven dan slechts over de onderwerpen te onderhandelen die zij het meest belangrijk vinden, waardoor geen onnodige transactiekosten worden gemaakt.¹¹⁷ Verder kunnen Pareto-efficiënte contracten volgens rechtseconomische contracttheorieën bijvoorbeeld ook worden gestimuleerd door bij bepaalde veranderde omstandigheden contractbreuk toe te staan.¹¹⁸

113 Van Velthoven & Van Wijck 2013, p. 14.

114 Cooter & Ulen 2012, p. 42-43; Van Velthoven & Van Wijck 2013, p. 14-20.

115 Cooter & Ulen 2012, p. 285.

116 Cooter & Ulen 2012, p. 292-294.

117 Cooter & Ulen 2012, p. 88-91.

118 Cooter & Ulen 2012, p. 325-326. Zie tevens: Markovits & Schwartz 2017, p. 20-38.

2.4.3 *De bescherming van zwakkere partijen en het voorkomen van marktfalen*

Volgens de rechtseconomische contracttheorieën is de bescherming van zwakkere partijen via het contractenrecht inefficiënt en daarom niet gerechtvaardigd voor zover zij een verstoord evenwicht tussen sterkere en zwakkere partijen tracht te herstellen. De bescherming van zwakkere partijen leidt namelijk voor sterkere partijen tot kosten, die uiteindelijk worden doorberekend aan zwakkere partijen.¹¹⁹ Zwakkere partijen betalen daardoor welbeschouwd voor hun eigen bescherming, waardoor van herstel van een verstoord evenwicht geen sprake is.

Rechtseconomische contracttheorieën beschouwen de bescherming van zwakkere partijen echter wel als gerechtvaardigd als daardoor marktfalen wordt voorkomen. Van marktfalen is sprake als optimale marktwerking verhinderd wordt en daardoor minder Pareto-efficiënte contracten tot stand komen dan had gekund. In het kader van de bescherming van zwakkere partijen zijn in het bijzonder twee vormen van marktfalen relevant: informatieasymmetrie en onvolledige mededinging. Van informatieasymmetrie is sprake als iemand niet over de informatie beschikt om te kunnen beoordelen of een contract aansluit bij zijn wensen.¹²⁰ Beschouwd vanuit deze vorm van marktfalen kan een informatieplicht voor een sterkere partij gerechtvaardigd zijn, omdat het een informatieasymmetrie herstelt (zie verder par. 4.4.3 en 4.5.2.1). Van onvolledige mededinging is sprake als een of meerdere aanbieders samen eenzijdig invloed kunnen uitoefenen op de prijs en kwaliteit van een product of dienst, of de voorwaarden waaronder gecontracteerd wordt.¹²¹ Hoewel in hoofdzaak het mededingingsrecht tegen deze vorm van marktfalen optreedt, worden zwakkere partijen in het contractenrecht ook beschermd tegen een gebrek aan onderhandelingspositie. Daardoor worden de gevolgen van onvolledige mededinging tegengegaan (zie verder par. 4.4.4).

2.5 DE WAARDE GEMEENSCHAP

2.5.1 *Inleiding*

Een minder bekende stroming van contracttheorieën dan de hiervoor besproken stromingen erkent de waarde gemeenschap. Deze stroming van contracttheorieën benadrukt dat

¹¹⁹ Van den Bergh 1990, p. 788-789.

¹²⁰ Cooter & Ulen 2012, p. 297-298; Van Velthoven & Van Wijck 2013, p. 51-56.

¹²¹ Cooter & Ulen 2012, p. 298; Van Velthoven & Van Wijck 2013, p. 51.

een contract meer is dan slechts de uitwisseling van prestaties, of in ieder geval zo zou moeten worden beschouwd, omdat het een relatie tussen personen bewerkstelligt en kan aanzetten tot samenwerking (par 2.5.2).

2.5.2 *Gemeenschap als 'dik' concept en als 'dun' concept*

Er zijn contracttheorieën die gemeenschap als een 'dik' concept beschouwen en contracttheorieën die gemeenschap als een 'dun' concept beschouwen. De Schots-Amerikaanse jurist Macneil (1929-2010) pleit met zijn *Relational Contract Theory* voor een 'dikke' conceptie van gemeenschap.¹²² Hij stelt dat met de stereotiepe opvatting van een contract als de uitwisseling van prestaties wordt miskend dat een contract bovenal ook een relatie tussen personen bewerkstelligt die is ingebed in een bredere sociale context.¹²³ Alleen door ook voor die relatie en voor de bredere sociale context oog te hebben kan volgens Macneil de rol worden begrepen die contracten in de praktijk vervullen. Hoewel de inhoud van een contract in de praktijk vaak een belangrijk ijkpunt is, bepalen volgens hem de relatie tussen contractspartijen en de bredere sociale context namelijk uiteindelijk hoe contractspartijen handelen. Onder meer in reactie op het werk van Macneil pleit de Amerikaanse jurist Markovits voor een 'dunne' conceptie van gemeenschap.¹²⁴ Volgens hem legt Macneil te veel nadruk op de sociale inbedding van een contract. Het ideaal van een contract is volgens hem *respectful community*, hetgeen een samenwerking is tussen contractspartijen op basis van erkenning en respect.¹²⁵ De intrinsieke waarde van een dergelijke samenwerking rechtvaardigt volgens hem contractuele gebondenheid.¹²⁶ Een soortgelijk idee is ook reeds terug te vinden in het werk van de Franse jurist Demogue (1872-1938). Hij beschouwt een contract als een microkosmos waarbinnen personen met elkaar moeten samenwerken om hun doel te kunnen bereiken.¹²⁷

2.6 DE WAARDE RECHTVAARDIGHEID

2.6.1 *Inleiding*

Verschillende contracttheorieën erkennen de waarde rechtvaardigheid. Deze contracttheorieën zijn van uiteenlopende aard, omdat er verschillende concepties van rechtvaardig-

122 Macneil 1985, p. 483-526.

123 Macneil 1985, p. 490.

124 Markovits 2003, p. 1483. Zie verder: Markovits 2020, p. 96-111.

125 Markovits 2003, p. 1451.

126 Markovits 2003, p. 1518.

127 Demogue 1931, p. 9.

heid bestaan. De Oudgriekse filosoof Aristoteles (384-322) maakt onderscheid tussen corrigerende en verdelende rechtvaardigheid.¹²⁸ Corrigerende rechtvaardigheid gaat over de verhouding tussen personen. Een onrechtmatige verstoring van die verhouding moet volgens deze conceptie van rechtvaardigheid worden hersteld. Corrigerende rechtvaardigheid wordt onder meer door de contracttheorie van Benson en die van Gordley erkend als waarde (par. 2.6.2). Verdelende rechtvaardigheid gaat over de verdeling van welvaart over de burgers van een samenleving. Het bewerkstelligen van verdelende rechtvaardigheid wordt doorgaans gezien als functie van het publiekrecht. Desalniettemin zijn er contracttheorieën die deze waarde erkennen en op basis daarvan – indirect – ook pleiten voor de bescherming van zwakkere partijen (par. 2.6.3). Een meer moderne conceptie van rechtvaardigheid, die in het verlengde ligt van verdelende rechtvaardigheid, is sociale rechtvaardigheid. Van sociale rechtvaardigheid is sprake als personen gelijke rechten en kansen hebben.¹²⁹ Volgens onder meer Hesselink moet het contractenrecht een bepaald minimumniveau van sociale rechtvaardigheid waarborgen (par. 2.6.4).

2.6.2 *Corrigerende rechtvaardigheid*

De Australische jurist Benson beschouwt in zijn boek uit 2019 *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law* corrigerende rechtvaardigheid als waarde die contractuele gebondenheid rechtvaardigt. Hij bepleit een overdrachtstheorie van contractuele gebondenheid.¹³⁰ Die theorie houdt kort gezegd in dat contractuele gebondenheid tot stand komt als een contract rechten overdraagt.¹³¹ Wanneer een contractspartij door een contract een recht heeft verkregen en de wederpartij haar het genot van dat recht ontzegt – bijvoorbeeld door niet mee te werken aan levering –, rechtvaardigt de waarde corrigerende rechtvaardigheid handhaving van het contract.¹³² De onrechtvaardige situatie die tussen contractspartijen is ontstaan, wordt op die manier hersteld. Benson beschouwt corrigerende rechtvaardigheid overigens slechts als waarde die specifiek contractuele gebondenheid rechtvaardigt. Verder beschouwt hij het contractenrecht als dienend aan de autonomie van personen.¹³³ Volgens Benson moeten zwakkere partijen op basis van onder meer het *common law*-leerstuk *unconscionability* worden beschermd (zie eerder par. 2.3.2), omdat

128 Aristoteles 1975, p. 267.

129 Deze notie van rechtvaardigheid is onder meer verder uitgewerkt door Rawls en Nussbaum. Zie: Rawls 1971; Nussbaum 2011.

130 Benson 2019.

131 Smith 2004, p. 97-99.

132 Benson 2019, p. 30-31.

133 Benson 2019, p. 129.

verondersteld moet worden dat contractspartijen prestaties willen uitwisselen die van gelijke waarde zijn.¹³⁴

Ook de Amerikaanse jurist Gordley erkent de waarde corrigerende rechtvaardigheid. In zijn boek uit 1991 getiteld *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* beschrijft hij de invloed die de aristotelische filosofie op het contractenrecht heeft gehad.¹³⁵ Omdat de invloed van de negentiende-eeuwse wilstheorie – die afstand deed van het aristotelische denkbeeld – volgens hem ervoor heeft gezorgd dat het contractenrecht op een doodlopend spoor is beland,¹³⁶ meent hij dat het contractenrecht zich opnieuw moet laten inspireren door de contracttheorieën van de vroegmoderne scholastici.¹³⁷ Deze contracttheorieën, waar onder meer de contracttheorie van de Vlaamse moraaltheoloog Lessius (1554-1623) toe behoort,¹³⁸ bouwen voort op het werk van de Italiaanse filosoof en theoloog Van Aquino (1225-1274), die op zijn beurt weer voortbouwt op het werk van Aristoteles. De contracttheorieën van de vroegmoderne scholastici pleiten ervoor om de oorzaak van het contract te beschouwen als voorwaarde voor contractuele gebondenheid – ook wel de *causa* genoemd. Volgens de vroegmoderne scholastici betekent dit dat contractuele gebondenheid tot stand komt als zij de deugd vrijgevigheid als oorzaak heeft, waarvan sprake is als een van de contractspartijen om niet verrijkt wordt, of als het contract de deugd corrigerende vaardigheid als oorzaak heeft, waarvan sprake is als de bedongen prestaties van gelijke waarde zijn.¹³⁹

2.6.3 *Verdelende rechtvaardigheid*

In zijn artikel ‘Contract Law and Distributive Justice’ uit 1980 stelt de Amerikaanse jurist Kronman dat aan het contractenrecht de waarde verdelende rechtvaardigheid ten grondslag ligt, of in ieder geval behoort te liggen.¹⁴⁰ Kronman meent dat personen met elkaar contracteren om een voordeel te behalen, en stelt dat het contractenrecht als functie heeft om aan te geven op welke wijzen voordelen mogen worden behaald. Een manier waarop iemand bijvoorbeeld geen voordeel mag behalen, is door een ander te bedreigen (vergelijk artikel 3:44 lid 2 BW). Kronman betoogt dat verdelende rechtvaardigheid de enige waarde

134 Benson 2019, p. 387-388.

135 Gordley 1991, p. 72.

136 Gordley 1991, p. 215-229. Zie tevens: Gilmore 1984.

137 De vroegmoderne scholastici probeerden het Romeinse recht te verenigen met de aristotelische filosofie. Zie verder: Decock 2012.

138 Lessius (1605) 1621.

139 Gordley 1991, p. 72. Binnen de context van het contractenrecht wordt soms ook naar corrigerende rechtvaardigheid gerefereerd als ruilrechtvaardigheid.

140 Kronman 1980, p. 472-511.

is die op de juiste wijze onderscheid kan maken tussen de manieren waarop het is toegestaan een voordeel te behalen en de manieren waarop dat niet is toegestaan. Volgens hem moet de waarde verdelende rechtvaardigheid binnen de context van het contractenrecht worden uitgelegd aan de hand van Pareto-efficiëntie, hetgeen inhoudt dat ‘a particular form of advantage-taking should be allowed if it works to the longrun benefit of those disadvantaged by it.’¹⁴¹ Indirect pleit Kronman zo voor de bescherming van zwakkere partijen. Aangezien zwakkere partijen er vaak op de lange termijn geen voordeel van hebben als sterkere partijen misbruik mogen maken van bijvoorbeeld hun beperkte onderhandelingspositie, is bescherming daartegen op basis van de contracttheorie van Kronman gerechtvaardigd.

Ook de Amerikaanse jurist Bagchi erkent met haar contracttheorie de waarde verdelende rechtvaardigheid.¹⁴² Zij stelt dat veel contracttheorieën onterecht focussen op de belofte als rechtvaardiging voor contractuele gebondenheid, waardoor over het hoofd wordt gezien dat ook individuele transacties van invloed kunnen zijn op de verdeling van welvaart binnen een samenleving. Sterkere partijen hebben daarom volgens haar de plicht om de belangen van zwakkere partijen in ogenschouw te nemen.¹⁴³ Zij stelt:

‘People in a legally organized society owe each a great deal in the absence of any communicated intent to assume obligation. These duties attach by virtue of their status as members of a political economy, and more particularly in the course of exchange.’¹⁴⁴

2.6.4 Sociale rechtvaardigheid

Onder andere de Nederlandse jurist Hesselink pleit voor erkenning van de waarde sociale rechtvaardigheid binnen onder meer het contractenrecht.¹⁴⁵ Hij stelt dat de *Draft Common Frame of Reference*, een verzameling van model-verbintenisrechtelijke rechtsregels die is bedoeld als aanzet tot een Europese codificatie van het verbintennisrecht,¹⁴⁶ ‘has to pass the social justice test’.¹⁴⁷ Ervan uitgaande dat Hesselink meent dat niet alleen de *Draft Common Frame of Reference* de socialerechtvaardigheidstoets moet doorstaan, maar alle verbintenisrechtelijke rechtsregels, ongeacht hun herkomst, stelt hij aldus dat het contrac-

141 Kronman 1980, p. 486.

142 Bagchi 2014, p. 193-211. Zie verder: Bagchi 2009, p. 105-148.

143 Bagchi 2014, p. 202.

144 Bagchi 2014, p. 208.

145 Hesselink 2009. Zie tevens: Study Group on Social Justice in European Private Law 2004, p. 653-674.

146 Von Bar 2009. Zie verder: Grundmann 2008, p. 225-247; Van Gulijk 2009, p. 374-377.

147 Hesselink 2009, p. 19.

tenrecht een bepaald minimumniveau van sociale rechtvaardigheid moet waarborgen. De specifieke conceptie van sociale rechtvaardigheid die daarbij als maatstaf dient te gelden, moet volgens hem nog nader worden vastgesteld. Vereist is volgens Hesselink in ieder geval wel dat op basis van die conceptie van sociale rechtvaardigheid zwakkere partijen moeten worden beschermd.¹⁴⁸

2.7 ANALYSE EN EEN PLEIDOOI VOOR WAARDEPLURALISME

2.7.1 *Inleiding*

Nu de verschillende stromingen van contracttheorieën in kaart zijn gebracht, is de vervolgvraag aan de hand van welke waarde(n) het Nederlandse contractenrecht kan worden gereconstrueerd. Ter beantwoording van deze vraag worden de besproken stromingen van contracttheorieën geanalyseerd (par. 7.2). Vervolgens wordt betoogd dat er niet één waarde is die volledig recht doet aan de belangrijkste kenmerken van het Nederlandse contractenrecht en dat daarom de pluralistische contracttheorie van Dagan en Heller het Nederlandse contractenrecht het best kan reconstrueren (par. 7.3).

2.7.2 *Analyse van de stromingen van contracttheorieën*

2.7.2.1 **Autonomie**

Omdat de contracttheorieën die de waarde autonomie erkennen een contract beschouwen als een middel om eigen wensen na te streven, kan aan de hand van die waarde een aantal belangrijke kenmerken van het Nederlandse contractenrecht gereconstrueerd worden. Allereerst kan aan de hand van de waarde autonomie worden gereconstrueerd waarom in het contractenrecht veel belang wordt gehecht aan de wil van een persoon. Een contract komt tot stand door wilsovereenstemming (artikel 6:213 BW); bij het ontbreken van een wil komt een contract in principe niet tot stand; en een rechtshandeling kan vernietigbaar zijn als de wil van een van de contractspartijen gebrekkig is gevormd (artikel 3:44 en 6:228 BW). Deze nadruk op iemands wil is te verklaren vanuit het idee dat contractuele gebondenheid in dienst staat van de autonomie van een persoon. Dat ook gerechtvaardigd vertrouwen kan leiden tot contractuele gebondenheid (artikel 3:35 BW), staat op gespannen voet met het idee dat contractuele gebondenheid slechts dient te ontstaan als een persoon dat wil, maar kan tevens worden gereconstrueerd vanuit de waarde autonomie. Een persoon die erop mag vertrouwen dat de verklaring van een ander overeenstemt met zijn wil,

148 Hesselink 2009, p. 35.

is erbij gebaat als de ander hem niet kan belemmeren in het realiseren van zijn autonomie door zich achteraf te beroepen op het ontbreken van een wil.¹⁴⁹ Vanuit de waarde autonomie kan verder ook worden gereconstrueerd waarom in het Nederlandse contractenrecht contractsvrijheid het uitgangspunt is (zie verder par. 3.3). Elke persoon realiseert zijn autonomie op zijn eigen manier. De een gaat graag op fietsvakantie, de ander kiest liever voor een strandvakantie. Contractsvrijheid zorgt ervoor dat elke persoon, in beginsel ongeacht de wensen die hij heeft, de vrijheid heeft om contractuele keuzes te maken die aansluiten bij zijn eigen wensen en zo zichzelf kan ontplooiën.

Aan de hand van de negentiende-eeuwse wilstheorie en het libertarisme kan de bescherming van zwakkere partijen in het Nederlandse contractenrecht niet worden gereconstrueerd. Sterker nog: omdat de bescherming van zwakkere partijen de contractsvrijheid kan beperken (zie verder par. 3.4.5), beperkt zij volgens die contracttheorieën ook de autonomie van personen. Op basis van de invulling die Dagan en Heller – en tot op zekere hoogte ook Nieuwenhuis¹⁵⁰ – geven aan de waarde autonomie, kan daarentegen wel worden gereconstrueerd waarom zwakkere partijen worden beschermd. In lijn met de politieke filosofie van Raz stellen Dagan en Heller dat een persoon omwille van zijn autonomie niet alleen de contractsvrijheid moet hebben om te kunnen contracteren met wie hij wil en waarover hij wil, maar ook daadwerkelijk contractuele keuzes moet kunnen maken die bij zijn eigen wensen aansluiten. Verschillende factoren kunnen echter ervoor zorgen dat bepaalde (rechts)personen gemakkelijker contractuele keuzes kunnen maken die aansluiten bij hun eigen wensen dan anderen. Om ervoor te zorgen dat elke persoon – in ieder geval tot op zekere hoogte – eigen wensen kan nastreven door met anderen te contracteren, worden zwakkere partijen beschermd (zie verder par. 3.4). Dat juist ook een beperking van de contractsvrijheid een zwakkere partij kan beschermen, laat zich illustreren aan de hand van het verbod voor een werkgever om in een arbeidsovereenkomst een beding op te nemen dat strekt tot gedwongen winkelnering (artikel 7:631 lid 2 BW). De achtergrond van deze rechtsregel is dat aan het einde van de negentiende eeuw werknemers vaak een beding tot gedwongen winkelnering aanvaardden, waardoor zij slechts bij bepaalde winkels boodschappen mochten doen.¹⁵¹ Een verbod op gedwongen winkelnering beschermt de werknemer ondanks dat het ook zijn contractsvrijheid beperkt, aangezien het voorkomt dat hij enkel een beding tot gedwongen winkelnering aanvaardt omdat hij anders geen werk kan krijgen. Een beperking van de contractsvrijheid kan aldus ervoor zorgen dat een zwakkere partij uit meer betekenisvolle opties kan kiezen.

149 Asser/Sieburgh 6-III 2018/42.

150 Nieuwenhuis gaat wel in op de bescherming van zwakkere partijen, maar beschouwt die als gerechtvaardigd door de waarden corrigerende rechtvaardigheid en verdelende rechtvaardigheid. Zie verder: par. 2.7.3.3.

151 Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/152.

Hoewel aan de hand van de waarde autonomie een aantal belangrijke kenmerken van het contractenrecht kan worden gereconstrueerd, kan aan de hand van alleen die waarde niet gereconstrueerd worden waarom met anderen contracteren voor een persoon een nuttig middel is om zijn eigen wensen te realiseren. Bezien vanuit de waarde autonomie heeft met een ander contracteren immers een belangrijk nadeel, namelijk dat de realisatie van eigen wensen afhankelijk is van de welwillendheid van anderen om te contracteren. Waarom zou een systeem waarbij een persoon daarvan minder afhankelijk is niet beter zijn?

2.7.2.2 Efficiëntie

De vraag waarom het met andere woorden zinvol is om met anderen te contracteren, wordt overtuigend beantwoord door de rechtseconomische contracttheorieën. Die contracttheorieën tonen aan dat als het contractenrecht Pareto-efficiënte contracten faciliteert en stimuleert de gezamenlijke welvaart van contractspartijen vergroot wordt – de mate waarin zij hun eigen wensen realiseren. Verder kan aan de hand van de rechtseconomische contracttheorieën de bescherming van zwakkere partijen worden gereconstrueerd voor zover marktfalen daardoor wordt voorkomen. Een tekortkoming van de rechtseconomische contracttheorieën is echter dat zij niet kunnen reconstrueren waarom in het Nederlandse contractenrecht zoveel belang wordt gehecht aan de wil van contractspartijen. Als er wilsovereenstemming is, komt een contract tot stand en blijft contractuele gebondenheid in principe bestaan, ook al is het evident dat het contract inefficiënt is en welvaart niet vergroot. Een meer algemene tekortkoming van de rechtseconomische contracttheorieën is verder dat zij verschillende specifieke normatieve keuzes die in het contractenrecht zijn gemaakt niet kunnen reconstrueren. De Amerikaanse jurist en rechts-econoom Posner beschrijft deze tekortkoming in zijn artikel ‘Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?’ als volgt:

‘A free market can function only if people can trade, and trading almost always requires the making of binding promises. But there are many (...) different rules of contract law that will be equally good at enabling people to make binding promises. Specific performance is about the same as damages; literalistic interpretation is about the same as purposive interpretation.’¹⁵²

2.7.2.3 Gemeenschap

De contracttheorieën die de waarde gemeenschap erkennen, gaan nauwelijks in op de rechtvaardiging voor contractuele gebondenheid en de bescherming van zwakkere partijen. Dit maakt het ingewikkeld om aan de hand van deze contracttheorieën het Nederland-

152 Posner 2003, p. 865.

se contractenrecht te reconstrueren.¹⁵³ Wel vormen de contracttheorieën die de waarde gemeenschap erkennen op twee manieren een aanvulling op de contracttheorieën die de waarden autonomie en efficiëntie erkennen. Ten eerste geven de contracttheorieën die de dikke conceptie van gemeenschap erkennen uitdrukking aan het idee dat een contract meer is dan de gemaakte afspraken, omdat een contract altijd ingebed is in een sociale context en die context mede bepaalt hoe contractspartijen (dienen te) handelen. Dit sluit tot op zekere hoogte aan bij artikel 6:248 BW, dat bepaalt dat naast hetgeen partijen zijn overeengekomen en de wet ook de aard van de rechtsverhouding, de gewoonte en de eisen van redelijkheid en billijkheid de rechtsgevolgen van een contract bepalen. Bovendien heeft de Hoge Raad in 1957 al bepaald dat contractspartijen reeds in de precontractuele fase 'tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding'.¹⁵⁴ Ten tweede geven de contracttheorieën die voor een dunne conceptie van gemeenschap pleiten uiting aan het idee dat een persoon een contract ook kan waarderen vanwege de samenwerking die het met een ander initieert of verstevigt, in plaats van alleen het economisch nut ervan. Een persoon kan bijvoorbeeld met plezier naar zijn werk gaan, aangezien hij er voldoening uit haalt om met anderen samen te werken, en niet alleen omdat hij geld wil verdienen.

2.7.2.4 Rechtvaardigheid

Benson en Gordley stellen dat contractuele gebondenheid door de waarde corrigerende rechtvaardigheid gerechtvaardigd wordt. Benson en Gordley stellen daarnaast – indirect – dat de bescherming van zwakkere partijen gerechtvaardigd is voor zover zij ertoe leidt dat de contractuele verplichtingen van contractspartijen van – ongeveer – gelijke waarde zijn (zie eerder par. 2.6.2). Dit sluit niet aan bij hoe zwakkere partijen in het Nederlandse contractenrecht worden beschermd. Daarin worden zwakkere partijen beschermd door hun zwakheden te herstellen of compensatie te bieden. Zo tracht een informatieplicht een gebrek aan informatie te herstellen, en compenseert een verbod op een beding dat strekt tot gedwongen winkelnering voor een gebrek aan onderhandelingspositie (zie verder par. 4.4 en 4.5). Indirect kan bescherming zo ervoor zorgen dat de contractuele verplichtingen van contractspartijen van – ongeveer – gelijke waarde zijn. Als dat echter werkelijk het primaire doel is van de bescherming van zwakkere partijen, zou het voor de hand hebben gelegen dat de *iustum pretium*-leer algemeen geldt, hetgeen niet meer het geval is.¹⁵⁵ De *iustum pretium*-leer is afkomstig uit het Romeinse recht. Uit een rescript uit 285 na Christus, opgenomen in de *Codex* van de Romeinse keizer Justinianus (527-565), blijkt dat de Romeinse keizer Diocletianus (244-311) had bepaald dat indien de koop prijs van een stuk

153 Zie tevens: Hesselink 2021, p. 238.

154 HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, NJ 1958/67, m.nt. Rutten (*Baris/Riezenkamp*).

155 Asser/Sieburgh 6-III 2018/55.

grond lager was dan de helft van de zogeheten gerechtigde prijs (*iustum pretium*), de overeenkomst kon worden ontbonden wegens buitensporige benadeling (*laesio enormis*).¹⁵⁶ Dit leerstuk had in het Nederlandse recht algemene gelding tot de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1838.¹⁵⁷

Ook Kronman, Bagchi en Hesselink pleiten – indirect – voor de bescherming van zwakkere partijen. Zwakkere partijen moeten volgens hen worden beschermd omwille van verdelende of sociale rechtvaardigheid, hetgeen inhoudt dat voorkomen moet worden dat een onrechtvaardige verdeling van welvaart, rechten en kansen ontstaat doordat personen vrijuit mogen contracteren. Aan de hand van deze contracttheorieën kan de bescherming van zwakkere partijen worden gereconstrueerd, in zoverre dat idealiter daardoor een bepaald minimumniveau van verdelende en sociale rechtvaardigheid gewaarborgd wordt. Omdat deze contracttheorieën in beginsel slechts belang hechten aan een minimumniveau van verdelende en sociale rechtvaardigheid, zijn zij op zichzelf echter ongeschikt om de rechtvaardiging voor contractuele gebondenheid te reconstrueren. Het zou namelijk onlogisch zijn als contractuele gebondenheid in het teken staat van verdelende en sociale rechtvaardigheid. Hervreiding via het publiekrecht is immers efficiënter (zie eerder par. 2.4.3).

2.7.3 *Waardepluralisme*

2.7.3.1 **Inleiding**

De voorafgaande analyse pleit voor waardepluralisme. Geen van de waarden kan namelijk op zichzelf, zonder aanvulling van andere waarden, de belangrijkste kenmerken van het Nederlandse contractenrecht reconstrueren. Hoewel de waarde autonomie dit het best kan, heeft ook die aanvulling van in ieder geval de waarde efficiëntie. De vraag is daarom aan de hand van welke verschillende waarden tezamen het Nederlandse contractenrecht gereconstrueerd kan worden. Twee pluralistische theorieën, die van Dagan en Heller (par. 2.7.3.2) en die van Nieuwenhuis (par. 2.7.3.3), formuleren een antwoord op deze vraag. De pluralistische theorie van Dagan en Heller doet dat het meest overtuigend (par. 2.7.3.4).

2.7.3.2 **Waardepluralisme volgens Dagan en Heller**

Dagan en Heller betogen dat de waarden autonomie, nut en gemeenschap aan het contractenrecht ten grondslag liggen (zie eerder par. 2.3.3.2). Autonomie is volgens hen de

¹⁵⁶ C. 4.44.2. Zie verder: Westbrook 2008, p. 39-52; Hallebeek 2013, p. 59-64; Van Loo 2013, p. 31-48 en 72-93.

¹⁵⁷ Hallebeek 2013, p. 62-63. Zie verder: Abas 2003, p. 113-120. Hartlief heeft wel betoogd dat een herinvoering van de *iustum pretium*-leer wenselijk kan zijn. Zie: Hartlief 1999a, p. 239-254.

ultieme waarde van het contractenrecht. De waarden nut en gemeenschap zijn instrumenteel aan de waarde autonomie en representeren de redenen die iemand kan hebben om met een ander te contracteren. Nut refereert naar de economische efficiëntie van contracteren (zie eerder par. 2.4),¹⁵⁸ en gemeenschap refereert naar het idee dat personen een contract ook kunnen waarderen vanwege de ‘social gains that come from working together, from taking part in a successful collective enterprise’¹⁵⁹ (zie eerder par. 2.5). Volgens Dagan en Heller zijn autonomie, nut en gemeenschap niet de enige waarden die aan het contractenrecht ten grondslag liggen of kunnen liggen. Echter, zo stellen zij: ‘autonomy, utility, and community (as we render them) are different from other values: they participate in law’s vision of the ideal interpersonal relationships of the contracting parties.’¹⁶⁰

2.7.3.3 Waardepluralisme volgens Nieuwenhuis

Volgens Nieuwenhuis blijkt het doel van het contractenrecht uit de realia en idealia van het contractenrecht (zie eerder par. 2.3.3.3). De realia van het contractenrecht beschouwt Nieuwenhuis kort gezegd als de economische efficiëntie van met anderen contracteren. De idealia van het contractenrecht zijn volgens hem de waarden vrijheid, rechtszekerheid en rechtvaardigheid. Vrijheid stelt hij gelijk aan autonomie.¹⁶¹ De waarde rechtszekerheid staat volgens hem symbool voor zowel de oriënterende als de realiserende functie van het contractenrecht.¹⁶² Volgens Nieuwenhuis erkent het contractenrecht verder niet alleen de waarde verdelende rechtvaardigheid, maar ook de waarde corrigerende rechtvaardigheid. De waarde verdelende rechtvaardigheid waakt volgens hem ervoor dat, daar waar verschillen in inkomen, kennis en macht bestaan, er ‘voor grote groepen iets te contracteren valt’.¹⁶³ De waarde corrigerende rechtvaardigheid pleit volgens hem voor rechtsregels die compensatie bieden voor ongelijke onderhandelingsposities.¹⁶⁴

2.7.3.4 Twee argumenten voor het waardepluralisme van Dagan en Heller

De contracttheorie van Dagan en Heller en die van Nieuwenhuis zijn in zoverre aan elkaar gelijk dat beide (impliciet) de waarden autonomie en efficiëntie erkennen. Er zijn echter ook verschillen tussen deze twee contracttheorieën: Dagan en Heller stellen dat de waarde autonomie de bescherming van zwakkere partijen rechtvaardigt, terwijl Nieuwenhuis stelt dat de waarden corrigerende en verdelende rechtvaardigheid de bescherming van zwakkere partijen rechtvaardigen; en Dagan en Heller stellen dat er een hiërarchie bestaat tus-

158 Dagan & Heller 2017, p. 52-53.

159 Dagan & Heller 2017, p. 58.

160 Dagan & Heller 2017, p. 51.

161 Nieuwenhuis 1979, p. 53. Zie tevens: Nieuwenhuis 1999, p. 25-26.

162 Nieuwenhuis 1979, p. 61-62.

163 Nieuwenhuis 1979, p. 60.

164 Nieuwenhuis 1979, p. 60-61.

sen de waarden, terwijl Nieuwenhuis geen duidelijke hiërarchie aanbrengt. Ten aanzien van deze verschillen overtuigt de contracttheorie van Dagan en Heller het meest. Ten eerste is die in lijn met het huidige recht dat de bescherming van zwakkere partijen gerechtvaardigd wordt door de waarde autonomie, omdat de bescherming van zwakkere partijen tracht zwakheden te herstellen en compensatie te bieden. Dit sluit aan bij de waarde autonomie omdat de mogelijkheden van personen om eigen wensen na te streven zo worden vergroot. Als aan de bescherming van zwakkere partijen de waarden verdelende en corrigerende rechtvaardigheid ten grondslag hadden gelegen, zou het voor de hand hebben gelegen om het *iustum pretium*-leerstuk nog steeds algemeen te erkennen (zie eerder par. 2.7.2.4). Ten tweede is de hiërarchie van waarden die Dagan en Heller hanteren in lijn met het gegeven dat in het contractenrecht de wil van een persoon uiteindelijk bepalend is voor contractuele gebondenheid, en niet bijvoorbeeld (enkel) de efficiëntie van een contract.

2.8 CONCLUSIE

Waarom worden zwakkere partijen in het contractenrecht beschermd? Ter beantwoording van deze vraag is in dit hoofdstuk uitgezoomd. Onderzocht is welke waarden aan het Nederlandse contractenrecht ten grondslag liggen. Die waarden beschrijven de rechtvaardiging voor contractuele gebondenheid en zo ook de rechtvaardiging voor de bescherming van zwakkere partijen. Beargumenteerd is dat, in overeenstemming met de contracttheorie van Dagan en Heller, aan het Nederlandse contractenrecht de waarden autonomie, efficiëntie en gemeenschap ten grondslag liggen. De waarde autonomie bepaalt dat het contractenrecht zelfontplooiing moet faciliteren door personen in staat te stellen om eigen wensen na te streven door met anderen te contracteren. Zwakkere partijen worden beschermd, zodat ook zij daartoe in staat worden gesteld en zo zichzelf kunnen ontplooiën. De waarden efficiëntie en gemeenschap zijn instrumenteel aan de waarde autonomie. Efficiëntie staat symbool voor de economische waarde die met een ander contracteren kan hebben, en gemeenschap voor de sociale waarde die dat kan hebben.

3 DE BEGINSLEN DIE RICHTING GEVEN AAN DE BESCHERMING VAN ZWAKKERE PARTIJEN

3.1 INLEIDING

Dat zwakkere partijen worden beschermd, zodat zij eigen wensen kunnen nastreven door met anderen te contracteren (hoofdstuk 2), roept de vervolgvraag op welke zwakkere partijen, op welke wijze, tegen welke zwakheden en onder welke voorwaarden beschermd worden (deelvraag II). Het antwoord op deze vraag heeft voor dit onderzoek een dubbele functie. Ten eerste biedt het een nadere, concretere invulling van het doel van de bescherming van zwakkere partijen. Ten tweede geeft het aan hoe binnen het huidige recht verondersteld wordt dat zwakkere partijen keuzes maken, hetgeen relevant is voor de beantwoording van de derde deelvraag (hoofdstuk 5). De vraag welke zwakkere partijen, tegen welke zwakheden, op welke wijze en onder welke voorwaarden beschermd worden, wordt in twee delen beantwoord. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op drie beginselen die richting geven aan de rechtsregels die zwakkere partijen beschermen. In het volgende hoofdstuk (hoofdstuk 4) wordt ingegaan op de kenmerken van die rechtsregels. Dat eerst beginselen worden geanalyseerd, heeft als reden dat beginselen de schakel vormen tussen waarden en rechtsregels.¹⁶⁵ Inzicht in de inhoud van de beginselen die richting geven aan de rechtsregels die zwakkere partijen beschermen, maakt een beter begrip van die rechtsregels mogelijk. De drie beginselen die in dit hoofdstuk worden geanalyseerd – mede aan de hand van inzichten uit de politieke en sociale filosofie¹⁶⁶ – zijn: het beginsel van private autonomie (par. 3.2), het beginsel van contractsvrijheid (par. 3.3) en het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid (par. 3.4). Het samenspel van specifiek deze drie beginselen is grotendeels bepalend voor de wijze waarop en de voorwaarden waaronder zwakkere partijen worden beschermd.¹⁶⁷ Dit hoofdstuk sluit af met een conclusie (par. 3.5).

165 Asser/Sieburgh 6-III 2018/40. Zie tevens: Nieuwenhuis 1979, p. 41-42. Zie eerder: par. 2.2.

166 In dit hoofdstuk wordt gebruik gemaakt van inzichten uit de politieke en sociale filosofie omdat meerdere begrippen die in dit hoofdstuk geïntroduceerd worden – waaronder de begrippen autonomie en vrijheid – in de politieke en sociale filosofie verder zijn doordacht dan in het juridische discours.

167 Dit komt doordat zij een rol spelen in de spanning tussen de bescherming van zwakkere partijen en het behouden van hun contractsvrijheid. Zie verder: par. 3.4.5. Zie verder over de andere beginselen van het contractenrecht: Asser/Sieburgh 6-III 2018/41 e.v.

3.2 HET BEGINSEL VAN PRIVATE AUTONOMIE

3.2.1 *Inleiding*

In lijn met de waarde autonomie (zie eerder par. 2.3) pleit het beginsel van private autonomie ervoor dat een persoon zijn eigen rechtspositie moet kunnen bepalen, zodat hij eigen wensen kan nastreven en zo zichzelf kan ontplooien.¹⁶⁸ Ter nadere vaststelling van de inhoud van het beginsel van private autonomie wordt eerst stilgestaan bij de in dit onderzoek gehanteerde terminologie en de rol die dit beginsel binnen het privaatrecht vervult (par. 3.2.2). Vervolgens wordt aan de hand van inzichten uit de politieke en sociale filosofie ingezoomd op het begrip autonomie (par. 3.2.3) en worden enkele kenmerken van de contractrechtelijke autonomieconceptie geëxpliciteerd aan de hand van de rechtsregels omtrent de rechtshandeling (par. 3.2.4).

3.2.2 *Het beginsel van private autonomie: terminologie en functie binnen het privaatrecht*

De keuze om in dit onderzoek de term ‘private autonomie’ te gebruiken, behoeft enige uitleg. In de Nederlandse juridische literatuur wordt namelijk doorgaans de term ‘partijautonomie’ gebruikt.¹⁶⁹ In dit onderzoek wordt de, van de Duitse term ‘*Privatautonomie*’ afgeleide, term ‘private autonomie’ gebruikt,¹⁷⁰ omdat daardoor tot uitdrukking wordt gebracht dat het beginsel van private autonomie aan het gehele privaatrecht richting geeft.¹⁷¹ De term ‘partijautonomie’ suggereert ten onrechte dat het beginsel van private autonomie slechts relevant is in situaties waarin personen als contracts- of procespartijen tegenover elkaar staan.¹⁷² Dat het beginsel van private autonomie aan het gehele privaatrecht richting geeft, blijkt onder meer uit het onderscheid tussen het privaatrecht en het publiekrecht. Het privaatrecht onderscheidt zich van het publiekrecht – voor zover (nog) gesproken kan worden van een strikt onderscheid¹⁷³ – doordat in het privaatrecht het belang van het individu centraal staat, en in het publiekrecht het belang van de gemeenschap – ook wel: het

168 Asser/Sieburgh 6-III 2018/41. Zie tevens: Keirse & Mak 2022, p. 19.

169 Zie bijvoorbeeld: Asser/Sieburgh 6-III 2018/41. In de Belgische literatuur wordt doorgaans het begrip wilsautonomie gebruikt. Zie bijvoorbeeld: Stijns 2005, p. 37.

170 Zie bijvoorbeeld: Flume 1960, p. 136.

171 Vranken stelt zelfs dat het beginsel van private autonomie aan het gehele recht richting geeft. Zie: Vranken 2000, p. 147.

172 Hage 2010, p. 244.

173 Zie verder over het (fluïde) onderscheid tussen het privaatrecht en het publiekrecht: Keirse & Mak 2022, p. 27-29.

algemeen belang.¹⁷⁴ Dit verschil tussen het privaatrecht en het publiekrecht werd reeds door de Romeinse jurist Ulpianus (170-223) geconstateerd, zo blijkt uit de *Digesten* van Justinianus. Hij observeerde: ‘publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet.’¹⁷⁵ Het verschil in belangen die door het privaatrecht en publiekrecht gediend worden, zorgt ook ervoor dat de rechtsregels van deze rechtsgebieden een ander karakter hebben.¹⁷⁶ Publiekrechtelijke rechtsregels hebben in hoofdzaak een dwingend karakter. Zij bepalen wat wel mag en wat niet mag. De rechtsregels van het privaatrecht hebben daarentegen in hoofdzaak een faciliterend karakter.¹⁷⁷ Zij maken het voor een persoon mogelijk om, binnen de grenzen van de wet, zijn eigen rechtspositie te bepalen, zodat hij eigen wensen kan nastreven. Het contractenrecht doet dit door een persoon in staat te stellen om met anderen te contracteren. Verder biedt het eigendomsrecht een persoon het meest omvattende recht over een zaak, waardoor hij in beginsel zelf mag bepalen wat hij daarmee doet,¹⁷⁸ biedt het aansprakelijkheidsrecht een persoon onder meer bescherming tegen schade die zelfontplooiing verhindert,¹⁷⁹ biedt het erfrecht een persoon de mogelijkheid zelf te bepalen wat er na zijn dood met zijn vermogen gebeurt, geeft het personen- en familierecht een persoon verschillende keuzes omtrent onder meer burgerlijke staat,¹⁸⁰ en heeft het burgerlijk procesrecht als uitgangspunt dat partijen zelf de omvang van hun geschil bepalen en de wijze waarop het wordt beplecht.¹⁸¹

3.2.3 *Het begrip autonomie*

3.2.3.1 **Algemene definitie**

Voor een goed inzicht in het beginsel van private autonomie is het belangrijk nader stil te staan bij de betekenis van het begrip autonomie. Etymologisch kan het begrip autonomie worden herleid tot een samenstelling van de Oudgriekse woorden *autos*, hetgeen ‘zelf’ betekent, en *nomos*, hetgeen ‘wet’ betekent.¹⁸² Vrij vertaald betekent autonomie daarom: jezelf de wet stellen.¹⁸³ Ten tijde van de Griekse oudheid werd het begrip autonomie ge-

174 Smits 2017, p. 1-2. Zie verder over het algemeen belang: Witteveen 1997, p. 15-34.

175 Ulp. D. 1.1.1.2. ‘Publiek recht richt zich op de inrichting van de Romeinse staat, het privaatrecht op de belangen van enkelingen.’ Vertaling uit: Spruit, Feenstra & Bongenaar (red.) 1994, p. 88. Zie verder over deze stelling: Kaser 1971, p. 194-198.

176 Loth 2009, p. 13.

177 Van Boom stelt dat voor zover de rechtsregels van het privaatrecht niet faciliteren, zij geleiden. Zie: Van Boom 2020, p. 29.

178 Zie verder over het eigendomsrecht en zelfontplooiing: Van den Bergh 1988, p. 1-4.

179 Zie verder: Loth 2016, p. 44-49.

180 Zie over de tendens die hieraan ten grondslag ligt: Boele-Woelki & Jonker 2015, p. 311-331.

181 Zie verder: Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/496 e.v.

182 Dworkin 1988, p. 12-13.

183 Claassen 2011, p. 30.

bruikt om polissen – Oudgriekse stadsstaten – aan te duiden die zichzelf mochten besturen.¹⁸⁴ Hoewel deze betekenis van autonomie tegenwoordig ook nog in discussies over de soevereiniteit van staten terug te vinden is,¹⁸⁵ wordt het begrip vanaf de zeventiende en achttiende eeuw – mede onder invloed van de verlichting en de Franse Revolutie – in hoofdzaak gebruikt in relatie tot individuen.¹⁸⁶ Wat het precies over individuen stelt, verschilt per context. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen morele, politieke en persoonlijke autonomie.¹⁸⁷ Morele autonomie verwijst naar de capaciteit van een persoon om eigen morele afwegingen te maken – om met andere woorden zelf de morele ‘wet’ te bepalen die hij navolgt.¹⁸⁸ Het is hoofdzakelijk de Duitse filosoof Kant (1724-1804) geweest die deze betekenis van autonomie onder de aandacht heeft gebracht.¹⁸⁹ Politieke autonomie verwijst naar de mogelijkheden van een persoon om invloed uit te oefenen op de politieke instituties aan de macht waarvan hij is onderworpen.¹⁹⁰ Deze betekenis van autonomie is onder meer terug te vinden in de politieke filosofie van de Zwitsers-Franse filosoof Rousseau (1712-1778).¹⁹¹ Tot slot verwijst persoonlijke autonomie naar de mogelijkheid van een persoon om richting te geven aan zijn eigen leven – de mogelijkheid om met andere woorden eigen wensen, voorkeuren, doelen en idealen na te streven.¹⁹² Het is onder meer de Engelse filosoof en econoom Mill (1806-1873) geweest die deze betekenis van autonomie onder de aandacht heeft gebracht.¹⁹³ Tegenwoordig is persoonlijke autonomie de meest gebruikte betekenis van het begrip autonomie. Ook binnen het contractenrecht wordt naar deze betekenis van autonomie verwezen. Met anderen contracteren is immers een manier waarop personen eigen wensen kunnen nastreven.

3.2.3.2 Autonomie: een begrip met meerdere gezichten

Het begrip persoonlijke autonomie heeft geen eenduidige betekenis.¹⁹⁴ Het is afhankelijk van de context wanneer een persoon en zijn keuzes autonoom zijn en wat een autonome keuze een persoon brengt. Elke context kent met andere woorden zijn eigen autonomieconceptie.¹⁹⁵ Ter ontwarring van een autonomieconceptie dient onderscheid te worden

184 Dworkin 1988, p. 12-13.

185 Zie bijvoorbeeld: Geenens 2017, p. 495-524.

186 Zie verder over de historische ontwikkeling van het begrip autonomie: Lindley 1986; Schneewind 1997.

187 Anderson 2013, p. 442-458.

188 Dworkin 1988, p. 34. Zie tevens: Waldron 2005, p. 307; Anderson 2013, p. 442-443.

189 Kant (1779) 1996; Kant (1785) 1998. Zie verder over het begrip autonomie in het werk van Kant: Hill 2014, p. 215-221.

190 Anderson 2013, p. 452-456.

191 Rousseau (1762) 1999.

192 Anderson 2013, p. 447.

193 Mill (1859) 2015, p. 55-72.

194 Dworkin 1988, p. 7.

195 Volgens Anderson is het daarom van belang na te gaan welke *regimes of autonomy* er bestaan. Zie: Anderson 2014, p. 356.

gemaakt tussen autonomie als drempelconcept en autonomie als ideaalconcept.¹⁹⁶ Als drempelconcept duidt het predicaat ‘autonoom’ aan dat een persoon over de capaciteiten beschikt om autonome keuzes te kunnen maken. Of hij ook daadwerkelijk autonome keuzes maakt, is voor autonomie als drempelconcept irrelevant. Als ideaalconcept duidt het predicaat ‘autonoom’ aan dat een keuze van een persoon autonoom is. Bij autonomie als drempelconcept staat kortom de persoon centraal, terwijl bij autonomie als ideaalconcept diens keuzes centraal staan. Bij zowel autonomie als drempelconcept als autonomie als ideaalconcept kunnen twee vragen worden gesteld.¹⁹⁷ De eerste vraag is aan welke voorwaarden een persoon of een keuze moet voldoen om het predicaat ‘autonoom’ te krijgen. De tweede vraag is wat het predicaat ‘autonoom’ een persoon of een keuze oplevert.

3.2.4 *De contractrechtelijke autonomieconceptie*

3.2.4.1 **Inleiding**

Ter ontwarring van de autonomieconceptie die aan het beginsel van private autonomie ten grondslag ligt – hierna kortweg: de contractrechtelijke autonomieconceptie –, wordt ingezoomd op de rechtsregels omtrent de rechtshandeling (artikel 3:32 e.v. BW). De bevoegdheid om een rechtshandeling te verrichten is namelijk een voorwaarde om te kunnen contracteren (artikel 6:213 BW). De rechtshandeling is hierdoor bij uitstek ‘het gebied van de partijautonomie’,¹⁹⁸ aldus de Nederlandse jurist Meijers (1880-1954), en geeft ‘handen en voeten (...) aan de vrijheid van de mens om zichzelf te ontplooiën’,¹⁹⁹ aldus Nieuwenhuis. Door de contractrechtelijke autonomieconceptie wordt autonomie niet alleen beschouwd als drempelconcept (par. 3.2.4.2), maar ook als ideaalconcept (par. 3.2.4.3).

3.2.4.2 **Autonomie als drempelconcept**

Artikel 3:32 BW bepaalt dat ‘iedere natuurlijke persoon bekwaam is tot het verrichten van rechtshandelingen, voor zover de wet niet anders bepaalt’. Omdat een mens vanaf zijn geboorte door het privaatrecht erkend wordt als persoon, wordt binnen het contractenrecht ieder mens in staat geacht autonome keuzes te kunnen maken.²⁰⁰ Daarop gelden wel enkele uitzonderingen. Een persoon die de leeftijd van 18 jaar nog niet heeft bereikt, tenminste als de rechtshandeling in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijk is voor een persoon van onder die leeftijd, kan geen rechtshandelingen verrichten zonder toestemming van zijn wettelijke vertegenwoordiger (artikel 1:234 BW). Een persoon die ‘als ge-

196 Fateh-Moghadam & Gutmann 2014, p. 390. Feinberg maakt impliciet ook dit onderscheid. Zie: Feinberg 1989, p. 28.

197 Anderson 2013, p. 442. Zie tevens: Anderson 2014, p. 358-359.

198 Meijers 1958, p. 211.

199 Nieuwenhuis 2014, p. 550.

200 Asser/De Boer, Kolkman & Salomons *I-I* 2020/33.

volg van zijn lichamelijke of geestelijke toestand, dan wel gewoonte van drank- of drugs-misbruik' zijn eigen belangen niet kan behartigen, kan daarnaast ook geen rechtshandelingen verrichten (artikel 1:378 BW). Op deze uitzonderingen gelden overigens ook weer uitzonderingen. Zo bepaalt artikel 7:612 lid 1 BW dat een minderjarige die de leeftijd van 16 jaar heeft bereikt bekwaam is zelfstandig een arbeidsovereenkomst aan te gaan.

Ondanks dat de drempel om binnen het contractenrecht als autonoom persoon erkend te worden aldus niet hoog is, levert het predicaat 'autonoom' een persoon wel veel op. Ten eerste geeft het een persoon de gelegenheid om een wilsverklaring af te leggen en aldus rechtshandelingen te verrichten en zodoende met anderen te contracteren (artikel 3:32, 3:33, 6:214 en 6:217 BW). Omdat verondersteld wordt dat zijn keuzes autonoom zijn, hoeft een persoon zich in beginsel niet te verantwoorden over de contractuele keuzes die hij maakt. Als iemand bijvoorbeeld zijn auto ver onder de marktwaarde wil verkopen, simpelweg omdat hij de wederpartij sympathiek vindt, staat hem dat vrij. Een persoon die in de hoedanigheid van een zwakkere partij handelt, maakt daarnaast aanspraak op bescherming (zie verder par. 3.4).

Het predicaat 'autonoom' brengt, naast de genoemde baten, ook verantwoordelijkheden met zich. Allereerst heeft een persoon de eigen verantwoordelijkheid om zijn autonomie te realiseren. Iemand die de wens heeft om op de fiets de wereld te verkennen, is er zelf voor verantwoordelijk om een fiets te kopen, voldoende geld te sparen en overnachtingen te regelen. Het contractenrecht biedt een persoon de mogelijkheid om eigen wensen na te streven door met anderen te contracteren, maar spoort hem daartoe niet aan. Hiernaast brengt de mogelijkheid om te contracteren onder meer ook de verantwoordelijkheid met zich om de uit een contract voortvloeiende verbintenissen na te komen, of anderszins de schade die de wederpartij door niet-nakoming lijdt te vergoeden (artikel 3:296 en 6:74 BW).

3.2.4.3 Autonomie als ideaalconcept

Dat een persoon zich niet naar anderen hoeft te verantwoorden over de contractuele keuzes die hij maakt, betekent dat verondersteld wordt dat de keuzes die hij maakt autonoom zijn. De contractrechtelijke autonomieconceptie beschouwt echter niet elke contractuele keuze als daadwerkelijk autonoom. Binnen de filosofie bestaan verschillende stromingen van theorieën over de eisen waaraan een keuze moet voldoen voordat die autonoom is.²⁰¹ Hiervan zijn er twee relevant binnen de context van het contractenrecht, zo blijkt uit de rechtsregels omtrent de rechtshandeling (artikel 3:32 e.v. BW). Ten eerste zijn er filosofische theorieën die stellen dat een keuze autonoom is als die aan bepaalde inhoudelijke

201 Zie voor een overzicht van de verschillende stromingen van theorieën: Anderson 2013, p. 448-450.

voorwaarden voldoet.²⁰² Zo geldt volgens een aantal theorieën de voorwaarde dat een keuze de keuzevrijheid van een persoon op de lange termijn niet significant mag beperken, zoals de keuze om een slaaf te worden dat bijvoorbeeld wel doet – een voorbeeld dat binnen de filosofie vaak gebruikt wordt.²⁰³ Dat een dergelijke voorwaarde ook geldt bij de contractrechtelijke autonomieconceptie, blijkt uit artikel 3:40 lid 1 BW. Dit artikel bepaalt dat een rechtshandeling nietig is als die naar haar inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden. Uit de rechtspraak blijkt dat er een grote verscheidenheid aan gevallen bestaat waarin daarvan sprake is.²⁰⁴ Van den Brink heeft in zijn proefschrift deze verscheidenheid aan gevallen geordend naar hun ratio.²⁰⁵ Een rechtshandeling kan volgens hem naar inhoud of strekking in strijd met de goede zeden zijn, onder meer wanneer die ervoor zorgt dat de vrijheid van het individu, zijn menselijke waardigheid en zijn zelfbeschikkingsrecht in het gedrang komen.²⁰⁶ Daaruit kan worden afgeleid dat een contractuele keuze niet autonoom is als die de keuzevrijheid van een persoon op de lange termijn sterk beperkt.

Verder zijn er filosofische theorieën die stellen dat een keuze autonoom is als die aan bepaalde procedurele voorwaarden voldoet.²⁰⁷ Het meest bekende voorbeeld hiervan zijn de hiërarchische theorieën.²⁰⁸ Volgens deze theorieën zijn keuzes autonoom als die in overeenstemming zijn met een mentale staat waaruit een bepaalde visie op het eigen handelen blijkt.²⁰⁹ De zogeheten eerste-ordewens om een sigaret op te steken, is volgens deze theorieën bijvoorbeeld niet autonoom als iemand ook de zogeheten tweede-ordewens heeft om te stoppen met roken. Dat de verbintenisrechtelijke autonomieconceptie ook procedurele eisen stelt aan autonome keuzes, blijkt onder meer uit de wilsgebreken die in het Nederlandse recht erkend worden (artikel 3:44 en 6:228 BW).²¹⁰ Daaruit blijkt dat onderscheid kan worden gemaakt tussen een wil die vrij gevormd is en een wil die gebrekkig gevormd is – tussen met andere woorden een autonome keuze, omdat die aansluit bij eigen wensen, en een niet-autonome keuze, omdat die niet aansluit bij eigen wensen.²¹¹ Een contractuele keuze is ten eerste niet autonoom als die tot stand komt onder invloed van een gebrek aan informatie. Een keuze wordt door dit gebrek beïnvloed als een persoon een andere keuze zou hebben gemaakt als hij over alle relevante informatie had beschikt. Het

202 Anderson 2013, p. 449.

203 Kristinsson 2000, p. 257-286. Zie tevens: Mill (1859) 2015, p. 99.

204 Zie voor een overzicht: Van den Brink 2002, p. 37-103. Zie verder: Asser/Sieburgh 6-III 2018/337-344.

205 Van den Brink 2002, p. 37-103.

206 Van den Brink 2002, p. 214.

207 Anderson 2013, p. 449.

208 Twee bekende auteurs op dit terrein zijn: Frankfurt 1971, p. 5-20; Dworkin 1988.

209 Buss & Westlund 2018, par. 2.

210 Dit blijkt tevens uit de rechtsregels die zwakkere partijen beschermen. Zie: par. 4.4.

211 Schaub 2015, p. 1. Zie tevens: Asser/Sieburgh 6-III 2018/208.

bestaan van deze procedurele eis blijkt onder meer uit de wilsgebreken bedrog en dwaling (artikel 3:44 lid 3 en 6:228 BW) en kan nader geïllustreerd worden aan de hand van het *Booy/Wisman*-arrest van de Hoge Raad uit 1966.²¹² De contractuele keuze van Wisman om een mobiele kraanwagen te kopen kan worden geïnterpreteerd als niet-autonoom, omdat de kraanwagen niet op de openbare weg kon rijden. Als Wisman dat had geweten – als Booy hem daarover had geïnformeerd –, had hij een andere keuze gemaakt en was zijn contractuele keuze waarschijnlijk niet beïnvloed door een gebrek aan informatie. Verder blijkt uit het wilsgebrek bedreiging (artikel 3:44 lid 2 BW) dat een contractuele keuze niet autonoom is als die beïnvloed wordt door een gebrek aan weerstand (artikel 3:44 lid 2 BW), en blijkt uit het wilsgebrek misbruik van omstandigheden (artikel 3:44 lid 4 BW) dat een contractuele keuze niet autonoom is als die beïnvloed wordt door een gebrek aan onderhandelingspositie (zie verder par. 4.4).

3.3 HET BEGINSEL VAN CONTRACTSVRIJHEID

3.3.1 *Inleiding*

Om autonome contractuele keuzes te kunnen maken is een bepaalde mate van contractsvrijheid vereist. Het beginsel van contractsvrijheid pleit daarom niet alleen ervoor dat iemand zelf mag bepalen of hij contracteert, maar ook – als hij besluit om te contracteren – met wie hij contracteert, waarover hij contracteert en in welke vorm hij dat doet.²¹³ De vrijheid om zelf de inhoud van een contract te bepalen wordt de materiële contractsvrijheid genoemd.²¹⁴ De vrijheid om zelf te bepalen in welke vorm een contract wordt aangegaan (artikel 3:37 lid 1 BW) – of positief geformuleerd: dat een contract door enkel wils-overeenstemming tot stand kan komen –, wordt de formele contractsvrijheid genoemd.²¹⁵ Over de verhouding tussen het beginsel van contractsvrijheid en het beginsel van private autonomie bestaat discussie. Nieuwenhuis en Vranken menen dat deze beginselen in elkaars verlengde liggen,²¹⁶ terwijl onder meer Hage stelt dat het beginsel van contractsvrijheid de verschijningsvorm is van het beginsel van private autonomie binnen het contractenrecht.²¹⁷ In deze paragraaf wordt het begrip ‘vrijheid’ nader geduid aan de hand van de twee betekenissen die dit begrip binnen de politieke en sociale filosofie heeft (par 3.3.2), waarna beargumenteerd wordt dat het beginsel van contractsvrijheid in het verlengde ligt

212 HR 21 januari 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4621, NJ 1966/183, m.nt. Scholten (*Booy/Wisman*).

213 Asser/Sieburgh 6-III 2018/45 e.v. Zie tevens: Feenstra & Ahsmann 1988, p. 5-7; Nieuwenhuis 1999, p. 24.

214 Feenstra & Ahsmann 1988, p. 5.

215 Feenstra & Ahsmann 1988, p. 5.

216 Nieuwenhuis 1979, p. 6; Vranken 2000, p. 147.

217 Hage 2010, p. 245.

van het beginsel van private autonomie en het beginsel van contractsvrijheid in die zin daaraan dienend is (par. 3.3.3).

3.3.2 *Het begrip 'vrijheid'*

3.3.2.1 **Inleiding**

Een veelgemaakt onderscheid in de politieke en sociale filosofie is dat tussen negatieve vrijheid en positieve vrijheid. Dit begrippenpaar werd door de Engelse filosoof Berlin (1909-1997) in 1958 geïntroduceerd in zijn oratie getiteld *Two Concepts of Liberty*²¹⁸ om een onderscheid te maken tussen twee concepties van vrijheid die zich in de geschiedenis parallel aan elkaar hebben ontwikkeld.²¹⁹

3.3.2.2 **Negatieve vrijheid**

Negatieve vrijheid is de ruimte om te doen en laten wat men wil. Hoe groter deze ruimte is, des te groter is de negatieve vrijheid.²²⁰ De negatieve conceptie van vrijheid werd voor het eerst door de Engelse filosoof Hobbes (1588-1679) bepleit toen hij tegen de achtergrond van de religieuze burgeroorlogen die in Engeland in de zeventiende eeuw woedden, stelde dat 'a freeman is he that (...) is not hindered to do what he has a will to.'²²¹ Volgens Berlin beperken interne belemmeringen, zoals bijvoorbeeld angst of gebrek aan zelfvertrouwen, geen negatieve vrijheid.²²² Evenmin wordt een persoon volgens Berlin in zijn negatieve vrijheid beperkt door niet-menselijk handelen.²²³

3.3.2.3 **Positieve vrijheid**

Onder meer de filosofen Rousseau (1712-1778),²²⁴ Hegel (1770-1831)²²⁵ en Marx (1818-1883)²²⁶ verdedigen volgens Berlin een positieve conceptie van vrijheid, omdat zij vrijheid beschouwen als controle over de keuzes die iemand maakt.²²⁷ Tegenwoordig wordt positieve vrijheid in hoofdzaak beschouwd als het maken van autonome keuzes.²²⁸ Door verschillende auteurs wordt de positieve vrijheidsconceptie verkozen boven de negatieve

218 Berlin (1958) 2002, p. 166-217.

219 Er is ook kritiek op dit onderscheid. Zie bijvoorbeeld: MacCallum 1967, p. 312-334.

220 Berlin (1958) 2002, p. 169. Zie tevens: Honneth 2014, p. 27.

221 Hobbes (1651) 1998, p. 169. Zie voor een historische beschouwing van de negatieve conceptie van vrijheid bij Hobbes: Skinner 2012, p. 4-11.

222 Berlin (1958) 2002, p. 169.

223 Berlin (1958) 2002, p. 169.

224 Rousseau (1762) 1999.

225 Hegel (1820) 2011.

226 Marx (1885) 2013.

227 Berlin (1958) 2002, p. 169.

228 Taylor 1985, p. 211-229.

vrijheidsconceptie omdat de vrijheid om te doen en laten wat men wil niet garandeert dat men ook daadwerkelijk kan doen wat men wil.²²⁹ Positieve vrijheid kent zowel een reflexief als een sociaal aspect.²³⁰ Het reflexieve aspect van positieve vrijheid is gelijk aan autonomie als drempelconcept (zie eerder par. 3.2.3.2). Om keuzes te kunnen maken die aansluiten bij eigen wensen is allereerst vereist dat een persoon over de capaciteit beschikt om zelf te kunnen bepalen wat zijn wensen zijn. Het sociale aspect van positieve vrijheid verwijst naar het gegeven dat, om keuzes te kunnen maken die aansluiten bij eigen wensen, het ook vereist is dat de externe werkelijkheid van een persoon – diens (sociale) omgeving – het niet alleen toestaat om dat te doen, maar dat ook faciliteert. Het is met name dit laatste onderdeel van het sociale aspect van positieve vrijheid dat tot veel discussie leidt.²³¹ Want wanneer helpt bijvoorbeeld een overheid een persoon voldoende met het realiseren van zijn eigen wensen? Is het genoeg als zij enkel faciliteert dat een persoon eigen wensen kan nastreven – en wat houdt dat dan in? –, of moet zij daarvoor ook diens keuzes sturen? Dit laatste wordt door Berlin bezwaarlijk geacht, omdat het volgens hem kan leiden tot een beperking van de negatieve vrijheid van andersdenkenden.²³²

3.3.3 *De verhouding tussen het beginsel van private autonomie en het beginsel van contractsvrijheid*

In de literatuur bestaat discussie over de verhouding tussen het beginsel van private autonomie en het beginsel van contractsvrijheid. Volgens Nieuwenhuis is ‘het verband tussen de contractsvrijheid en het autonomie-beginsel (...) gelegen in de omstandigheid dat het autonomie-beginsel het beginsel van contractsvrijheid vóóronderstelt’.²³³ Vranken verzet zich tegen deze opvatting. Hij beschouwt het beginsel van private autonomie als fundamenteeler dan het beginsel van contractsvrijheid. Hij stelt: ‘[Z]onder erkenning van de mogelijkheid tot vrije wilsbepaling heeft contractsvrijheid geen basis.’²³⁴ Voorts beschouwt Hage het beginsel van contractsvrijheid als ‘de verschijningsvorm die private autonomie aanneemt bij overeenkomsten’.²³⁵ In lijn met deze opvatting meent Van Boom dat de contractsvrijheid als species van private autonomie kan worden gezien.²³⁶

229 Zie bijvoorbeeld: Taylor 1985, p. 211-229; Raz 1986; Honneth 2014. Zie eerder: par. 2.3.3.

230 Honneth 2014, p. 29-62. Zie tevens: Van Hees 2014, p. 30.

231 Zie bijvoorbeeld: Nelson 2005, p. 58-78.

232 Berlin (1958) 2002, p. 178-179.

233 Nieuwenhuis 1979, p. 6.

234 Vranken 2000, p. 147.

235 Hage 2010, p. 245.

236 Van Boom 2020, p. 46.

Hoewel Vranken stelt dat zijn opvatting onverenigbaar is met de opvatting van Nieuwenhuis, zijn beide opvattingen tegelijkertijd juist. Iemand kan alleen zijn autonomie realiseren als hij een bepaalde mate van contractsvrijheid heeft, hetgeen in lijn is met de opvatting van Nieuwenhuis.²³⁷ De reden hiervoor is tweeledig. Ten eerste wil niet iedereen altijd hetzelfde. Iedereen realiseert zijn autonomie op zijn eigen manier. Alleen in de hypothetische situatie waarin iedereen altijd hetzelfde wil, is contractsvrijheid niet vereist om autonomie te kunnen realiseren. Het zou dan voldoende zijn als alleen hetgeen iedereen wil wordt toegestaan. Ten tweede is contractsvrijheid vereist voor het kunnen realiseren van autonomie omdat – althans in een ideale situatie – door marktwerking optimale contracten tot stand komen, contracten die de eigen wensen van een persoon zo efficiënt mogelijk realiseren (zie eerder par. 2.4).²³⁸ Voor marktwerking is een bepaalde mate van contractsvrijheid vereist. Contractsvrijheid creëert voor een persoon namelijk de ruimte om verschillende potentiële wederpartijen te vergelijken en te kiezen voor de wederpartij waarvan het aanbod zo goed mogelijk aansluit bij zijn eigen wensen. Als de wederpartij dezelfde vrijheid heeft, komen de meest optimale contracten tot stand. Of zoals Nieuwenhuis het samenvat: ‘[D]e harde kern van het contractenrecht is de kunst van twee partijen om beiden winst te maken. (...) Onderhandelen is een gezamenlijke speurtocht naar een win-winsituatie.’²³⁹

De vrijheid om zelf te bepalen welke contractuele keuzes men maakt, kan een persoon echter enkel voor eigen gewin aanwenden als hij ook de mogelijkheid heeft om met anderen te contracteren. In die zin is het beginsel van private autonomie fundamenteleler dan het beginsel van contractsvrijheid, hetgeen in lijn is met de opvatting van Vranken.²⁴⁰ Ter nadere onderbouwing van deze stelling dient erop te worden gewezen dat het beginsel van contractsvrijheid uitgaat van een negatieve vrijheidsconceptie. Het pleit ervoor dat personen zelf kunnen bepalen of zij contracteren, met wie zij dat doen, waarover zij dat doen en in welke vorm zij dat doen. Voor de uiteindelijke contractuele keuzes die een persoon maakt, heeft dit beginsel geen oog. Het beginsel van private autonomie heeft dat wel, omdat het uitgaat van een positieve conceptie van vrijheid. Het beginsel van private autonomie beschouwt een keuze als autonoom als die in lijn is met eigen wensen, hetgeen aansluit bij het reflexieve aspect van positieve vrijheid. Bovendien pleit dit beginsel ervoor dat personen de mogelijkheid moeten hebben om door met anderen te contracteren eigen wensen na te streven, hetgeen aansluit bij het sociale aspect van positieve vrijheid.

237 Nieuwenhuis 1979, p. 6.

238 Zie verder over het ideaalbeeld van marktwerking: Van Boom 2020, p. 15.

239 Nieuwenhuis 2009, p. 2255.

240 Vranken 2000, p. 147.

3.4 HET BEGINSSEL VAN MAATSCHAPPELIJKE RECHTVAARDIGHEID

3.4.1 *Inleiding*

In zijn artikel getiteld ‘De zwakke partij in het contractenrecht: over de verandering van paradigma van het privaatrecht’ stelt Hondius dat het contractenrecht niet langer één meester dient, maar tegenwoordig twee: ‘de contractvrijheid en de bescherming van de zwakke partij’.²⁴¹ Gedurende de negentiende eeuw werd een onbegrensde contractsvrijheid als het ideaal beschouwd, omdat – althans dat was het idee – daardoor de optimale contracten tot stand komen.²⁴² Vanaf het einde van de negentiende eeuw werd echter duidelijk dat het streven naar een onbeperkte contractsvrijheid ertoe had geleid dat zwakkere partijen, zoals de werknemer, huurder en consument, niet altijd daadwerkelijk de gelegenheid hadden om door met anderen te contracteren eigen wensen na te streven.²⁴³ Dat besef heeft ervoor gezorgd dat zwakkere partijen vanaf het begin van de twintigste eeuw steeds vaker en meer beschermd worden en het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid ook steeds belangrijker is geworden. In deze paragraaf wordt de inhoud van dit beginsel nader geduid door eerst bij een terminologische kwestie stil te staan (par. 3.4.2) en daarna in te gaan op de noodzaak tot bescherming van zwakkere partijen (par. 3.4.3). Vervolgens wordt ingezoomd op de betekenis van de begrippen perfectionisme en paternalisme (par. 3.4.4) en wordt mede aan de hand daarvan de verhouding geduid tussen het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid, het beginsel van contractsvrijheid en het beginsel van private autonomie (par. 3.4.5).

3.4.2 *Terminologie*

De opkomst van de bescherming van zwakkere partijen werd in de juridische literatuur in eerste instantie aangeduid als ‘collectivering van het privaatrecht’,²⁴⁴ ‘vermaatschappelijking van het privaatrecht’²⁴⁵ en ‘socialisering van het privaatrecht’.²⁴⁶ Tegenwoordig wordt meestal simpelweg verwezen naar de ‘opkomst van de bescherming van de zwakkere par-

241 Hondius 1999, p. 393.

242 Van Boom 2020, p. 48. De contractsvrijheid is overigens nooit onbeperkt geweest. Zie: Jansen 2003, p. 142-143. Zie verder over de verschillende redenen om contractsvrijheid te beperken: Van Oven 1995, p. 89-109; Loth 2009, p. 54-62; Asser/Sieburgh 6-III 2018/45 e.v.

243 Jansen 2003, p. 143-144.

244 Zie bijvoorbeeld: Weststrate 1932, p. 341-361.

245 Zie bijvoorbeeld: Valkhoff 1949, p. 11-16.

246 Zie bijvoorbeeld: Van Oven 1995, p. 89.

tij.²⁴⁷ Soms wordt hiernaast verwezen naar de ‘materialisering van de contractsvrijheid.’²⁴⁸ Het beginsel dat pleit voor de bescherming van zwakkere partijen wordt door Hondius aangeduid als het ‘beginsel van de bescherming van de zwakke partij.’²⁴⁹ Sieburgh verwijst echter naar het ‘beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid.’²⁵⁰ Omdat deze aanduiding in het juridische discours vaker wordt gebruikt, wordt die ook in dit onderzoek gehanteerd.²⁵¹

3.4.3 De noodzaak tot bescherming

3.4.3.1 Inleiding

Zwakkere partijen worden beschermd, zodat ook zij eigen wensen kunnen nastreven door met anderen te contracteren en zo zichzelf kunnen ontplooien (zie eerder par. 2.8). Maar waarom hebben zwakkere partijen daarvoor bescherming nodig? Het antwoord op deze vraag volgt uit de formele gelijkheid van contractspartijen die door het contractenrecht gecreëerd wordt (par. 3.4.3.2), in combinatie met verschillende maatschappelijke ontwikkelingen die zich vanaf het begin van de twintigste eeuw hebben voltrokken (par. 3.4.3.3). Ondanks dat er inmiddels geen discussie meer bestaat over de vraag of zwakkere partijen moeten worden beschermd, bestaat er wel discussie over de vraag wanneer en op welke wijze zij moeten worden beschermd (par. 3.4.3.4).

3.4.3.2 Van status naar contract

Historisch gezien is een van de grootste successen van het contractenrecht dat het aan het einde van de achttiende eeuw, in de woorden van de Engelse jurist Maine (1822-1888), een ‘movement from Status to Contract’²⁵² heeft bewerkstelligd.²⁵³ Keirse en Mak stellen dat daardoor ‘de rechtspositie (...) niet langer [werd; TB] bepaald door iemands toebedeelde status en positie in vaste hiërarchische verbanden, maar door de rechtsbetrekkingen die het individu uit vrije wil is aangegaan.’²⁵⁴ De beweging van status naar contract is mede geoperationaliseerd door het persoonsbegrip. Het contractenrecht kent als hoofdregel dat elke mens vanaf zijn geboorte als persoon erkend wordt en, behoudens enkele uitzonderingen (zie eerder par. 3.2.4.2), bekwaam is om rechtshandelingen te verrichten (arti-

247 Zie bijvoorbeeld: Loth 2009, p. 54-57.

248 Zie bijvoorbeeld: Swaenepoel 2011, p. 27 en 30. Zie voor variaties op deze terminologie: Nieuwenhuis 1999, p. 30; Grundmann 2005, p. 195; Sieburgh 2009, p. 172-182.

249 Hondius 1999, p. 387.

250 Asser/Sieburgh 6-III 2018/42.

251 Zie bijvoorbeeld: Schelhaas 2017, p. 14; Pavillon 2021, p. 17.

252 Maine 2012, p. 170.

253 Maine constateert dit binnen de context van de *common law*-traditie. In het Nederlandse contractenrecht heeft zich dezelfde ontwikkeling voltrokken. Zie: Gras 1996, p. 123. Zie tevens: Tjittes 1991, p. 63-68.

254 Keirse & Mak 2022, p. 30.

kel 3:32 BW). Het begrip ‘persoon’ is afgeleid van de Latijnse term *persona*, hetgeen masker betekent.²⁵⁵ Onder meer bij Oudgriekse theatervoorstellingen werd deze term gebruikt ter aanduiding van de maskers die de acteurs droegen.²⁵⁶ Deze term is vervolgens in het Romeinse recht geïntroduceerd, waar het opvallend genoeg dezelfde twee functies heeft behouden als in het Oudgriekse theater.²⁵⁷ Ten eerste duiden in het Oudgriekse theater de maskers aan wie de acteurs waren en wie niet. In het recht duidt het persoonsbegrip op soortgelijke wijze aan welke entiteiten kunnen contracteren. Mensen, bedrijven en organisaties kunnen contracteren als zij als (rechts)persoon kwalificeren. Dieren en zaken kunnen dat bijvoorbeeld niet, omdat zij niet als (rechts)persoon kwalificeren. Ten tweede hadden de maskers in het Oudgriekse theater als functie de persoonlijke kenmerken van de acteurs te verbergen. Door de opening die de maskers bij de mond hadden, konden de acteurs echter nog wel spreken en zich zo kenbaar maken. Het persoonsbegrip verbergt in het recht ook de kenmerken van de entiteit die zich daarachter schuilhoudt. Ongeacht maatschappelijke status geeft het contractenrecht elke persoon aanspraak op dezelfde middelen om, door met anderen te contracteren, eigen wensen na te streven en zich zo ook kenbaar te maken.

3.4.3.3 Terug van contract naar status

Hoewel de formele gelijkheid die het persoonsbegrip creëert de ‘movement from Status to Contract’²⁵⁸ mogelijk heeft gemaakt, heeft het ook een belangrijk nadeel. In werkelijkheid verschillen personen in meerdere opzichten van elkaar. Met name natuurlijke personen hebben in vergelijking met rechtspersonen vaak (veel) minder kennis, financiële middelen en sociaaleconomische macht. Er bestaan hierdoor grote feitelijke ongelijkheden tussen onder meer werkgevers en werknemers, verhuurders en huurders, en handelaren en consumenten. Die feitelijke ongelijkheden kunnen ervoor zorgen dat zwakkere partijen geen eigen wensen kunnen nastreven door met anderen te contracteren. Toch gaat het persoonsbegrip uit van de fictie dat (rechts)personen aan elkaar gelijk zijn (vergelijk artikel 2:5 BW). Daarom is het contractenrecht – voordat zwakkere partijen werden beschermd – zogezegd blind geweest voor ongelijkheden.

Ter herstel van en ter compensatie voor feitelijke ongelijkheden die tussen zwakkere en sterkere partijen bestaan, worden zwakkere partijen sinds het begin van de twintigste eeuw steeds vaker beschermd.²⁵⁹ Het doel daarvan is ook zwakkere partijen in staat te stellen om, door met anderen te contracteren, eigen wensen na te kunnen streven en zo

255 Duff 1971, p. 3.

256 Brouwer 2018, p. 281-284. Zie verder: Brouwer 2021, p. 73-82.

257 Duff 1971, p. 3. Zie ook: Kaser 1971, p. 271; Brouwer 2018, p. 285-286.

258 Maine 2012, p. 170.

259 Hartlief 1999b, p. 12 en 34. Zie verder: par. 4.6.

zichzelf te kunnen ontplooiën (zie eerder par. 2.8). De bescherming van zwakkere partijen duidt een beweging terug van contract naar status aan, in die zin dat daardoor juist wel weer rekening wordt gehouden met de entiteit achter het persoonsbegrip.²⁶⁰ Status dient hierbij echter niet – meer – te worden begrepen als maatschappelijke status, maar als hoedanigheid. Wanneer een persoon in de hoedanigheid van een zwakkere partij handelt, wordt hij beschermd. Verschillende maatschappelijke ontwikkelingen die zich vanaf het einde van de negentiende eeuw hebben voltrokken, zijn de aanleiding geweest om bepaalde hoedanigheden te beschermen. Zo zorgde het toenemende fabriekswerk ervoor dat vanaf 1909 de werknemer beschermd werd (zie verder par. 4.6.2), werd vanwege krapte op de woningmarkt vanaf 1917 de huurder van woonruimte beschermd (zie verder 4.6.3), en werd onder druk van het consumentisme vanaf 1975 ook de consument steeds vaker beschermd (zie verder par. 4.6.4).

3.4.3.4 Kritiek op de bescherming van zwakkere partijen

Dat zwakkere partijen moeten worden beschermd, staat in de juridische literatuur inmiddels niet meer ter discussie. Wel bestaat er discussie over wanneer en op welke wijze zij moeten worden beschermd. Uit de rechtsregels die zwakkere partijen beschermen (zie hoofdstuk 4), blijkt welke keuzes daarin gemaakt zijn. Om die keuzes te kunnen begrijpen is het van belang stil te staan bij een aantal kritiepunten op de bescherming van zwakkere partijen. De wijze waarop zwakkere partijen worden beschermd, wordt allereerst in hoofdzaak om twee redenen bekritiseerd. Ten eerste wordt het als problematisch gezien dat beschermingstechnieken die de contractsvrijheid van een sterkere partij beperken (zie verder par. 4.5.3) ook de autonomie van een zwakkere partij kunnen beperken, in plaats van (alleen) versterken (zie verder par. 4.7.2).²⁶¹ Ten tweede noopt de economische rationaliteitsconceptie die aan verschillende beschermingstechnieken ten grondslag ligt tot alertheid. Aangezien mensen, en dus ook zwakkere partijen, in werkelijkheid lang niet altijd economisch rationeel handelen, wordt door die beschermingstechnieken soms niet de gewenste bescherming geboden (zie verder par. 5.3.4). De informatieplicht is hiervan een bekend voorbeeld.²⁶²

Meer in het algemeen wordt de bescherming van zwakkere partijen verder bekritiseerd omdat die de eigen verantwoordelijkheid van zwakkere partijen beperkt en vaak categorisch is.²⁶³ Dat door bescherming de eigen verantwoordelijkheid van zwakkere partijen

260 Zie tevens: Tjittes 1991, p. 62; Loth 2009, p. 63-64; Keirse & Mak 2022, p. 30.

261 Nieuwenhuis 2009, p. 2256.

262 Loewenstein, Sunstein & Golman 2014, p. 391-419. Zie over gestandaardiseerde informatiedocumenten: De Jager 2018.

263 Zie over eigen verantwoordelijkheid: Hartlief 2003, p. 937. Zie over categorische bescherming: Jansen 2012, p. 523.

wordt beperkt, wordt onder meer bezwaarlijk geacht omdat het efficiënte marktwerking kan verhinderen.²⁶⁴ Voor efficiënte marktwerking is vereist dat personen de eigen verantwoordelijkheid hebben om hun eigen wensen na te streven, mede omdat zij zelf doorgaans het best weten wat zij willen en wat goed voor hen is (zie verder par. 4.7.3.3). Dat in beginsel elke persoon die in de hoedanigheid van een zwakkere partij handelt, wordt beschermd en de bescherming van de zwakkere partij in die zin categorisch is (zie verder par. 4.4.1), wordt voorts bekritiseerd omdat het enerzijds kan leiden tot opportunisme en misbruik van bescherming en anderzijds tot te weinig bescherming voor bepaalde zwakkere partijen.²⁶⁵ Van opportunisme en misbruik van bescherming is bijvoorbeeld sprake als een particuliere belegger bewust een financieel risico neemt, wetende dat een eventueel verlies waarschijnlijk gecompenseerd wordt, en als een consument gebruik maakt van een bedenktijd nadat hij online bestelde verkleedkleding eenmalig op een themafeest heeft gedragen. Van te weinig bescherming kan onder meer sprake zijn als het beschermingsniveau wordt afgestemd op een maatmens, een fictief persoon van wie verondersteld wordt dat zijn handelen representatief is voor dat van anderen (zie verder par. 4.6.4.3). Voor bijvoorbeeld laaggeletterden kan bescherming afgestemd op een dergelijke maatmens onvoldoende zijn.²⁶⁶

3.4.4 *De begrippen perfectionisme en paternalisme*

3.4.4.1 **Inleiding**

Een tweetal begrippen uit de politieke en sociale filosofie bieden tevens nadere context bij de bescherming van zwakkere partijen. Deze twee begrippen zijn: perfectionisme (par. 3.4.4.2) en paternalisme (par. 3.4.4.3).

3.4.4.2 **Perfectionisme**

Het begrip perfectionisme verwijst naar de opvatting dat ‘de staat haar burgers een specifieke opvatting over wat een goed leven is mag voorschrijven.’²⁶⁷ Perfectionisme staat op gespannen voet met het liberalisme, omdat volgens het liberalisme een overheid neutraal dient te staan ten opzichte van de wijze waarop haar burgers hun leven leiden. De reden hiervoor is dat er niet één objectief vast te stellen goede manier van leven is. Er zijn verschillende even waardevolle manieren waarop een persoon zijn leven kan inrichten.²⁶⁸ Wat voor de een een keuze is die aansluit bij zijn wensen, kan voor de ander een keuze zijn

²⁶⁴ Jansen 2012, p. 90-91. Zie impliciet tevens: Nieuwenhuis 2009, p. 2255.

²⁶⁵ Hartlief 2004, p. 109.

²⁶⁶ Pavillon 2021, p. 24.

²⁶⁷ Bood 2012, p. 105. Zie verder over de definitie van perfectionisme: Wall 2019.

²⁶⁸ Bood 2012, p. 116-118.

die dat niet doet. Volgens het liberalisme moet daarom ervan worden uitgegaan dat elke persoon zelf het best weet wat goed voor hem is. Zo stelt Mill: '[H]is own mode of laying out his existence is the best, not because it is the best in itself, but because it is his own mode.'²⁶⁹ Zowel aan het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid als aan het beginsel van private autonomie ligt een combinatie van perfectionisme en liberalisme ten grondslag, ook wel liberaal perfectionisme genoemd. Liberaal perfectionisme komt neer op de opvatting dat een autonoom leven het meest waardevolle leven is, hetgeen een perfectionistische opvatting is, maar dat tegelijkertijd elke persoon anders is en daarom zijn autonomie op zijn eigen manier realiseert, hetgeen een liberalistische opvatting is.²⁷⁰ Ook het beginsel van private autonomie en het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid beschouwen een autonoom leven als het meest waardevolle leven, maar erkennen tegelijkertijd dat personen verschillende eigen wensen kunnen hebben. Desalniettemin kan bij de daadwerkelijke bescherming van zwakkere partijen soms sprake zijn van meer perfectionisme dan liberalisme. Als ter bescherming van een zwakkere partij haar contractsvrijheid wordt beperkt, ligt daaraan vaak impliciet een opvatting ten grondslag over wat een goed leven is. Denk bijvoorbeeld aan een financiële instelling die moet weigeren optie-transacties uit te voeren als haar cliënt niet aan de marginverplichting voldoet, hetgeen de verplichting is om over voldoende middelen te beschikken om aan de actuele verplichtingen te kunnen voldoen (artikel 85 BGfo).²⁷¹ Impliciet ligt aan een dergelijke weigeringsplicht de opvatting ten grondslag dat het verkeerd is om grote financiële risico's te nemen.

3.4.4.3 Paternalisme

Nauw verwant aan perfectionisme is paternalisme. Paternalisme is keuzebeïnvloeding anders dan door rationele overtuiging, met als doel de persoon wiens keuze beïnvloed wordt beter af te laten zijn.²⁷² Wordt de keuze van een persoon beïnvloed met als enige doel om schade aan anderen te voorkomen, dan is er geen sprake van paternalisme. Wel kan één maatregel zowel paternalistisch zijn als schade aan anderen voorkomen. De Amerikaanse filosoof en jurist Feinberg (1926-2004) stelt dat er dan sprake is van gemengd paternalisme.²⁷³ Het begrippenpaar hard en zacht paternalisme wordt verder gebruikt om onder-

269 Mill (1859) 2015, p. 66.

270 McCabe 2001, p. 493. Raz wordt beschouwd als een voorvechter van liberaal perfectionisme. Zie: Raz 1986. Zie eerder: par. 2.3.3.1.

271 HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, r.o. 3.6.4, *NJ* 2005/103, m.nt. Du Perron (*Van Zuylen/Rabobank*).

272 Scoccia 2020, p. 1. Zie voor een uitvoerige bespreking van de verschillende definities van paternalisme: Dworkin 2013, p. 25-38. Zie verder over de verhouding tussen paternalisme enerzijds en keuzevrijheid en autonomie anderzijds: Le Grand & New 2015, p. 18-25.

273 Feinberg 1989, p. 8.

scheid te maken tussen de middelen die voor paternalisme worden toegepast.²⁷⁴ Van hard paternalisme is sprake als een keuze door een beperking van de keuzevrijheid beïnvloed wordt. Van zacht paternalisme is sprake als een keuze beïnvloed wordt door een beïnvloedingstechniek die keuzevrijheid niet beperkt, maar ook niet kwalificeert als rationele overtuiging. Ten aanzien van het doel van paternalisme wordt voorts onderscheid gemaakt tussen paternalisme dat is gericht op doelen en paternalisme dat is gericht op middelen.²⁷⁵ Paternalisme dat is gericht op doelen beïnvloedt de wensen die een persoon nastreeft – dat schrijft die als het ware voor. Stel, een belegger vindt het nemen van financiële risico's belangrijker dan financiële zekerheid, maar er geldt een verbod om bepaalde financiële risico's te nemen. Er is dan sprake van paternalisme dat is gericht op doelen. Paternalisme dat zich richt op middelen beïnvloedt de keuzes die een persoon maakt om zijn eigen wensen na te streven, maar niet de wensen die hij nastreeft. Stel, een belegger verkiest financiële zekerheid boven het nemen van risico's, maar staat toch op het punt een financieel risico te nemen. Er is dan sprake van paternalisme dat is gericht op middelen als het hem onmogelijk wordt gemaakt het financiële risico te nemen. Tot slot kan van indirect paternalisme sprake zijn als iemand wordt verplicht om de keuze van een ander te beïnvloeden, hetgeen doorgaans het geval is bij de bescherming van zwakkere partijen.²⁷⁶

Tegen paternalisme worden twee soorten kritiek geuit: consequentialistische kritiek en morele kritiek.²⁷⁷ De consequentialistische kritiek op paternalisme stelt dat de voordelen van paternalisme niet opwegen tegen de nadelen ervan. Zo wordt beargumenteerd dat paternalisme minder voor- dan nadelen heeft omdat iemand doorgaans zelf het best weet wat goed voor hem is en omdat het iemand de kans ontnemt om van zijn fouten te leren, hetgeen op de lange termijn vaak beter is.²⁷⁸ De morele kritiek op paternalisme is niet gebaseerd op een afweging van de voor- en nadelen van paternalisme, maar op het idee dat door paternalisme iemand onjuist bejegend wordt.²⁷⁹ Door paternalisme wordt volgens sommigen geen respect getoond voor de autonomie en menselijke waardigheid van een

274 Sunstein 2016, p. 55-59. Feinberg gebruikt de termen zacht en hard paternalisme anders, namelijk om onderscheid te maken tussen paternalisme bij een vrijwillige keuze en paternalisme bij een (mogelijk) onvrijwillige keuze. Zie: Feinberg 1989, p. 12-16. Zie verder over de twee verschillende interpretaties van hard en zacht paternalisme: Engelen 2018, p. 479-480.

275 Le Grand & New 2015, p. 35-37. Zie tevens: Sunstein 2016, p. 54-56.

276 Dworkin 2020, par. 2.4.

277 Scoccia 2020, p. 3-9.

278 Zie bijvoorbeeld: Mill (1859) 2015, p. 66-67. Zie verder over de consequentialistische bezwaren tegen paternalisme: Scoccia 2020, p. 3-4.

279 Scoccia 2013, p. 74.

persoon, omdat die geacht wordt niet in staat te zijn om zelf autonome keuzes te kunnen maken.²⁸⁰

3.4.5 *De verhouding tussen het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid, het beginsel van contractsvrijheid en het beginsel van private autonomie*

Het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid verhoudt zich op dezelfde manier tot het beginsel van private autonomie als het beginsel van contractsvrijheid (zie eerder par. 3.3.3). Ook het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid staat in dienst van het beginsel van private autonomie, in die zin dat de bescherming van zwakkere partijen er is, zodat ook zwakkere partijen eigen wensen kunnen nastreven door met anderen te contracteren. Op zichzelf pleit het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid niet voor een beperking van de contractsvrijheid, paternalisme of perfectionisme. Het pleit enkel ervoor dat ook zwakkere partijen eigen wensen moeten kunnen nastreven door met anderen te contracteren. Op het niveau van de beginselen bestaat daarom geen spanning tussen het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid en het beginsel van contractsvrijheid. Op het niveau van de rechtsregels kan tussen die beginselen echter wel een spanning bestaan. Om zwakkere partijen voldoende te beschermen kan hun contractsvrijheid moeten worden beperkt, hetgeen tot paternalisme en perfectionisme kan leiden en op gespannen voet kan staan met het beginsel van contractsvrijheid.²⁸¹ Hoe in het contractenrecht met deze spanning wordt omgegaan, blijkt uit de rechtsregels die zwakkere partijen beschermen (zie verder par. 4.7.2).

3.5 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is de achtergrond geschetst waartegen de rechtsregels die zwakkere partijen beschermen, kunnen worden begrepen door in te gaan op drie beginselen waarvan het samenspel in hoofdzaak bepaalt op welke wijze en onder welke voorwaarden zwakkere partijen worden beschermd. Het beginsel van private autonomie pleit ervoor dat een persoon de gelegenheid moet hebben om zijn eigen rechtspositie te bepalen, zodat hij eigen wensen kan nastreven. Binnen de context van het contractenrecht pleit dit beginsel ervoor dat personen met anderen moeten kunnen contracteren. De contractuele keuzes die een persoon maakt, worden door het beginsel van private autonomie beschouwd als

²⁸⁰ Scoccia 2013, p. 76.

²⁸¹ Hartlief meent dat er dan sprake is van een paradox, die hij als volgt beschrijft: 'beperking van de contractsvrijheid ter bevordering van de vrijheid'. Zie: Hartlief 1999b, p. 14.

autonom als die niet beïnvloed worden door een gebrek en op de lange termijn keuzevrijheid niet ernstig beperken. Om door te contracteren eigen wensen na te kunnen streven is niet alleen vereist dat een persoon met anderen kan contracteren, maar ook dat hij zelf mag kiezen welke contractuele keuzes hij maakt. Het beginsel van contractsvrijheid pleit daarom ervoor dat een persoon zelf mag bepalen of hij contracteert, met wie hij dat doet, waarover hij dat doet, en in welke vorm hij dat doet. Omdat het persoonsbegrip een formele gelijkheid tussen personen creëert, terwijl natuurlijke personen en rechtspersonen in werkelijkheid in verschillende opzichten ongelijk zijn aan elkaar, moeten zwakkere partijen worden beschermd, zodat ook zij eigen wensen kunnen nastreven door met anderen te contracteren en zo zichzelf kunnen ontplooien. Daarvoor pleit het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid. Het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid en het beginsel van contractsvrijheid zijn dienend aan het beginsel van private autonomie. Op het niveau van de beginselen bestaat geen spanning tussen het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid en het beginsel van contractsvrijheid. Op het niveau van de rechtsregels kan daartussen echter wel een spanning bestaan omdat, om voldoende bescherming te bieden, de contractsvrijheid van een zwakkere partij kan moeten worden beperkt. Hoe met deze spanning in het contractenrecht wordt omgegaan, blijkt uit de rechtsregels die zwakkere partijen beschermen. Daarover in het volgende hoofdstuk meer.

4 KENMERKEN VAN DE RECHTSREGELS DIE ZWAKKERE PARTIJEN BESCHERMEN

4.1 INLEIDING

Ter beantwoording van de vraag welke zwakkere partijen, tegen welke zwakheden, op welke wijze en onder welke voorwaarden beschermd worden (deelvraag II), worden de rechtsregels die zwakkere partijen beschermen in dit hoofdstuk vanuit verschillende perspectieven geanalyseerd. Eerst wordt stilgestaan bij de rechtsbronnen van de rechtsregels die zwakkere partijen beschermen (par. 4.2). Vervolgens wordt ingegaan op de juridische technieken die worden toegepast om sterkere partijen te verplichten zwakkere partijen te beschermen (par. 4.3) en worden de gebreken toegelicht waartegen zwakkere partijen worden beschermd (par. 4.4). Daarna komen de beschermingstechnieken aan bod die in het huidige recht worden toegepast ter bescherming van zwakkere partijen (par. 4.5) en worden de verschillende zwakkere partijen die in het Nederlandse contractenrecht worden beschermd in kaart gebracht (par. 4.6). Als synthese van deze verschillende perspectieven op de rechtsregels die zwakkere partijen beschermen, wordt stilgestaan bij de spanning tussen het bieden van bescherming en het behouden van contractsvrijheid, en worden de voorwaarden in kaart gebracht waaraan, zo blijkt impliciet, voldaan moet zijn voordat een zwakkere partij wordt beschermd (par. 4.7). Dit hoofdstuk sluit af met een conclusie (par. 4.8).

4.2 RECHTSBRONNEN

4.2.1 *Inleiding*

De rechtsregels die zwakkere partijen beschermen, komen uit verschillende rechtsbronnen. De belangrijkste rechtsbronnen zijn – in volgorde van relevantie – het nationaal privaatrecht (par. 4.2.2), het Europees recht (par. 4.2.3) en het publiekrecht (par. 4.2.4).

4.2.2 *Het nationaal privaatrecht*

Het nationaal privaatrecht is in hoofdzaak neergelegd in het Burgerlijk Wetboek. Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, getiteld ‘Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht’, kent

verschillende rechtsregels die de consument beschermen, hoofdzakelijk onafhankelijk van het type contract dat hij aangaat (zie verder par. 4.6.4.3). Daarnaast vloeien uit de open normen van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek ook verplichtingen voort voor sterkere partijen om zwakkere partijen te beschermen (zie verder par. 4.6.4.3). Verder is het merendeel van de rechtsregels die zwakkere partijen beschermen opgenomen in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, getiteld 'Bijzondere overeenkomsten'. Daarin zijn onder andere rechtsregels opgenomen die de werknemer (titel 7.10 BW), huurder van woonruimte (titel 7.4 BW) en consument (titel 7.1 en 7.2 BW) beschermen (zie verder par. 4.6). Voorts zijn er enkele wetten die niet in het Burgerlijk Wetboek zijn opgenomen (vergelijk artikel 107 lid 1 Gw), maar wel privaatrechtelijke rechtsregels bevatten die een zwakkere partij beschermen.²⁸² Zo bepaalt artikel 95b lid 1 van de Elektriciteitswet 1998 dat een energieleverancier verplicht is desgewenst aan een kleinverbruiker energie te leveren 'op betrouwbare wijze en tegen redelijk tarief en voorwaarden'.

4.2.3 *Het Europees recht*

Een deel van de rechtsregels die zwakkere partijen beschermen, hebben een Europees-rechtelijke oorsprong of worden door het Europees recht beïnvloed. Het Europees recht omvat primair recht, bestaande uit de door de EU-lidstaten gesloten verdragen, en secundair recht, bestaande uit richtlijnen en verordeningen (artikel 288 VWEU). Beide rechtsbronnen van Europees recht hebben voorrang op nationaal recht, hetgeen betekent dat nationaal recht in strijd daarmee buiten toepassing moet worden gelaten of conform geïnterpreteerd moet worden,²⁸³ en zijn op hun eigen manieren van invloed op de rechtsregels die zwakkere partijen beschermen. Het secundair Europees recht is de belangrijkste Europese rechtsbron van rechtsregels die zwakkere partijen beschermen. Het omvat verschillende richtlijnen en verordeningen met soms zeer gedetailleerde rechtsregels.²⁸⁴ Het primair Europees recht is daarnaast op twee manieren van invloed op de bescherming van zwakkere partijen. Ten eerste doordat het de vrijheid van EU-lidstaten beperkt om zwakkere partijen te beschermen. Een belangrijke doelstelling van de Europese Unie is het realiseren van een Europese interne markt (artikel 3 lid 3 VEU). Als in EU-lidstaten ver-

282 Vaak beschermen die rechtsregels bij onbenoemde overeenkomsten. Een onbenoemde overeenkomst, ook wel innominatcontract genoemd, is een overeenkomst die niet als bijzondere overeenkomst in de wet geregeld is. Zie verder: Asser/Houben 7-X 2019/1.

283 Het HvJ EG heeft dit voor het eerst in 1964 bevestigd. Zie: HvJ EG 15 juli 1964, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/Enel*).

284 Als in dit hoofdstuk een rechtsregel aan bod komt die een implementatie is van een richtlijn wordt dat aangegeven in (doorgaans) een voetnoot. Zie over de drie manieren waarop Europese marktregulering zich verhoudt tot het nationaal privaatrecht: Cherednychenko 2021, p. 1294-1329. Zie tevens: Cherednychenko 2022, p. 142-155. Zie verder over de meerlagige rechtsorde die door het Europees recht in het Nederlandse vermogensrecht is ontstaan: Asser/Hartkamp 3-1 2019.

schillende niveaus van bescherming van zwakkere partijen gelden, kan marktwerking worden verstoord (zie verder par. 4.6.4.2). Daarom kunnen nationale rechtsregels die zwakkere partijen beschermen buiten toepassing moeten worden gelaten op basis van het primair Europees recht – zogeheten negatieve harmonisatie.²⁸⁵ Ten tweede kan het primair Europees recht van invloed zijn op de bescherming van zwakkere partijen doordat het onder bepaalde voorwaarden horizontale werking heeft.²⁸⁶ Zo beschermen de artikelen 18 lid 1 en 157 lid 1 VWEU de werknemer tegen discriminatie op basis van nationaliteit en geslacht.²⁸⁷ Voorts is er volgens verschillende auteurs sprake van een ‘*hidden constitutionalization*’²⁸⁸ van het Europees consumentenrecht, waardoor consumenten tot op zekere hoogte ook beschermd worden door fundamentele rechten.²⁸⁹ In 2014 oordeelde het HvJ EU in de *Aziz*-zaak dat het huis van een in Spanje woonachtige consument niet mocht worden verkocht door de hypotheekhouder vanwege wanbetaling, zolang de consument in afwachting was van de uitkomst van een rechtszaak waarin hij een beding uit de hypotheekovereenkomst aanvocht als zijnde een oneerlijk beding.²⁹⁰ Hoewel het HvJ EU in deze zaak niet expliciet verwijst naar het recht op huisvesting (artikel 7 Handvest) en het recht op een effectief rechtsmiddel (artikel 47 Handvest), hebben deze fundamentele rechten volgens verschillende auteurs wel meegewogen in het oordeel van het HvJ EU.²⁹¹

4.2.4 Het publiekrecht

Ook publiekrechtelijke rechtsregels kunnen op verschillende manieren van invloed zijn op de contractrechtelijke rechtsregels die zwakkere partijen beschermen.²⁹² Illustratief is de invloed van het financieel toezichtrecht – dat grotendeels een Europeesrechtelijke oorsprong heeft²⁹³ – op de privaatrechtelijke bescherming van consumenten.²⁹⁴ Het is vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat op basis van het privaatrecht verdergaande verplichtingen kunnen gelden dan op basis van het financieel toezichtrecht.²⁹⁵ Formeel zijn het pri-

285 Zie bijvoorbeeld: HvJ EG 20 februari 1979, ECLI:EU:C:1979:42, NJ 1982/120, m.nt. Wichers Hoeth (*Cassis de Dijon*). Zie verder: Asser/Hartkamp 3-I 2019/31-41.

286 Asser/Hartkamp 3-I 2019/42-95.

287 Zie bijvoorbeeld: HvJ EG 8 april 1976, ECLI:EU:C:1976:56, NJ 1976/510 (*Defrenna II*); HvJ EG 12 december 1974, ECLI:EU:C:1974:130, NJ 1975/148 (*Walrave*). Zie verder: Asser/Hartkamp 3-I 2019/53-56.

288 Reich & Micklitz 2014, p. 800.

289 Reich & Micklitz 2014, p. 800-802. Zie tevens: Mak 2020, p. 85-86.

290 HvJ EU 14 maart 2013, ECLI:EU:C:2013:164, NJ 2013/374, m.nt. Mok (*Aziz*).

291 Reich & Micklitz 2014, p. 800-802. Zie tevens: Mak 2020, p. 85-86; Keirse & Mak 2022, p. 59-60.

292 Zie eerder over in hoeverre het publiekrecht ook in dit onderzoek aan bod komt: par. 1.4.2.

293 Zie verder: Grundmann-van de Krol & Van der Klooster 2021, p. 85-164.

294 Zie tevens: Keirse & Mak 2022, p. 28-29.

295 Zie bijvoorbeeld: HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, r.o. 5.3, NJ 2012/182, m.nt. Vranken (*De Treek/Dexia*); HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.2.5, NJ 2017/363, m.nt. Tjong Tjin Tai (*SNS/*

vaatrecht en het financieel toezichtrecht daarom twee autonome rechtsgebieden.²⁹⁶ Het financieel toezichtrecht is via de open normen van het verbintenissenrecht desalniettemin op verschillende manieren van invloed op de privaatrechtelijke bescherming van de consument. Zo is het financieel toezichtrecht van invloed op de invulling van de bijzondere zorgplicht van financiële instellingen,²⁹⁷ kan onder bepaalde voorwaarden het financieel toezichtrecht privaatrechtelijk gehandhaafd worden via de onrechtmatigheidscategorieën maatschappelijke betamelijkheid en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht (artikel 6:162 lid 2 BW),²⁹⁸ en kan een rechtshandeling in strijd met het financieel toezichtrecht onder bepaalde voorwaarden in strijd zijn met de goede zeden of de openbare orde (artikel 3:40 lid 1 BW).²⁹⁹ Verder is een schending van de informatieplicht van artikel 4:20 Wft ook een oneerlijke handelspraktijk (artikel 6:193f BW) en had het financieel toezichtrecht ook via artikel 3:40 lid 2 en 3 BW van invloed kunnen zijn op de contractrechtelijke bescherming van de consument. Dat artikel bepaalt namelijk dat een rechtshandeling in strijd met een dwingendrechtelijke rechtsbepaling nietig of vernietigbaar is. Artikel 1:23 Wft bepaalt echter dat de rechtsgeldigheid van een privaatrechtelijke rechtshandeling door het financieel toezichtrecht niet wordt aangetast, behoudens de in de wet geregelde uitzonderingen.³⁰⁰

4.3 JURIDISCHE TECHNIEKEN DIE STERKERE PARTIJEN VERPLICHTEN BESCHERMING TE BIEDEN

4.3.1 Inleiding

Zwakkere partijen worden in het contractenrecht altijd indirect beschermd, in die zin dat sterkere partijen de rechtsplicht hebben om zwakkere partijen te beschermen en de bescherming aldus feitelijk niet wordt uitgevoerd door de overheid.³⁰¹ Aan schending van de rechtsplicht om een zwakkere partij te beschermen kunnen verschillende soorten sancties zijn verbonden. Dat zijn: (gedeeltelijke) nietigheid of vernietigbaarheid van de rechtshan-

Stichting Gedupeerden Overwaardeconstructie).

296 Zie verder: Cherednychenko 2011, p. 13-14.

297 Busch 2020, p. 455. Busch verwijst naar: concl. A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2017:1057, par. 3.8.

298 Een complicerende factor bij een beroep op een doen of nalaten in strijd met de wettelijke plicht is het relativiteitsvereiste (artikel 6:163 BW). Daardoor is de kans op een succesvol beroep op artikel 6:162 BW zo klein dat daar in de praktijk niet vaak gebruik van wordt gemaakt. Zie verder: Wallinga 2020a, p. 18-20.

299 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 394-395.

300 Een uitzondering is artikel 4:74 lid 4 Wft. Zie verder: *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 390-394.

301 Tenzij uiteraard de overheid de sterkere partij is.

deling (par. 4.3.2), aansprakelijkheid voor schade (par. 4.3.3) en de verplichting op andere wijze compensatie te bieden (par. 4.3.4).³⁰²

4.3.2 *Nietigheid en vernietigbaarheid*

De meeste contractrechtelijke rechtsregels die zwakkere partijen beschermen, zijn van dwingend recht.³⁰³ Een rechtshandeling in strijd met dwingend recht is (gedeeltelijk) nietig of vernietigbaar (artikel 3:40 lid 2 BW). Van dwingend recht bestaan verschillende gradaties: van volledig dwingend recht mag onder geen enkele voorwaarde worden afgeweken (zie bijvoorbeeld artikel 6:246 BW), van semidwingend recht slechts met inachtneming van een bepaalde vorm (zie bijvoorbeeld artikel 6:214 lid 5 BW) en van driekwart dwingend recht slechts als dat is toegestaan door een regeling, zoals een collectieve arbeidsovereenkomst (zie bijvoorbeeld artikel 7:634 lid 3 BW).³⁰⁴ Voorts mag van eenzijdig dwingend recht worden afgeweken zolang dat ten gunste is van een bepaalde partij, vaak de zwakkere partij (zie bijvoorbeeld artikel 7:6 lid 1 BW), en mag van meerzijdig dwingend recht onder geen enkele voorwaarde worden afgeweken, zelfs niet als dat ten gunste van beide partijen zou zijn (zie bijvoorbeeld artikel 7:631 lid 2 BW).³⁰⁵ Van relatief dwingend recht is verder sprake als alleen een bepaalde contractspartij zich mag beroepen op het dwingende karakter van een rechtsregel (zie bijvoorbeeld artikel 7:943 lid 3 BW).³⁰⁶

Een nietige rechtshandeling doet de beoogde rechtsgevolgen niet intreden.³⁰⁷ Een vernietigbare rechtshandeling doet de beoogde rechtsgevolgen wel intreden, maar als de daartoe bevoegde partij de rechtshandeling vernietigt, heeft dat terugwerkende kracht, hetgeen betekent dat de rechtshandeling geacht wordt nooit te hebben bestaan. De rechtsverhouding moet dan worden hersteld naar de staat van voor de vernietigde rechtshandeling (artikel 3:53 BW).³⁰⁸ Een rechtshandeling kan partieel nietig zijn (artikel 3:41 BW) en gedeeltelijk vernietigd worden, hetgeen inhoudt dat de rechtshandeling voor het niet-nietige of niet-vernietigbare deel in stand blijft.³⁰⁹ Enkel nietigheid moet de rechter ambtshalve

302 Verschillende rechtsregels die zwakkere partijen beschermen, worden ook publiekrechtelijk gehandhaafd door toezichthouders. Zie daarover uitgebreid en met verdere verwijzingen: Hage 2017.

303 Zie verder over de definitie van dwingend recht en, diens tegenhanger, aanvullend recht: Loth 2009, p. 2-5.

304 Loth 2009, p. 2-5. Zie tevens: Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/16-17.

305 Snijders 1999, p. 162.

306 Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/17.

307 Asser/Sieburgh 6-III 2018/604.

308 Asser/Sieburgh 6-III 2018/636-637.

309 Gedeeltelijke vernietiging kan inhouden dat de betalingsverplichting wordt vermindert. Zie: HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, r.o. 3.1.15, NJ 2022/89, m.nt. Pavillon. Eerder was het onduidelijk of gedeeltelijke vernietiging mogelijk is. Zie over die vraag: Asser/Sieburgh 6-III 2018/617.

toepassen.³¹⁰ Door het HvJ EU is echter bepaald dat een nationale rechter Europees consumentenrecht soms ambtshalve moet toepassen, ook wanneer het om een vernietigbare rechtshandeling gaat.³¹¹ Een consument is namelijk niet altijd op de hoogte van zijn rechten en wordt op die manier beter beschermd.³¹²

Het hangt van de dwingendrechtelijke rechtsregel in kwestie af of een daarmee strijdige rechtshandeling nietig of vernietigbaar is. Soms bepaalt de dwingendrechtelijke rechtsregel dat zelf (zie bijvoorbeeld artikel 7:631 lid 2 BW). Verder komt het voor dat de wet voor een bepaald soort dwingendrechtelijke rechtsregel bepaalt of een rechtshandeling in strijd daarmee nietig of vernietigbaar is (zie bijvoorbeeld artikel 3:39 BW). Anders geldt de *lex generalis*, die bepaalt dat een rechtshandeling in strijd met dwingend recht nietig is, tenzij de dwingendrechtelijke bepaling uitsluitend strekt tot bescherming van een van de partijen die bij de rechtshandeling betrokken is (artikel 3:40 lid 2 BW).

4.3.3 Aansprakelijkheid

Een andere sanctie die kan rusten op schending van de verplichting om een zwakkere partij te beschermen, is aansprakelijkheid. De geldigheid van een rechtshandeling wordt dan niet aangetast, maar de sterkere partij dient dan, als de zwakkere partij haar aanspreekt, de schade te vergoeden die zij door het gebrek aan bescherming heeft geleden. Een handelaar handelt bijvoorbeeld onrechtmatig in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW als zijn handeling kwalificeert als een oneerlijke handelspraktijk (artikel 6:193b BW).³¹³ Voorts is een werkgever risicoaansprakelijk voor schade die een werknemer lijdt door onvoldoende zorg voor een veilige werkomgeving (artikel 7:658 BW). Een schending van een verplichting een zwakkere partij te beschermen kan via het aansprakelijkheidsrecht zowel individueel als collectief (artikel 3:305a BW) en zowel *ex post* (artikel 6:162 BW) als *ex ante* (artikel 3:296 BW) worden gehandhaafd.

310 Asser/Sieburgh 6-III 2018/607.

311 HvJ EG 27 juni 2000, ECLI:EU:C:2000:346, NJ 2000/730 (*Océano*). Zie met verdere verwijzingen: Van Leuken 2018, p. 133-142. Zie over ambtshalve onderzoek naar of is voldaan aan de informatieplichten van de artikelen 6:230m en 6:230v BW: HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, NJ 2022/89, m.nt. Pavillon. Zie kritisch over dit arrest: Pavillon & Tigelaar 2022, p. 229-242. Zie tevens: Van Dijk & Van 't Ende 2022, p. 106-107.

312 HvJ EG 27 juni 2000, ECLI:EU:C:2000:346, r.o. 26, NJ 2000/730 (*Océano*).

313 Een overeenkomst die als gevolg van een oneerlijke handelspraktijk tot stand is gekomen, is ook vernietigbaar. Zie: artikel 6:193j lid 3 BW.

4.3.4 *Compensatie*

Als een sterkere partij verzuimt een zwakkere partij te beschermen, kan de sanctie daarop ook het bieden van compensatie zijn in een andere vorm dan schadevergoeding. Als bijvoorbeeld een handelaar een consument niet informeert over zijn bedenktijd, wordt de bedenktijd verlengd tot het moment dat de consument daar wel over geïnformeerd is, echter met ten hoogste twaalf maanden (artikel 6:230o lid 2 BW). Verder bepaalt bijvoorbeeld artikel 6:238 lid 2 BW dat als er twijfel bestaat over de betekenis van een beding in algemene voorwaarden, de voor de consument meest gunstige uitleg prevaleert – de zogeheten *contra proferentem*-regel.³¹⁴

4.4 DE GEBREKEN WAARTEGEN ZWAKKERE PARTIJEN WORDEN BESCHERMD

4.4.1 *Inleiding*

In het contractenrecht worden zwakkere partijen beschermd tegen een gebrek aan onderhandelingspositie (par. 4.4.2), een gebrek aan informatie (par. 4.4.3), een gebrek aan cognitieve capaciteit (par. 4.4.4) en een gebrek aan weerstand (par. 4.4.5).³¹⁵ Als een zwakkere partij tegen een van deze gebreken wordt beschermd, betekent dat niet dat wordt aangenomen dat zij helemaal geen onderhandelingspositie, informatie, cognitieve capaciteit of weerstand heeft, maar enkel dat verondersteld wordt dat zij in de gegeven situatie daarvan te weinig heeft om een contractuele keuze te kunnen maken die niet wordt beïnvloed door een van die gebreken. Verder is het evenmin zo dat de omstandigheid dat een zwakkere partij tegen een gebrek beschermd wordt, betekent dat de contractuele keuzes van alle zwakkere partijen die worden beschermd door dat gebrek beïnvloed worden. Een algemeen kenmerk van de bescherming van zwakkere partijen in het Nederlandse contractenrecht is namelijk dat de bescherming meestal categorisch is in plaats van contextueel.³¹⁶

314 Zie verder over de *contra proferentem*-regel en zijn verhouding tot onredelijke bezwarendheid en het transparantievereiste: Loos 2020, p. 8-10.

315 Dat tegen deze zwakheden bescherming wordt geboden, blijkt – impliciet – uit de wilsgebreken die erkend worden (zie eerder par. 3.2.4.3), uit de ratio van de rechtsregels die zwakkere partijen beschermen, en uit het feit dat in de parlementaire geschiedenis expliciet verwezen wordt naar een gebrek aan onderhandelingspositie en een gebrek aan informatie. Zie bijvoorbeeld: *Kamerstukken II 1999/2000, 26971*, nr. 5, p. 1; *Kamerstukken II 2018/19, 27879*, nr. 69, p. 3. Een soortgelijk onderscheid maakt Cserne. Hij maakt onderscheid tussen ‘interference (...) (1) in the case of systematic cognitive failures or insufficient cognitive capacities, (2) when there is insufficient or asymmetric information, and (3) when there are insufficient outside opportunities, due to the circumstances of necessity or, situational or structural, monopoly’. Zie: Cserne 2012, p. 90.

316 Zie verder over het onderscheid tussen categorische bescherming en contextuele bescherming: Hesselink 2021, p. 273-274.

Als een persoon in de hoedanigheid van een zwakkere partij handelt, kan hij aanspraak maken op bescherming, in beginsel ongeacht of hij daadwerkelijk bescherming nodig heeft of niet.³¹⁷ Door de toepassing van een beschermingstechniek aan bepaalde voorwaarden te verbinden is de bescherming van zwakkere partijen wel tot op zekere hoogte contextueel (zie verder par. 4.5.3.1). Van volledig contextuele bescherming is echter geen sprake.³¹⁸

4.4.2 *Gebrek aan onderhandelingspositie*

Van een gebrek aan onderhandelingspositie is sprake als een sterkere partij door haar sterkere sociaaleconomische positie (grotendeels) eenzijdig de inhoud van een contract kan bepalen, waardoor een contract niet tot stand komt door een onderhandeling tussen min of meer gelijkwaardige contractspartijen. Bij een gebrek aan onderhandelingspositie kan een zwakkere partij doorgaans uit slechts twee opties kiezen: het contract onder de door de sterkere partij bepaalde voorwaarden aangaan of niet met de sterkere partij contracteren. Als zij onder dergelijke omstandigheden besluit om met de sterkere partij te contracteren, is er sprake van een adhesiecontract.³¹⁹ Het probleem bij adhesiecontracten is dat de sterkere partij daarbij vaak in de verleiding komt om contractuele bedingen op te nemen die voor haar voordelig zijn, maar voor de zwakkere partij enkel nadelig, zonder dat daar iets tegenover staat. Een voorbeeld van bescherming tegen een gebrek aan onderhandelingspositie is de rechtsregel dat in een arbeidsovereenkomst een beding dat strekt tot gedwongen winkelnering nietig is (artikel 7:631 lid 2 BW; zie eerder par. 2.7.2.1). De bescherming van zwakkere partijen tegen een gebrek aan onderhandelingspositie is nauw verwant aan het tegengaan van het type marktfalen onvolledige mededinging (zie eerder par. 2.4.3). De bescherming van zwakkere partijen tegen een gebrek aan onderhandelingspositie streeft echter vrijwel altijd ook een sociaal doel na.³²⁰ Het is meestal uiteindelijk een normatieve overweging omtrent zaken die voor iedereen belangrijk zijn – een dak boven het hoofd en de mogelijkheid inkomen te verwerven bijvoorbeeld – die bepaalt wanneer

317 Als een zwakkere partij wordt beschermd tegen bijvoorbeeld een gebrek aan informatie, betekent dat dus niet per se dat zij ook daadwerkelijk een gebrek aan informatie heeft. Zie eerder: par. 1.6.

318 Zwakkere partijen worden soms beschermd door de invulling die aan open normen wordt gegeven. Zie verder par. 4.6.4.3. In theorie kan dan op relatief eenvoudige wijze de bescherming worden gecontextualiseerd. Een open norm biedt immers de ruimte om recht te doen aan de omstandigheden van het geval. Ook bij de bescherming die door de invulling van open normen wordt geboden, wordt soms echter nadrukkelijk ervoor gekozen de bescherming niet te contextualiseren. Zie bijvoorbeeld: HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:543, NJ 2016/190. In dat arrest bepaalt de Hoge Raad dat het bij particuliere borgtocht voor de informatieplicht van een kredietverstrekker niet uitmaakt dat de particuliere borg een ervaren zakenman is en daarom mogelijk reeds bekend is met het risico dat borgtocht met zich brengt.

319 Valk 2016a, p. 51.

320 Van Boom 2020, p. 151. Zie tevens: Pavillon 2021, p. 17.

zwakkere partijen beschermd worden tegen een gebrek aan onderhandelingspositie, in plaats van enkel het antwoord op de vraag of sprake is van onvolledige mededinging of niet (zie verder par. 4.7.3.3).

4.4.3 *Gebrek aan informatie*

Van een gebrek aan informatie is sprake als een zwakkere partij te weinig informatie heeft om te kunnen bepalen of een contractuele keuze aansluit bij haar eigen wensen.³²¹ Een consument die bijvoorbeeld een fiets wil kopen om daarmee in de bergen te fietsen, dient voor een contractuele keuze die aansluit bij zijn wens te weten welke fiets daarvoor voldoende versnellingen heeft. Een keuze van een zwakkere partij kan om verschillende redenen worden beïnvloed door een gebrek aan informatie. Het is mogelijk dat bepaalde relevante informatie simpelweg niet beschikbaar is, dat informatie wel beschikbaar is, maar niet wordt verstrekt, dat de kosten om informatie in te winnen zo hoog zijn dat het niet loont om dat te doen,³²² of dat iemand wel over de relevante informatie beschikt, maar die niet leest, begrijpt of gebruikt (zie verder par. 5.2.2.5).

4.4.4 *Gebrek aan cognitieve capaciteit*

Van een gebrek aan cognitieve capaciteit is sprake als een zwakkere partij over te weinig cognitieve capaciteit beschikt om te bepalen welke contractuele keuze bij haar eigen wensen aansluit. Zo kan het zijn dat zij te weinig cognitieve capaciteit heeft om de voor- en nadelen van alle opties tegen elkaar af te wegen, een juiste risico-inschatting te maken, of om alle relevante informatie te lezen, te begrijpen en te gebruiken. Een voorbeeld van een rechtsregel die bescherming biedt tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit is de rechtsregel dat een handelaar bij een overeenkomst op afstand of buiten de verkooppriimte de consument bepaalde informatie op duidelijke en begrijpelijke wijze moet verstrekken (artikel 6:230m BW). Dit transparantievereiste tracht te voorkomen dat een consument de informatie die hij krijgt niet leest, begrijpt of gebruikt vanwege een gebrek aan cognitieve capaciteit.³²³

321 Indirect kan een (structureel) gebrek aan informatie van zwakkere partijen ook van invloed zijn op de kwaliteit van producten of diensten. Als zwakkere partijen onvoldoende informatie hebben om te beoordelen welke producten of diensten bij hun wensen aansluiten, kan dit voorkomen dat niet de aanbieders van de kwalitatief minst goede producten of diensten door marktwerking het onderspit delven. Zie verder: Van Boom 2020, p. 56.

322 Van Boom 2020, p. 56.

323 Deze vorm van transparantie wordt ook wel substantiële transparantie genoemd. Zie: Luzak & Junuzović 2019, p. 99-100.

4.4.5 *Gebrek aan weerstand*

Van een gebrek aan weerstand is, tot slot, sprake als een zwakkere partij geen weerstand kan bieden aan keuzebeïnvloeding door een sterkere partij – of in bepaalde gevallen een derde³²⁴ – en daarom een contractuele keuze maakt die niet aansluit bij haar eigen wensen. Een gebrek aan weerstand kan onder meer van invloed zijn op een contractuele keuze als een handelaar misleidt (artikel 6:193c BW) of agressief is (artikel 6:193h BW). Onder invloed van gedragswetenschappelijke inzichten wordt in het huidige recht steeds vaker erkend dat keuzebeïnvloeding door een sterkere partij ook meer subtiele vormen kan aannemen. Zo bepaalt artikel 6:230j BW dat een consument niet gebonden is aan de aanvullende betaling van een geldsom die strekt tot verkrijging van een prestatie die niet de kern van de prestatie vormt, als instemming daarmee door een handelaar wordt afgeleid uit een standaardoptie – een zogeheten *pre-ticked box*.³²⁵ Deze – van oorsprong Europeesrechtelijke – bepaling is ingevoerd omdat gedragswetenschappelijke inzichten aantonen dat een standaardoptie een keuze kan beïnvloeden (zie verder par. 10.2).³²⁶

Een gebrek aan weerstand onderscheidt zich van een gebrek aan cognitieve capaciteit doordat het eerste niet en het tweede wel losstaat van het gedrag van de wederpartij. Een gebrek aan weerstand kan slechts een contractuele keuze beïnvloeden indien een sterkere partij iets doet of nalaat waartegen een zwakkere partij geen weerstand kan bieden. De variabele van het gedrag van de sterkere partij is hier dus medebepalend. Als een zwakkere partij door agressie kan worden bewogen tot een bepaalde contractuele keuze, maar een sterkere partij niet agressief handelt, heeft een gebrek aan weerstand geen invloed op de contractuele keuzes van eerstgenoemde partij. Een gebrek aan cognitieve capaciteit kan daarentegen van invloed zijn op een contractuele keuze, ongeacht hetgeen de sterkere partij doet of nalaat. Een financiële keuze van een consument kan bijvoorbeeld vanwege een gebrek aan cognitieve capaciteit worden beïnvloed door eigen lichtvaardigheid, ook al is hij volledig over de risico's geïnformeerd. Een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand zijn desalniettemin nauw aan elkaar verwant. Een gebrek aan cognitieve capaciteit kan namelijk, zo tonen gedragswetenschappelijke inzichten aan, een persoon extra vatbaar maken voor keuzebeïnvloeding door een sterkere partij en zo de oorzaak zijn van een gebrek aan weerstand (zie verder par. 5.3.3.2).

324 Denk bijvoorbeeld aan een borgtochtovereenkomst waarbij de hoofdschuldenaar sociale druk uitoefent op de aspirant-borg om een borgtochtovereenkomst aan te gaan met de kredietverstrekker. De hoofdschuldenaar is in dat geval een derde. Zie verder: par. 12.4.2.

325 Zie verder: Van Boom 2017, p. 102-104.

326 Artikel 6:230j BW is een implementatie van artikel 22 Richtlijn 2011/83/EU. Zie over de gedragswetenschappelijke achtergrond van dit artikel: Lourenço e.a. 2016, p. 16.

4.5 BESCHERMINGSTECHNIEKEN

4.5.1 *Inleiding*

Zwakkere partijen worden in het Nederlandse contractenrecht op verschillende manieren beschermd. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen fraternalistische en paternalistische beschermingstechnieken.³²⁷ Fraternalistische beschermingstechnieken behouden de materiële contractsvrijheid van de zwakkere partij, terwijl paternalistische beschermingstechnieken de materiële contractsvrijheid van de zwakkere partij beperken. In het huidige recht worden de volgende fraternalistische beschermingstechnieken toegepast: de informatieplicht voor een sterkere partij (par. 4.5.2.1), de waarschuwingsplicht voor een sterkere partij (par. 4.5.2.2), de bedenktijd voor een zwakkere partij (par. 4.5.2.3), het vormvoorschrift (par. 4.5.2.4), het (bewijs)vermoeden (par. 4.5.2.5), het verbod voor een sterkere partij op bepaalde gedragingen en uitingen (par. 4.5.2.6) en een recht voor een zwakkere partij (par. 4.5.2.7). In het huidige recht worden verder twee paternalistische beschermingstechnieken toegepast: het verbod op een bepaalde contractsinhoud (par. 4.5.3.1) en de nadere specificering van een contractuele plicht – ook wel: het gebod (par. 4.5.3.2).

4.5.2 *Fraternalistische beschermingstechnieken*

4.5.2.1 **De informatieplicht voor een sterkere partij**

Ter bescherming tegen voornamelijk een gebrek aan informatie bestaan er verschillende verplichtingen voor sterkere partijen om zwakkere partijen ergens over te informeren. Een dergelijke informatieplicht kan verschillende functies hebben: die kan wilsvorming ondersteunen, dossiervorming faciliteren en een zwakkere partij helpen met het effectueren van haar rechten.³²⁸ Een informatieplicht ondersteunt wilsvorming als die een zwakkere partij helpt om vast te stellen welke contractuele keuze bij haar eigen wensen aansluit. Verschillende informatieplichten verplichten om deze reden sterkere partijen om informatie te verstrekken over de kenmerken van het product of de dienst waarop het contract toeziet en de voorwaarden waaronder gecontracteerd wordt (zie bijvoorbeeld artikel 6:230m BW). Ook kan een informatieplicht wilsvorming ondersteunen door een zwakkere partij een bepaalde optie te adviseren – ook wel een adviesplicht genoemd.³²⁹ Voorts kan een informatieplicht wilsvorming ondersteunen door een zwakkere partij erop

³²⁷ Deze terminologie is ontleend aan het onderscheid dat Nieuwenhuis maakt tussen fraternalisme en paternalisme. Zie: Nieuwenhuis 2009, p. 2259.

³²⁸ Tigelaar 2017, p. 58.

³²⁹ Zie bijvoorbeeld: Busch 2020, p. 455-456.

te attenderen dat haar keuze beïnvloed kan worden door bijvoorbeeld een gebrek aan weerstand of een gebrek aan cognitieve capaciteit. Zo moet een consument erop worden gewezen als de prijs van een product gepersonaliseerd is (artikel 6:230m lid 1 sub u BW). Een informatieplicht faciliteert dossiervorming als die de zwakkere partij informatie biedt die zij kan naslaan als er zich een complicatie voordoet. Zo moet een handelaar onder bepaalde omstandigheden de consument een bevestiging van de overeenkomst aanbieden op een duurzame drager, zodat hij onder meer op een later moment kan nagaan wat de contractuele verplichtingen van de handelaar zijn (artikel 6:230t lid 2 BW). Tot slot helpt een informatieplicht een zwakkere partij met het effectueren van haar rechten als die haar bijvoorbeeld over haar rechten informeert. Zo moet een handelaar een consument bij een overeenkomst op afstand of buiten de verkooppriimte informeren over de bedenktijd (artikel 6:230m lid 1 sub h, i, j en k BW).

Ter bescherming tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit om informatie te lezen, te begrijpen en te gebruiken worden bij sommige informatieplichten eisen gesteld aan de wijze waarop informatie moet worden opgesteld – zogeheten transparantievereisten. Zo geldt bij een aantal informatieplichten de eis dat de informatie op ‘duidelijk en begrijpelijke’ wijze moet worden opgesteld (zie bijvoorbeeld artikel 6:230m BW), mag essentiële informatie niet ‘op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laat verstrekt’ worden (artikel 6:193d lid 3 BW), moet bepaalde – veelal financiële – informatie verstrekt worden aan de hand van een gestandaardiseerd informatiedocument (artikel 7:50b BW), en moeten bepaalde kenmerken van een hypotheek verduidelijkt worden aan de hand van een representatief voorbeeld (artikel 7:120 lid 3 BW).³³⁰

4.5.2.2 De waarschuwingsplicht voor een sterkere partij

Nauw verwant aan een informatieplicht is een waarschuwingsplicht voor een sterkere partij. Een waarschuwingsplicht verplicht een sterkere partij om een zwakkere partij niet alleen ergens over te informeren, maar ook haar aandacht op die informatie te vestigen.³³¹ Zo heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een aanbieder van effectenleaseproducten een afnemer ‘uitdrukkelijk en in niet voor misverstand vatbare bewoordingen’³³² moet waarschuwen voor het ‘lichtvaardig op zich nemen van onnodige risico’s of van risico’s die hij redelijkerwijze niet kan dragen’.³³³ Een waarschuwingsplicht biedt niet alleen bescherming tegen een gebrek aan informatie, maar ook tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit of

330 De Jager stelt dat informatie steeds vaker gestandaardiseerd moet worden aangeboden. Zie: De Jager 2018, p. 268. Zie kritisch over het verschil in terminologie bij de transparantievereisten: De Graaf 2021, p. 245.

331 Jansen 2012, p. 32. Zie tevens: Giesen 2005, p. 59-61.

332 HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, r.o. 3.4, NJ 2011/251, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*).

333 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, r.o. 5.2.2, NJ 2012/182, m.nt. Vranken (*De Treek/Dexia*).

een gebrek aan weerstand om relevante informatie op te merken. In het *Jetblast*-arrest uit 2004 heeft de Hoge Raad in het kader van het leerstuk gevaarstelling geoordeeld dat een waarschuwing als een afdoende maatregel kan worden beschouwd ter bescherming tegen een gevaar, als te verwachten is dat die leidt tot een handelen of nalaten waardoor het gevaar in kwestie wordt vermeden.³³⁴

4.5.2.3 De bedenktijd voor een zwakkere partij

Een bedenktijd – ook wel bedenktijd, ontbindingsrecht of afkoelingsperiode genoemd³³⁵ – biedt een zwakkere partij de mogelijkheid om gedurende een wettelijk bepaald aantal dagen zonder opgaaf van redenen een contract te ontbinden (zie bijvoorbeeld artikel 7:2 lid 2 BW).³³⁶ Ook bestaat er een bedenktijd in de vorm van een voor een sterkere partij bindend aanbod waarop de zwakkere partij gedurende een wettelijk bepaald aantal dagen kan ingaan (artikel 7:122 lid 5 BW). Een bedenktijd vangt doorgaans aan op het moment dat het contract tot stand is gekomen of het moment van levering. Een bedenktijd wordt geacht een zwakkere partij te kunnen beschermen tegen een gebrek aan informatie, een gebrek aan weerstand en een gebrek aan cognitieve capaciteit. Tegen een gebrek aan informatie kan een bedenktijd bescherming bieden doordat die een zwakkere partij de gelegenheid geeft om informatie in te winnen.³³⁷ De koper van een woning kan gedurende de bedenktijd van drie dagen bijvoorbeeld nader onderzoek laten verrichten naar de bouwkundige staat van een woning (artikel 7:2 lid 2 BW). Een bedenktijd kan daarnaast bescherming bieden tegen een gebrek aan weerstand en een gebrek aan cognitieve capaciteit doordat die een zwakkere partij de gelegenheid geeft om zogezegd af te koelen en een eventuele overhaaste keuze te herzien.³³⁸ Dit wordt onder meer relevant geacht bij colportage – verkoop aan de deur. Daarbij kan een consument zich onder druk gezet voelen als de verkoper bijvoorbeeld benadrukt dat er een eenmalige aanbieding is.

4.5.2.4 Het vormvoorschrift

Een vormvoorschrift bepaalt dat een contract aan bepaalde formele of procedurele vereisten moet voldoen – doorgaans om überhaupt tot stand te komen (artikel 3:39 BW). Het meest voorkomende vormvoorschrift is het schriftelijkheidsvereiste (zie bijvoorbeeld artikel 7:2 lid 1 BW), hetgeen inhoudt dat een contract schriftelijk moet worden opgesteld. Een ander voorbeeld van een vormvoorschrift is het vereiste van toestemming van de echtgenoot bij bepaalde rechtshandelingen (artikel 1:88 lid 1 BW). Vormvoorschriften

334 HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224, r.o. 3.4.3, NJ 2005/105, m.nt. Brunner (*Jetblast*). Zie kritisch over dit arrest: Giesen 2005, p. 82-85.

335 Zie verder over de terminologie: Hijma 2004, p. 5-6.

336 Zie uitgebreid over bedenktijden: Terryn 2008.

337 Hijma 2004, p. 21-22.

338 Hijma 2004, p. 19.

kunnen verschillende functies hebben. Allereerst worden zij geacht ‘lichtvaardige’³³⁹ contractuele keuzes en ‘overijling’³⁴⁰ tegen te gaan. Zij zorgen namelijk ervoor dat een zwakkere partij niet enkel aan haar woord gebonden is en – nogmaals – geconfronteerd wordt met de contractsinhoud. Afhankelijk van de oorzaak van lichtvaardigheid of overijling biedt een vormvoorschrift zo bescherming tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit of een gebrek aan weerstand. Ten tweede kan een schriftelijkheidsvereiste bescherming bieden doordat het rechtszekerheid biedt omtrent hetgeen partijen zijn overeengekomen, en ook omtrent bijvoorbeeld het moment waarop een bedenktijd ingaat (zie artikel 7:2 lid 1 BW).³⁴¹ Een schriftelijkheidsvereiste biedt dan bescherming tegen een gebrek aan informatie.

4.5.2.5 Het bewijsvermoeden

Een beschermingstechniek die net als een vormvoorschrift procedureel van aard is, is het bewijsvermoeden.³⁴² Artikel 150 Rv kent als hoofdregel dat ‘de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten (...) de bewijslast van die feiten of rechten’ draagt. Uit de wet of rechtspraak kan echter een andere bewijslastverdeling volgen – een (on)weerlegbaar bewijsvermoeden. Artikel 7:18a lid 2 BW bepaalt bijvoorbeeld dat bij een consumentenkoop wordt vermoed dat de zaak bij aflevering niet aan de overeenkomst beantwoordt, ‘indien de afwijking van hetgeen is overeengekomen zich binnen één jaar na levering openbaart’. Een ander voorbeeld van een bewijsvermoeden is het vermoeden dat de omvang van arbeid gelijk is aan de gemiddelde omvang van de arbeid in de voorgaande drie maanden (artikel 7:610b BW).³⁴³ Afhankelijk van waarom een zwakkere partij moeite heeft met het leveren van bewijs, biedt een bewijsvermoeden bescherming tegen een gebrek aan onderhandelingspositie, een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit of een gebrek aan weerstand.

4.5.2.6 Het verbod voor een sterkere partij op bepaalde gedragingen en uitingen

Door een verbod op bepaalde gedragingen en uitingen voor de sterkere partij wordt een grens gesteld aan de wijzen waarop een sterkere partij de contractuele keuzes van een zwakkere partij mag beïnvloeden. Een handelaar mag een consument bijvoorbeeld niet misleiden (artikel 6:193c BW). Zo wordt bescherming geboden tegen een gebrek aan weerstand.

339 Reehuis, Slob & Van Zeven (red.) 1991, p. 450 (MvA).

340 Reehuis, Slob & Van Zeven (red.) 1991, p. 448 (TM).

341 *Kamerstukken II* 1995/96, 23095, nr. 5, p. 4, 6, 8 en 13 (MvA).

342 Onderscheid kan worden gemaakt tussen wettelijk vermoeden en rechterlijk of feitelijk vermoeden. Zie: Asser *Procesrecht*/Asser 3 2017/298.

343 Zie verder: Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/36.

4.5.2.7 Een recht voor een zwakkere partij

Een beschermingstechniek die de materiële contractsvrijheid van de sterkere partij beperkt, maar niet die van de zwakkere partij – en daarom fraternalistisch is –, is het verlenen van een recht aan een zwakkere partij. Zo wordt bescherming geboden tegen een gebrek aan onderhandelingspositie. Een recht voor een zwakkere partij kent drie verschijningsvormen. Ten eerste zijn er rechtsregels die aan een zwakkere partij een recht toekennen alsof zij het zelf contractueel bedongen had. Een voorbeeld hiervan is het recht van de consument op vervroegde aflossing bij hypothecair krediet (artikel 7:127 BW). Ten tweede komt het voor dat een recht dat een zwakkere partij reeds toekomt op basis van het algemeen contractenrecht, ter bescherming van een zwakkere partij op maat wordt gemaakt voor de bijzondere overeenkomst waarbij zij partij is. Zie bijvoorbeeld het op koop toegespitste recht op nakoming (artikel 7:21 BW), dat bij een consumentenkoop dwingend recht is (artikel 7:6 BW). Ten derde kan er voor de sterkere partij sprake zijn van contractdwang. De sterkere partij heeft dan de verplichting met een zwakkere partij te contracteren als die dat wenst, hetgeen de zwakkere partij het recht geeft om met de sterkere partij te contracteren.³⁴⁴ Zo is een energieleverancier verplicht desgewenst met een kleinverbruiker een overeenkomst aan te gaan tot het leveren van energie (artikel 95b Elektriciteitswet 1998).

4.5.3 *Paternalistische beschermingstechnieken*

4.5.3.1 Het verbod op een bepaalde contractsinhoud

Een van de twee paternalistische beschermingstechnieken die in het huidige recht wordt toegepast, is het verbod op een bepaalde contractsinhoud. Een dergelijk verbod kan absoluut zijn, maar er kunnen ook uitzonderingen op mogelijk zijn. Uitzonderingen kunnen zowel aan procedurele als aan inhoudelijke voorwaarden gebonden zijn. Een voorbeeld van een absoluut verbod is het verbod op een beding tot gedwongen winkelnering in een arbeidsovereenkomst (artikel 7:631 lid 2 BW). Een voorbeeld van een verbod waarop een uitzondering mogelijk is als zowel aan een procedurele als aan twee inhoudelijke voorwaarden is voldaan, is artikel 7:653 lid 1 BW. Dit artikel bepaalt dat een werkgever geen concurrentiebeding mag bedingen, tenzij het beding schriftelijk is overeengekomen, het gaat om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, en de werknemer meerderjarig is. Het verbod voor een sterkere partij om met een zwakkere partij een overeenkomst aan te gaan wordt een weigeringsplicht genoemd.³⁴⁵

³⁴⁴ Zie verder: Houben 2005.

³⁴⁵ Zie bijvoorbeeld: Busch 2020, p. 456.

Een verbod kan een zwakkere partij beschermen doordat het kan voorkomen dat zij voor een optie kiest die niet bij haar eigen wensen aansluit. In het huidige recht wordt een verbod in hoofdzaak toegepast ter bescherming tegen een gebrek aan onderhandelingspositie. Een verbod kan echter ook bescherming bieden tegen een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand. Een voorbeeld van een verbod dat bescherming biedt tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit is de weigeringsplicht die onder bijzondere omstandigheden geldt bij verkoop van complexe financiële producten in het kader van de bijzondere zorgplicht voor financiële instellingen.³⁴⁶ Die weigeringsplicht tracht te voorkomen dat een belegger door een gebrek aan cognitieve capaciteit een te groot financieel risico neemt. De voornaamste reden dat een verbod weinig wordt toegepast ter bescherming tegen een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand is dat een verbod de autonomie van een zwakkere partij niet alleen kan versterken, maar ook kan beperken, als het categorisch wordt toegepast en niet alle zwakkere partijen hetzelfde willen (zie verder par. 4.7.2 en 4.7.3.5).

4.5.3.2 De nadere specificering van een contractuele plicht – het gebod

De tweede paternalistische beschermingstechniek is de nadere specificering van een contractuele plicht – ook wel: het gebod. Een nadere specificering van een contractuele plicht zorgt ervoor dat de contractspartijen geen andere optie kunnen kiezen dan de geboden optie. Een voorbeeld van een nadere specificering van een contractuele plicht van een sterkere partij is artikel 7:17 lid 1 BW. Dit artikel bepaalt dat de afgeleverde zaak aan de overeenkomst moet beantwoorden en is bij een consumentenkoop dwingend recht (artikel 7:6 BW). Ook geboden worden doorgaans toegepast ter bescherming tegen een gebrek aan onderhandelingspositie. Zij kunnen in potentie echter ook bescherming bieden tegen een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand door de keuze te gebieden die aansluit bij de eigen wensen van een zwakkere partij. Er zijn verder ook rechtsregels die de contractuele plichten van de zwakkere partij nader specificeren. Zo is de huurder van een woonruimte verplicht op eigen kosten kleine herstellingen aan de woonruimte te verrichten (artikel 7:217 BW).³⁴⁷ Dergelijke geboden bieden doorgaans bescherming tegen een gebrek aan onderhandelingspositie doordat zij voorkomen dat een sterkere partij bezwarendere verplichtingen kan bedingen.

346 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, r.o. 4.12.2, NJ 2012/182, m.nt. Vranken (*De Treek/Dexia*). Zie verder over wanneer er wel een weigeringsplicht geldt: Busch 2020, p. 456.

347 Zie verder: Asser/Rossel & Heisterkamp *7-II* 2021/108-109.

4.6 **ZWAKKERE PARTIJEN DIE IN HET NEDERLANDSE CONTRACTENRECHT WORDEN BESCHERMD**

4.6.1 *Inleiding*

In deze paragraaf wordt per particuliere zwakkere partij die in het Nederlandse contractenrecht wordt beschermd in hoofdlijnen in kaart gebracht waarom, wanneer en op welke wijze zij wordt beschermd.³⁴⁸ De relevantie hiervan is tweeledig. Ten eerste biedt het inzicht in de voorwaarden waaraan, zo blijkt impliciet, voldaan moet zijn voordat een frateralistische of paternalistische beschermingstechniek wordt toegepast (zie verder par. 4.7.3). Ten tweede duidt het de historische ontwikkeling van de bescherming van zwakkere partijen aan. Zwakkere partijen werden van oudsher vrijwel uitsluitend beschermd tegen een gebrek aan onderhandelingspositie. Pas later is de bescherming ook uitgebreid tot zwakkere partijen waarvan de keuzes beïnvloed worden door een gebrek aan informatie, een gebrek aan weerstand en een gebrek aan cognitieve capaciteit. Gezien deze ontwikkeling en gezien de inzichten uit de gedragswetenschappen is het bij verschillende contractuele keuzes – zoals nader wordt toegelicht (zie verder par. 5.3 en 6.3) – een logische stap om nudging toe te passen ter bescherming van een zwakkere partij.

De particuliere zwakkere partijen die in het contractenrecht worden beschermd, zijn – in chronologische volgorde vanaf het moment dat zij voor het eerst werden beschermd – de werknemer (par. 4.6.2), de huurder van woonruimte (par. 4.6.3), de consument (par. 4.6.4), de particuliere borg (par. 4.6.5), de reiziger (par. 4.6.6), de patiënt (par. 4.6.7), de particuliere verzekeringnemer (par. 4.6.8) en de particuliere pandbelener (par. 4.6.9). Dit onderscheid tussen zwakkere partijen is niet strikt en tot op zekere hoogte willekeurig. Mede onder invloed van het Europees recht wordt de bescherming van steeds meer zwakkere partijen gerekend tot het consumentenrecht.³⁴⁹ Zo worden de particuliere verzekeringnemer en particuliere pandbelener soms bijvoorbeeld ook aangeduid als consument.³⁵⁰ Bovendien kan een persoon door het sluiten van één contract gelijktijdig in verschillende

348 Hierbij wordt geen volledigheid nagestreefd en ligt, in lijn met de afbakening van dit onderzoek (zie eerder par. 1.4.2 en 1.4.6), de nadruk op de bescherming van particulieren door privaatrechtelijke rechtsregels. Onder meer de bescherming van de pachter komt daarom niet aan bod (vergelijk artikel 7:312 BW). Zie daarover verder: Asser/Valk 7-III 2020. Op de bescherming van particulieren bij onbenoemde overeenkomsten wordt niet ingegaan vanwege de beperkte relevantie daarvan. Zie verder over onbenoemde overeenkomsten: Asser/Houben 7-X 2019.

349 Tjittes verzet zich tegen het wijdverbreide gebruik van de term consument omdat die is afgeleid van de term verbruiker en daarom volgens hem alleen gebruikt zou moeten worden als het gaat over particulieren en hun zaken die door ver- of gebruik teniet kunnen gaan. Zie: Tjittes 1994, p. 1.

350 Zie bijvoorbeeld: *Kamerstukken I* 2004/05, 19529, B, p. 4 (MvA); *Kamerstukken II* 2011/12, 33334, nr. 3, p. 1 (MvT).

hoedanigheden als zwakkere partij worden beschermd. Aangezien bijvoorbeeld particuliere verzekeringnemers en huurders, evenals andere zwakkere partijen, vaak bij het sluiten van het betreffende contract handelen als een natuurlijk persoon voor doeleinden die buiten bedrijfs- of beroepsactiviteiten vallen en een professionele wederpartij hebben, vallen zij niet alleen onder de reikwijdte van hun eigen beschermingsregime – zoals hieronder per zwakkere partij wordt beschreven –, maar ook onder die van het breder toepasselijke regime van consumentenbescherming (zie verder par. 4.6.4). Particuliere verzekeringnemers en huurders kunnen daarom bijvoorbeeld vaak ook aanspraak maken op de bescherming die de consument bij algemene voorwaarden wordt geboden (zie afdeling 6.5.3 BW). Die bescherming komt hun dan toe naast de meer specifieke verzekeringsrechtelijke bescherming of huurbescherming die meekomt met het sluiten van het specifieke type contract.

4.6.2 *De werknemer*

4.6.2.1 **Inleiding**

De eerste zwakkere partij die haar intrede deed in het Burgerlijk Wetboek was in 1909 de werknemer (par. 4.6.2.2). De werknemer wordt in hoofdzaak beschermd tegen een gebrek aan onderhandelingspositie, maar ook tot op zekere hoogte tegen een gebrek aan weerstand, een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan informatie (par. 4.6.2.3).

4.6.2.2 **Ontwikkeling van de bescherming van de werknemer**

Door het ontstaan van grote fabrieken werd vanaf 1850 een steeds groter deel van de Nederlandse beroepsbevolking afhankelijk van loon uit – ongeschoold – fabriekswerk.³⁵¹ Werknemers moesten in fabrieken vaak lange dagen werken, onder slechte omstandigheden, en tegen een laag loon. ‘De vrijheid van de arbeider, hoewel formeel-juridisch vrij contractant, bestond slechts schijnbaar’,³⁵² aldus Valkhoff. Ter bescherming van de werknemer werd in 1907 een wet aangenomen die de regeling van de arbeidsovereenkomst in het Burgerlijk Wetboek, die destijds uit drie bepalingen bestond, in 1909 verving voor tachtig nieuwe bepalingen.³⁵³ Door die wet kreeg de werknemer onder andere recht op doorbetaling van loon bij ziekte (artikel 1638c OBW). In 1997 zijn de rechtsregels die de werknemer beschermen, die in 1992 tijdelijk ondergebracht waren in Boek 7A van het Burgerlijk Wetboek, grondig herzien en overgeplaatst naar titel 7.10 BW.³⁵⁴

351 Valkhoff 1949, p. 65-66.

352 Valkhoff 1949, p. 65-66.

353 Wet van 13 juli 1907, *Stb.* 1907, 193.

354 Wet van 14 november 1996, *Stb.* 1996, 562. Zie voor een historische beschouwing van de arbeidsovereenkomst als bijzondere overeenkomst: Loonstra 2003, p. 38-42; Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/1-7; Said 2022, p. 29-57.

4.6.2.3 Kenmerken van de bescherming van de werknemer

Uit de definitie van een arbeidsovereenkomst volgt dat een persoon in de hoedanigheid van een werknemer handelt als hij ‘zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten’ (artikel 7:610 lid 1 BW). Een werknemer wordt in hoofdzaak beschermd tegen een gebrek aan onderhandelingspositie. Daarvoor is onder meer de verplichting van de werkgever tot (door)betaling van loon nader gespecificeerd (afdeling 7.10.2 BW), is bepaald dat de werknemer recht heeft op vakantie en verlof (afdeling 7.10.3 BW), en wordt de werknemer beschermd ten aanzien van de duur en beëindiging van de arbeidsovereenkomst (afdeling 7.10.9 BW). Bij een beëindigingsovereenkomst wordt een werknemer ook beschermd tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand. Om te voorkomen dat een werknemer door een ‘emotionele toestand’³⁵⁵ – die bijvoorbeeld kan ontstaan door psychologische druk van de werkgever – een beëindigingsovereenkomst aanvaardt, geldt bij een dergelijke overeenkomst een schriftelijkheidsvereiste en een bedenktijd van veertien dagen (artikel 7:670b BW).³⁵⁶ Voorts wordt de werknemer beschermd tegen een gebrek aan informatie door een informatieplicht voor de werkgever over de wezenlijke elementen van de arbeidsovereenkomst (artikel 7:655 BW).³⁵⁷ Die informatie moet binnen een maand na aanvang van de werkzaamheden worden verstrekt en beschermt specifiek werknemers die niet goed weten wat van hen verwacht wordt, zoals soms uitzend- en oproepkrachten.³⁵⁸

4.6.3 *De huurder van woonruimte*

4.6.3.1 Inleiding

De huurder van woonruimte deed in 1917 zijn intrede in het contractenrecht als zwakkere partij (par. 4.6.3.2). De huurder van woonruimte wordt vrijwel uitsluitend beschermd tegen een gebrek aan onderhandelingspositie (par. 4.6.3.3).

4.6.3.2 Ontwikkeling van de bescherming van de huurder van woonruimte

Tot 1917 werd het huurrecht gekenmerkt door een grote mate van contractsvrijheid.³⁵⁹ Door krapte op de woningmarkt veranderde dat echter. Verschillende tijdelijke crisiswetten fixeerden de prijs en duur van de huur van woonruimte ten gunste van de huurder.³⁶⁰

355 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 27 (MvT).

356 Zie verder: Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/311-312.

357 Deze informatieplicht is een implementatie van Richtlijn (EU) 2019/1152 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie.

358 Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/242.

359 Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2021/1.

360 Zie voor een overzicht: Palstra 2008, par. 3.

Toen in 1951 ter vervanging van een crisiswet de Huurwet in werking trad, werd ook deze wet in eerste instantie als tijdelijk beschouwd.³⁶¹ Het idee was dat als vraag en aanbod van huurwoningen weer met elkaar in balans zouden komen, beperkingen van de contractsvrijheid overbodig zouden zijn. Dat bleek echter niet te gebeuren. Onder het mom van liberalisatie werd in 1979 weliswaar de Huurwet niet meer van toepassing verklaard op de huur van woonruimte, maar in datzelfde jaar werden verschillende bepalingen aan het Burgerlijk Wetboek toegevoegd die de huurder van woonruimte juist weer beschermden. In 2003 zijn deze bepalingen uit het Oud Burgerlijk Wetboek, die in 1992 tijdelijk ondergebracht waren in Boek 7A van het Burgerlijk Wetboek, verplaatst naar titel 7.4 BW.³⁶² Over de tweeledige ratio van de bescherming van de huurder van woonruimte werd daarbij in de parlementaire geschiedenis het volgende opgemerkt:

‘Bij de huur van woonruimte ligt de nadruk op bescherming van een grote groep van inwoners van Nederland die wegens de geringe omvang van hun inkomen voor hun woonbehoeften op huur zijn aangewezen. Voor deze groep is er zowel bescherming nodig ter zake van huurprijzen en andere vergoedingen als ter zake van de continuïteit van de bewoning, in het bijzonder tegen opzegging, als ook ter zake van bijkomende factoren als het op peil houden van de kwaliteit van de woning.’³⁶³

4.6.3.3 Kenmerken van de bescherming van de huurder van woonruimte

Een persoon kwalificeert als huurder als hij zich tegenover een verhuurder ‘verbindt tot een tegenprestatie’ voor het in gebruik verstrekken van ‘een zaak of een gedeelte daarvan’ (artikel 7:201 BW). Het algemeen huurrecht is in hoofdzaak van aanvullend recht, maar de huurder van woonruimte (artikel 7:232 BW) wordt door verschillende dwingendrechtelijke bepalingen (artikel 7:242, 7:265 en 7:282 BW) beschermd tegen vrijwel uitsluitend een gebrek aan onderhandelingspositie.³⁶⁴ Hij wordt beschermd door verschillende rechten, verboden voor de verhuurder en nadere specificeringen van zowel de verplichtingen van de verhuurder als zijn eigen verplichtingen ten aanzien van de prijs van huur en andere vergoedingen (afdeling 7.4.5.2 BW), medehuur en voortzetting van de huur (afdeling 7.4.5.3 BW), en beëindiging van de huur (afdeling 7.4.5.4 BW). Voorts zijn verschillende

361 Wet van 13 oktober 1950, *Stb.* 1950, 452.

362 Wet van 22 mei 2003, *Stb.* 2003, 218. Zie verder over de totstandkoming van het huurrecht: Asser/Rossel & Heisterkamp *7-II* 2021/2.

363 *Kamerstukken II* 1999/2000, 26089, nr. 6, p. 48.

364 De huurder van een middenstandsbedrijfsruimte wordt ook beschermd. Zie: afdeling 7.4.6 BW. Omdat de huurder van een middenstandsbedrijfsruimte in de regel geen particulier is, komt zijn bescherming hier verder niet aan bod. Zie eerder: par. 1.4.6.

algemene rechtsregels van het huurrecht bij de huur van woonruimte dwingend recht (artikel 7:242 BW), waaronder de rechtsregel dat koop geen huur breekt (artikel 7:226 BW).³⁶⁵

4.6.4 *De consument*

4.6.4.1 **Inleiding**

De consument heeft in 1975 als zwakkere partij zijn intrede gedaan in het contractenrecht (par. 4.6.4.2). De consument wordt in hoofdzaak beschermd tegen een gebrek aan onderhandelingspositie en een gebrek aan informatie, maar ook regelmatig tegen een gebrek aan weerstand en soms tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit (par. 4.6.4.3).

4.6.4.2 **Ontwikkeling van de bescherming van de consument**

Het consumentenrecht komt voort uit het consumentisme, het idee dat consumenten meer rechten behoren te hebben.³⁶⁶ Het consumentisme ontstond na de Tweede Wereldoorlog onder invloed van toenemende massaproductie en ook de steeds massaler worden- de wijze van verkoop. Producenten en handelaren werden daardoor in verschillende opzichten steeds machtiger ten opzichte van de consument, en om daaraan tegenwicht te bieden ontstond vanaf de jaren vijftig van de vorige eeuw een aantal consumentenorganisaties.³⁶⁷ Onder druk van die organisaties begon vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw zowel de Nederlandse als de Europese wetgever zich te bekommeren om de consument.³⁶⁸ De Colportagewet, die in 1975 in werking trad,³⁶⁹ was de eerste wet van contractrechtelijke aard die de consument bescherming bood. Als zwakkere partij deed de consument in 1992 pas expliciet zijn intrede in het Burgerlijk Wetboek.³⁷⁰

De consument is inmiddels, mede onder invloed van het Europees recht, de zwakkere partij waarvan de bescherming in het contractenrecht het meest omvangrijk is. Binnen de Europese Unie werd consumentenbescherming in eerste instantie enkel beschouwd als een middel ter realisering van de Europese interne markt en niet als een doel op zichzelf.³⁷¹ Voor een goede werking van de Europese interne markt werd een gelijk en hoog niveau van consumentenbescherming in de EU-lidstaten nodig geacht, omdat een consument

³⁶⁵ Zie verder: Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2021/177-522.

³⁶⁶ Rijken 2020, p. 19-20. Tegenwoordig wordt de term consumentisme soms ook gebruikt als aanduiding van het idee dat een consumptie maatschappij ook nadelen heeft.

³⁶⁷ Rijken 2020, p. 19-20. Zie tevens: Cseres 2005, p. 152-153.

³⁶⁸ Zie verder voor een overzicht: Van Mierlo 2018, p. 24-30.

³⁶⁹ Wet van 7 september 1973, *Stb.* 1973, 438.

³⁷⁰ Bij productaansprakelijkheid (artikel 6:185 e.v. BW), algemene voorwaarden (artikel 6:231 e.v. BW) en de consumentenkoop (artikel 7:1 e.v. BW). Zie verder: Hondius 2013, p. 1.

³⁷¹ Zie verder over het ontstaan van het Europees consumentenrecht: Bourgoignie 1998, p. 443-462; Rinkes 2020, p. 33-52; Krämer 2021, p. 13-30.

dan gemakkelijker kan contracteren met handelaren die buiten zijn eigen lidstaat gevestigd zijn. Bovendien zorgt harmonisering van het consumentenrecht ervoor dat producenten en handelaren hun producten en diensten makkelijker buiten hun eigen lidstaat kunnen aanbieden. Door harmonisering hoeven zij geen rekening te houden met per lidstaat verschillende niveaus van consumentenbescherming. Pas vanaf 1993, toen het Verdrag van Maastricht in werking trad, werd de bescherming van de consument ook een zelfstandig doel van de Europese Unie (zie thans artikel 114 lid 3 VWEU). Europese consumentenwetgeving heeft desalniettemin nog altijd een tweeledige doelstelling: bijdragen aan een goede werking van de Europese interne markt en een hoog niveau van consumentenbescherming realiseren.³⁷² Er kan een spanning bestaan tussen deze twee doelstellingen. Een hoog niveau van consumentenbescherming is niet altijd bevorderlijk voor een goede werking van de Europese interne markt, en als dat niet het geval is, delft de consumentenbescherming meestal het onderspit.³⁷³ Omdat richtlijnen steeds vaker maximumharmonisatie nastreven,³⁷⁴ bestaan er in dat geval voor een EU-lidstaat vaak ook geen mogelijkheden om de consument alsnog (meer) te beschermen.³⁷⁵

4.6.4.3 Kenmerken van de bescherming van de consument

Een persoon handelt in de hoedanigheid van een consument als hij een natuurlijk persoon is 'die handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteiten vallen' (zie bijvoorbeeld artikel 6:230 lid 1 sub a BW).³⁷⁶ Vaak is daarnaast voor de bescherming van een consument ook vereist dat de wederpartij in een bepaalde hoedanigheid handelt, meestal die van een handelaar.³⁷⁷ Een persoon kwalificeert als handelaar als hij een natuurlijk persoon of rechtspersoon is 'die handelt in het kader van zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit, al dan niet mede via een andere persoon die namens hem of voor zijn rekening optreedt' (zie bijvoorbeeld artikel 6:230 lid 1 sub b BW).³⁷⁸ De rechts-

372 Zie bijvoorbeeld: par. 7 Richtlijn 2011/83/EU. Zie verder: Unberath & Johnston 2007, p. 1237-1284.

373 Pavillon 2021, p. 18-20. Zie tevens: Cherednychenko 2022, p. 145.

374 Zie bijvoorbeeld: artikel 4 Richtlijn 2011/83/EU. Zie reeds in 2011 over de toenemende maximumharmonisatie: Mak 2011, p. 558-564.

375 Meer bescherming kan in ieder geval niet worden geboden als een richtlijn het nationaal privaatrecht vangt. Als er sprake is van scheiding of complementariteit tussen EU-marktregulering en nationaal privaatrecht kan (tot op zekere hoogte) wel meer bescherming worden geboden. Zie verder: Cherednychenko 2022, p. 146-154.

376 Soms wordt ook een negatieve formulering gehanteerd. Bijvoorbeeld: 'een natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf'. Zie: artikel 6:193a lid 1 sub a BW. Door het HvJ EU wordt het consumentenbegrip in beginsel uniform uitgelegd. Zie: HvJ EU 25 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:37, r.o. 28, NJ 2018/139 (*Schrems*). Wel kunnen er in theorie verschillen bestaan in de uitleg van het nationale consumentenbegrip en het Europese consumentenbegrip. In de praktijk zal dat echter niet snel het geval zijn. Zie uitgebreid: Schaub 2017, p. 30-40.

377 Een uitzondering hierop is bijvoorbeeld artikel 7:2 BW.

378 Een andere formulering die soms gehanteerd wordt, is een 'natuurlijke persoon of rechtspersoon die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf of degene die ten behoeve van hem handelt'. Zie: arti-

regels die de consument beschermen, vallen uiteen in grofweg drie categorieën: de rechtsregels van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek die de consument beschermen, hoofdzakelijk onafhankelijk van het type contract dat hij aangaat, de rechtsregels van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek die de consument bij bijzondere overeenkomsten beschermen, en de rechtsregels die voortvloeien uit de invulling van open normen en de consument beschermen.

De rechtsregels van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek beschermen de consument allereerst tegen een gebrek aan weerstand tegen oneerlijke handelspraktijken. Een oneerlijke handelspraktijk kwalificeert als een onrechtmatige gedraging (artikel 6:193b BW) en kan een grond zijn voor vernietiging van een overeenkomst (artikel 6:193j lid 3 BW).³⁷⁹ Een handelspraktijk is oneerlijk als een handelaar handelt in strijd met de vereisten van professionele toewijding en de handelspraktijk het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar beperkt of kan beperken (artikel 6:193b lid 2 BW). Verder kunnen specifiek ook misleidende (artikel 6:193c BW) en agressieve (artikel 6:193h BW) handelspraktijken oneerlijk zijn, en kan het verzwijgen van informatie tevens een oneerlijke handelspraktijk zijn (artikel 6:193d BW), waardoor bescherming wordt geboden tegen een gebrek aan informatie. Doorslaggevend voor het antwoord op de vraag of een handelspraktijk oneerlijk is, zijn telkens de eigenschappen van de maatmens, de gemiddelde consument, en niet die van de werkelijk bestaande consument die door de handelspraktijk beïnvloed wordt (artikel 6:193b BW). Pas als een handelspraktijk op de gemiddelde consument van invloed is, kan die oneerlijk zijn. Sinds het *Gut Springenheide*-arrest uit 1998 is het vaste rechtspraak van het HvJ EU dat de gemiddelde consument een ‘gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument’ is,³⁸⁰ alhoewel het HvJ EU deze maatstaf in 2015 in het *Teekanne*-arrest enigszins heeft bijgesteld (zie verder par. 5.3.3.2).³⁸¹ Verder wordt erkend dat bepaalde – zogeheten kwetsbare – consumenten ‘wegens hun geestelijke of lichamelijke beperking, hun leeftijd of goedgelovigheid’ (artikel 6:193a lid 2 BW) bijzonder vatbaar kunnen zijn voor handelspraktijken en zich daarom gemakkelijker kunnen laten beïnvloeden dan de maatmens, de gemiddelde consument.³⁸²

kel 6:193a lid 1 sub b BW.

379 De bescherming van de consument tegen oneerlijke handelspraktijken is een implementatie van Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt.

380 HvJ EG 16 juli 1998, ECLI:EU:C:1998:369, r.o. 31, NJ 2000/374, m.nt. Verkade (*Gut Springenheide*).

381 HvJ EU 4 juni 2015, ECLI:EU:C:2015:361, IER 2015/53, m.nt. Hoogenraad en Duivenvoorde (*Teekanne*).

382 Zie ook: artikel 5 lid 3 Richtlijn 2005/29/EG.

De rechtsregels van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek beschermen daarnaast tegen een gebrek aan onderhandelingspositie doordat de producent van een gebrekkig product risicoansprakelijk is voor schade die daardoor ontstaat (afdeling 6.3.3a BW).³⁸³ Tegen een gebrek aan informatie, een gebrek aan weerstand en een gebrek aan cognitieve capaciteit bij een overeenkomst die buiten de verkoopprijsruimte of op afstand wordt aangegaan, wordt de consument verder beschermd door onder meer een bedenktijd van veertien dagen (artikel 6:230o BW) en een zeer omvangrijke informatieplicht voor de handelaar, waarbij ook een transparantievereiste geldt (artikel 6:230m lid 1 BW).³⁸⁴ Als gebruik wordt gemaakt van algemene voorwaarden, wordt de consument voorts beschermd tegen een gebrek aan onderhandelingspositie en een gebrek aan informatie doordat een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar is als het onredelijk bezwarend is, of als de consument geen redelijke mogelijkheid is geboden daarvan kennis te nemen (artikel 6:233 BW).³⁸⁵

De rechtsregels van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek beschermen de consument onder meer bij de koop van een woning. Daarbij wordt de consument in hoofdzaak beschermd tegen een gebrek aan informatie en een overhaaste keuze, hetgeen veroorzaakt kan worden door een gebrek aan weerstand en een gebrek aan cognitieve capaciteit, door een bedenktijd van drie dagen (artikel 7:2 lid 2 BW) en een schriftelijkheidsvereiste (artikel 7:2 lid 2 BW).³⁸⁶ Bij de koop van een roerende zaak, de koop van digitale inhoud of een digitale dienst wordt de consument verder in hoofdzaak beschermd tegen een gebrek aan onderhandelingspositie door onder meer enkele rechten voor de consument en de nadere specificering van de contractuele plichten van zowel de verkoper als de consument (titel 7.1 en 7.1AA BW).³⁸⁷ Bij een overeenkomst over het gebruik in deeltijd van een overnachtingsaccommodatie, een vakantieproduct van lange duur, of bijstand bij verhandelen van

383 De bescherming van de consument bij productaansprakelijkheid is een implementatie van Richtlijn 85/374/EEG van de Raad van 25 juli 1985 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken.

384 Als een contract anders dan op afstand of buiten de verkoopprijsruimte wordt aangegaan, geldt voor een handelaar een minder uitgebreide informatieplicht. Zie: artikel 6:230l BW. Het merendeel van de artikelen 6:230g t/m 6:230v BW is een implementatie van Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten. Zie voor een overzicht van welke artikelen een implementatie zijn van die richtlijn: *Kamerstukken II* 2012/13, 33520, nr. 3, p. 65-70.

385 De artikelen 6:231 t/m 6:247 BW zijn deels een implementatie van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Zie verder over de Europeesrechtelijke oorsprong van deze artikelen: Asser/Sieburgh *6-III* 2018/462.

386 Zie verder over de ratio van de bedenktijd en het schriftelijkheidsvereiste: Keirse e.a. 2009, p. 10-11 en 58-59. Zie tevens: Breedveld-de Voogd 2022, p. 263-268.

387 De bepalingen uit titel 7.1 BW zijn deels een implementatie van Richtlijn (EU) 2019/771 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, tot wijziging van Verordening (EU) 2017/2394 en Richtlijn 2009/22/EG, en tot intrekking van Richtlijn 1999/44/EG. De bepalingen uit titel 7.1AA BW zijn een implementatie van Richtlijn (EU) 2019/770 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten.

een vakantieproduct wordt een consument voorts beschermd tegen een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand tegen ‘agressieve verkooptechnieken’³⁸⁸ door een schriftelijkheidsvereiste (artikel 7:50c BW), een bedenktijd van veertien dagen (artikel 7:50d BW) en een informatieplicht (artikel 7:50b en 7:50g BW).³⁸⁹ Bij een overeenkomst tot opdracht (titel 7.7 BW) wordt de consument beschermd tegen een gebrek aan onderhandelingspositie, onder meer bij opzegging van de overeenkomst tot opdracht (artikel 7:408 BW) en bij voortijdige beëindiging (artikel 7:411 BW). Bij specifiek de opdracht tot bouw van een woning wordt de consument beschermd tegen een gebrek aan informatie, een gebrek aan weerstand en een gebrek aan cognitieve capaciteit door een schriftelijkheidsvereiste en een bedenktijd van drie dagen (artikel 7:766 lid 2 BW). Tegen een gebrek aan onderhandelingspositie wordt de consument bij de opdracht tot bouw van een woning beschermd door onder meer een verbod op betalingsverplichtingen die niet overeenstemmen met de voortgang van de bouw of met de waarde van de overgedragen goederen (artikel 7:767 BW). Bij betaaldiensten wordt de consument onder andere beschermd tegen een gebrek aan onderhandelingspositie door nadere specificering van de plichten van een betaaldienstverlener en zijn aansprakelijkheid (titel 7B BW).³⁹⁰

Bij een kredietovereenkomst wordt een consument op basis van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek voorts niet alleen beschermd tegen een gebrek aan onderhandelingspositie, maar ook tegen een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand (titel 7.2 BW).³⁹¹ Zo gelden ter bescherming tegen een gebrek aan weerstand en een gebrek aan cognitieve capaciteit een aantal eisen voor de reclame voor consumptief en hypothecair krediet (artikel 7:59 en 7:120 BW) en een verbod op krediet-

388 *Kamerstukken II 1995/96, 24449, nr. 3, p. 1.*

389 Het gaat hier om een implementatie van Richtlijn 2008/122/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 januari 2009 betreffende de bescherming van de consumenten met betrekking tot bepaalde aspecten van overeenkomsten betreffende gebruik in deeltijd, vakantieproducten van lange duur, doorverkoop en uitwisseling.

390 De bepalingen uit deze afdeling zijn een implementatie van Richtlijn 2015/2366/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende betalingsdiensten in de interne markt, houdende wijziging van de Richtlijnen 2002/65/EG, 2009/110/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010 en houdende intrekking van Richtlijn 2007/64/EG.

391 De bepalingen uit deze afdeling zijn grotendeels een implementatie van Richtlijn 2008/48/EG van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en Richtlijn 2014/17/EU van het Europees Parlement en de Raad van 4 februari 2014 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten met betrekking tot voor bewoning bestemde onroerende goederen. Zie uitgebreid: Asser/Biemans & Van Schaick 7-IA 2021/63-160 en 209-282. Consumptief en hypothecair krediet zijn overigens slechts twee bijzondere kredietovereenkomsten die in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek geregeld zijn. Zie verder over de andere kredietovereenkomsten die daarin geregeld zijn en over samenloop met consumptief en hypothecair krediet: Asser/Biemans & Van Schaick 7-IA 2021/9-17. Ook het financieel toezichtrecht bevat verschillende rechtsregels voor kredietverstrekkers die (indirect) bescherming bieden. Zie verder: Van den Eerden e.a. 2018, p. 353-400.

colportage (artikel 6:230z BW). Ter bescherming tegen een gebrek aan informatie en een gebrek aan cognitieve capaciteit gelden hiernaast bij zowel consumptief als hypothecair krediet een bedenktijd van veertien dagen (artikel 7:66 en 7:122 lid 5 BW) en een informatieplicht waaraan moet worden voldaan door verstrekking van een gestandaardiseerd informatiedocument (artikel 7:60 en 7:122 BW). Bij hypothecair krediet geldt voorts een waarschuwingsplicht voor de risico's die er zijn (artikel 7:120 lid 4 BW). Ter bescherming tegen een gebrek aan onderhandelingspositie heeft de consument verder bijvoorbeeld bij consumptief krediet onder meer het recht de overeenkomst kosteloos te beëindigen (artikel 7:65 BW).

Tot slot wordt de consument ook beschermd door de nadere invulling die wordt gegeven aan de open normen van het verbintenissenrecht. Doorgaans wordt daarbij niet de consument expliciet genoemd als zwakkere partij, maar wordt het gegeven dat een persoon handelt voor doeleinden buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteiten wel – impliciet – relevant geacht voor de invulling van de open norm.³⁹² Een voorbeeld hiervan is de bijzondere zorgplicht van financiële instellingen.³⁹³ Deze bijzondere zorgplicht is een abstracte gedragsnorm die veelal gebaseerd wordt op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW) en zich manifesteert via verschillende leerstukken van het verbintenissenrecht, zoals onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW), wanprestatie (artikel 6:74 BW) en de algemene zorgplicht van de opdrachtnemer (artikel 7:401 BW).³⁹⁴ De bijzondere zorgplicht heeft volgens de Hoge Raad als strekking bescherming te bieden 'tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht',³⁹⁵ hetgeen geïnterpreteerd kan worden als een gebrek aan cognitieve capaciteit (zie verder par. 11.4.2). Inmiddels heeft de Hoge Raad een bijzondere zorgplicht aangenomen bij onder meer vermo-

392 In zekere zin benadrukt dit de willekeur van het onderscheid tussen de verschillende particuliere zwakkere partijen. Zie: par. 4.6.1.

393 Zelf hanteert de Hoge Raad in dit kader doorgaans als terminologie 'afnemer', 'cliënt', 'wederpartij' of 'belegger'. Omdat de bijzondere zorgplicht in hoofdzaak wordt toegepast bij natuurlijke personen die handelen voor doeleinden die buiten hun bedrijfs- of beroepsactiviteiten vallen, wordt in dit onderzoek ook de term consument gebruikt. Er bestaat discussie over het antwoord op de vraag in hoeverre de bijzondere zorgplicht ook (kleine) ondernemingen beschermt. Zie bijvoorbeeld uitvoerig: Janssen 2017. In de lagere rechtspraak werd reeds een bijzondere zorgplicht aangenomen bij rentederivaten die zijn aangegaan door mk-b'ers. Zie: Hof Amsterdam 28 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4946, JOR 2018/72, m.nt. Strijbos.

394 Asser/De Serière 2-IV 2018/729. Schelhaas merkt op dat de Hoge Raad gestopt is met verwijzen naar de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid bij de bijzondere zorgplicht. Zie: Schelhaas 2017, p. 57.

395 Zie bijvoorbeeld: HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, r.o. 3.6.3, NJ 2005/103, m.nt. Du Perron (*Van Zuylen/Rabobank*).

gensbeheer,³⁹⁶ beleggingsadvies,³⁹⁷ het aanbieden van beleggingshypotheek,³⁹⁸ het aanbieden van effectenleaseproducten³⁹⁹ en optiehandel.⁴⁰⁰ De bijzondere zorgplicht kan, zo blijkt uit rechtspraak van de Hoge Raad, drie verplichtingen met zich brengen: een adviesplicht, een waarschuwingplicht en – bij bijzondere omstandigheden – een weigeringsplicht (zie verder par. 11.3).⁴⁰¹

4.6.5 *De particuliere borg*

4.6.5.1 **Inleiding**

De particuliere borg deed met inwerkingtreding van het Nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992 zijn intrede in het contractenrecht (par. 4.6.5.2). De particuliere borg wordt op verschillende manieren beschermd tegen een gebrek aan weerstand tegen sociale druk en een gebrek aan cognitieve capaciteit om een risico-inschatting te maken (par. 4.6.5.3).

4.6.5.2 **Ontwikkeling van de bescherming van de particuliere borg**

In de parlementaire geschiedenis wordt over de ratio van de bescherming van de particuliere borg opgemerkt dat:

‘[j]uist bij de particuliere borg (...) het gevaar van ondoordachtheid of misplaatst vertrouwen in de goede afloop het grootste is, terwijl bij hem het inzicht, nodig voor het beoordelen van de gevolgen van de van hem verlangde transactie, het vaakst zal ontbreken.’⁴⁰²

396 HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011/251, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*).

397 HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914, NJ 2012/95 (*Rabobank Vaart & Vecht/X*); HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497, m.nt. Hijma (*Van de Steeg c.s./Rabobank*).

398 HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, NJ 2017/363, m.nt. Tjong Tjin Tai (*SNS/Stichting Gedupeerden Overwaardeconstructie*).

399 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, NJ 2012/183, m.nt. Vranken (*Levob/Bolle*); HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182, m.nt. Vranken (*De Treek/Dexia*); HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, NJ 2012/184, m.nt. Vranken (*Aegon/GeSP*).

400 HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, NJ 2005/103, m.nt. Du Perron (*Van Zuylen/Rabobank*). Overigens kan de bijzondere zorgplicht ook derden beschermen. Zie: HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, NJ 1999/285, m.nt. Kleijn (*Mees Pierson/Ten Bos*); HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, NJ 2006/289, m.nt. Mok (*Safe Haven*).

401 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, r.o. 5.2.2, NJ 2012/182, m.nt. Vranken (*De Treek/Dexia*). Zie verder: Busch 2020, p. 455-458.

402 Reehuis, Slob & Van Zeven (red.) 1991, p. 433 (MvA).

Voordat de particuliere borg in 1992 zijn intrede deed in het Burgerlijk Wetboek, had de Hoge Raad reeds in 1990 bepaald dat er voor een kredietverstrekker op basis van het wilsgebrek dwaling een informatieplicht geldt over het risico van borgtocht.⁴⁰³

4.6.5.3 Kenmerken van de bescherming van de particuliere borg

Bij een overeenkomst van borgtocht verbindt de ene partij, de borg, zich tegenover een andere partij, de schuldeiser, tot nakoming van een verbintenis van een ander, de hoofdschuldenaar (artikel 7:850 BW). Een persoon handelt in de hoedanigheid van een particuliere borg als hij een borgtochtovereenkomst aangaat en een natuurlijk persoon is die daarbij 'noch handelde in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, noch ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van een naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, waarvan hij bestuurder is en alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid der aandelen heeft' (artikel 7:857 BW). De particuliere borg wordt op verschillende wijzen beschermd tegen een gebrek aan weerstand tegen sociale druk en een gebrek aan cognitieve capaciteit om een risico-inschatting te maken (zie verder par. 12.4.2). Zo mogen voor de particuliere borg geen bezwaardere voorwaarden gelden dan voor de hoofdschuldenaar (artikel 7:860 BW) en gelden er verschillende vormvoorschriften, waaronder een schriftelijkheidsvereiste (artikel 7:859 BW), die de particuliere borg trachten te beschermen door hem nader te laten reflecteren op het risico van borgtocht. Verder is een borgtochtovereenkomst enkel geldig voor zover een (maximum) bedrag is overeengekomen (artikel 7:858 BW), en geldt voor een kredietverstrekker een informatieplicht over het risico van borgtocht.⁴⁰⁴

4.6.6 De reiziger

4.6.6.1 Inleiding

Met inwerkingtreding van het Nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992 deed ook de reiziger zijn intrede in het contractenrecht als zwakkere partij (par. 4.6.6.2). De reiziger wordt bij een pakketreisovereenkomst en een gekoppeld reisarrangement beschermd tegen in hoofdzaak een gebrek aan informatie en een gebrek aan onderhandelingspositie (par. 4.6.6.3).

4.6.6.2 Ontwikkeling van de bescherming van de reiziger

Vanaf 1992 werd de reiziger in het Burgerlijk Wetboek beschermd door de implementatie van de Europese richtlijn betreffende pakketreizen.⁴⁰⁵ Die richtlijn is in 2015 vervangen

403 HR 1 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7632, NJ 1990/759, m.nt. Brunner (*Van Landschot/Brink*).

404 HR 1 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7632, NJ 1990/759, m.nt. Brunner (*Van Landschot/Brink*).

405 Richtlijn 1990/314/EEG van de Raad van 13 juni 1990 betreffende pakketreizen, met inbegrip van vakantiepakketten en rondreispakketten.

door een richtlijn die de bescherming van de reiziger moderniseerde, waarna in 2018 ook de rechtsregels in het Burgerlijk Wetboek zijn aangepast.⁴⁰⁶ Met de bescherming van de reiziger wordt een hoog beschermingsniveau nagestreefd en wordt getracht een Europese interne markt tot stand te brengen voor de toeristische sector.⁴⁰⁷

4.6.6.3 Kenmerken van de bescherming van de reiziger

Een persoon handelt in de hoedanigheid van een reiziger als hij een pakketreisovereenkomst aangaat of een gekoppeld reisarrangement aanschaft. Van een pakketreisovereenkomst is sprake als een reis geboekt wordt die in ieder geval twee reisdiensten omvat (artikel 7:500 sub b BW). Een reisdienst is: personenvervoer, verhuur van accommodatie, verhuur van een motorvoertuig, of een andere toeristische dienst (artikel 7:500 sub a BW). Van een gekoppeld reisarrangement is kort gezegd sprake als via één handelaar door onderling verbonden boekingsprocedures met ten minste twee reisdienstverleners overeenkomsten worden gesloten die elk toezien op een andere reisdienst (artikel 7:500 sub e BW). Natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf kunnen als reiziger kwalificeren, maar ook 'vertegenwoordigers van kleine ondernemingen of beroepsbeoefenaren die een zaken- of dienstreis boeken via dezelfde boekingskanalen als consumenten'.⁴⁰⁸ Bij een pakketreisovereenkomst wordt de reiziger beschermd tegen een gebrek aan informatie en een gebrek aan cognitieve capaciteit. Een reisorganisator moet een reiziger op duidelijke en begrijpelijke wijze en deels door een gestandaardiseerd informatiedocument informeren over de kenmerken van een pakketreis (artikel 7:502 BW). Door een nadere specificering van de contractuele verplichtingen van de organisator wordt de reiziger verder ook beschermd tegen een gebrek aan onderhandelingspositie. Zo is onder meer nader gespecificeerd wanneer er sprake is van non-conformiteit (artikel 7:510 BW) en welke verplichtingen de organisator heeft bij insolventie (artikel 7:513a BW). Bij een gekoppeld reisarrangement heeft de handelaar de plicht de reiziger te beschermen tegen insolventie en hem erover te informeren dat hij bij een gekoppeld reisarrangement minder beschermd wordt dan bij een pakketreis (artikel 7:513b BW). Deze informatieplicht geldt omdat de aankoop van een gekoppeld reisarrangement veel kan lijken op de aankoop van een pakketreis.⁴⁰⁹

406 Richtlijn (EU) 2015/2302 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende pakketreizen en gekoppelde reisarrangementen, houdende wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en van Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad, en tot intrekking van Richtlijn 90/314/EEG van de Raad.

407 Par. 6 Richtlijn (EU) 2015/2302.

408 Par. 7 Richtlijn (EU) 2015/2302.

409 Par. 13 Richtlijn (EU) 2015/2302.

4.6.7 *De patiënt*

4.6.7.1 **Inleiding**

In 1995 deed de patiënt zijn intrede in het Burgerlijk Wetboek (par. 4.6.7.2). De patiënt wordt bij een geneeskundige behandeling in hoofdzaak beschermd tegen een gebrek aan informatie en een gebrek aan onderhandelingspositie (par. 4.6.7.3).

4.6.7.2 **Ontwikkeling van de bescherming van de patiënt**

Vanwege het publiekrechtelijke toezicht op de kwaliteit van de gezondheidszorg werd lange tijd een privaatrechtelijke regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst als overbodig beschouwd. Toen vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw steeds meer belang werd gehecht aan de autonomie van de patiënt, werd ook een contractrechtelijke versteviging van zijn positie als wenselijk beschouwd,⁴¹⁰ mede omdat hij dan gemakkelijker zelf zijn rechten kan handhaven.⁴¹¹

4.6.7.3 **Kenmerken van de bescherming van de patiënt**

Een persoon handelt in de hoedanigheid van een patiënt als hij met een hulpverlener met een geneeskundig beroep of bedrijf een overeenkomst aangaat ‘tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst’ (artikel 7:466 lid 1 BW).⁴¹² De patiënt wordt bij een geneeskundige behandeling beschermd tegen een gebrek aan informatie door onder meer het zogeheten *informed consent*-vereiste (artikel 7:448 t/m 7:451 BW). Dit vereiste houdt in dat de hulpverlener de patiënt op duidelijke wijze en desgevraagd schriftelijk moet informeren over de voorgenomen behandeling, waaronder ook de risico’s daarvan. Voorts houdt dit vereiste in dat voor verrichtingen ten behoeve van een behandeling toestemming van de patiënt vereist is (artikel 7:450 BW). Deels ter bescherming tegen een gebrek aan informatie heeft de hulpverlener hiernaast een dossierplicht (artikel 7:454 BW) en de patiënt het recht om zijn dossier in te zien en eventueel daaraan iets toe te voegen (artikel 7:456 BW). Tegen een gebrek aan onderhandelingspositie – of wellicht meer passend binnen deze context: om de patiënt het recht te geven op een deugdelijke behandeling – dient de hulpverlener onder meer de zorg van een goed hulpverlener in acht te nemen (artikel 7:453 BW), en mag hij, behoudens gewichtige redenen, de behandelingsovereenkomst niet opzeggen (artikel 7:460 BW).⁴¹³

410 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/381-382.

411 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 24.

412 Artikel 7:464 BW bepaalt dat afdeling 7.7.5 BW niet alleen van toepassing is op de geneeskundige behandelingsovereenkomsten, maar ook op behandelingen zonder overeenkomst, voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet.

413 Zie verder over de bescherming van de patiënt: Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/381-468.

4.6.8 *De particuliere verzekeringnemer*

4.6.8.1 **Inleiding**

De particuliere verzekeringnemer deed als zwakkere partij in 2006 zijn intrede in het Burgerlijk Wetboek (par. 4.6.8.2). Op basis van de rechtsregels van het Burgerlijk Wetboek wordt de particuliere verzekeringnemer in hoofdzaak beschermd tegen een gebrek aan onderhandelingspositie (par. 4.6.8.3).

4.6.8.2 **Ontwikkeling van de bescherming van de particuliere verzekeringnemer**

De verzekeringsovereenkomst werd vanaf 1838 geregeld in het Wetboek van Koophandel en in een aantal aanvullende wetten.⁴¹⁴ Hoewel er nog steeds verschillende aanvullende wetten zijn die betrekking hebben op verzekeringen – zie bijvoorbeeld de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen –, is sinds 2006 de verzekeringsovereenkomst geregeld in titel 7.17 BW. In het voorontwerp van titel 7.17 BW waren nauwelijks dwingend-rechtelijke bepalingen opgenomen.⁴¹⁵ Vanwege de toenemende bescherming van de consument is in een later stadium van het wetgevingsproces besloten toch ook de particuliere verzekeringnemer te beschermen door verschillende dwingendrechtelijke bepalingen op te nemen. In de parlementaire geschiedenis wordt niet expliciet vermeld waarom de particuliere verzekeringnemer beschermd wordt.⁴¹⁶ Enkel impliciet kan uit de parlementaire geschiedenis worden afgeleid dat hij in hoofdzaak beschermd wordt tegen een gebrek aan onderhandelingspositie.⁴¹⁷ Sinds 2007 wordt de (particuliere) verzekeringnemer verder ook beschermd door het financieel toezichtrecht.⁴¹⁸

4.6.8.3 **Kenmerken van de bescherming van de particuliere verzekeringnemer**

Een persoon handelt in de hoedanigheid van een particuliere verzekeringnemer als hij een natuurlijk persoon is die een verzekering (artikel 7:925 BW) afsluit anders dan in de uitoefening van een beroep of bedrijf (artikel 7:943 lid 3, 7:963 lid 6 en 7:986 lid 3 BW). Tegen een gebrek aan onderhandelingspositie wordt de particuliere verzekeringnemer onder meer beschermd doordat zowel de omvang van zijn mededelingsplicht bij het aangaan van een verzekering (artikel 7:928 lid 1 BW) als de sanctie die staat op niet-naleving daarvan (artikel 7:929 en 7:930 BW) nader gespecificeerd is. Voorts heeft de particuliere verzekeringnemer recht op opzegging van de overeenkomst als de voorwaarden ten nadele van hem gewijzigd worden (artikel 7:940 lid 4 BW). Zowel de particuliere als de niet-par-

414 Zie verder over de totstandkoming van het verzekeringsrecht: Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 7-IX 2019/1-14.

415 *Kamerstukken II* 1985/86, 19529, nr. 3, p. 2 (MvT).

416 Wansink 2010, p. 38.

417 *Kamerstukken I* 2004/05, 19529, B, p. 4 (MvA).

418 Zie verder: Meijer e.a. (red.) 2016.

ticuliere verzekeringnemer wordt hiernaast omwille van rechtszekerheid beschermd tegen een gebrek aan informatie door de plicht voor een verzekeraar om mededelingen schriftelijk te doen (artikel 7:933 BW).⁴¹⁹ Bij een schadeverzekering wordt een particuliere verzekeringnemer verder beschermd tegen een gebrek aan onderhandelingspositie, onder meer doordat de verzekeraar de redelijke kosten voor het vaststellen van de schade moet dragen (artikel 7:959 BW). Bij een levensverzekering wordt de verzekeringnemer beschermd tegen een gebrek aan onderhandelingspositie, onder meer door het recht de verzekering premievrij voort te zetten (artikel 7:978 lid 2 BW).

4.6.9 *De particuliere pandbelener*

4.6.9.1 **Inleiding**

In 2014 deed de particuliere pandbelener zijn intrede in het Burgerlijk Wetboek (par. 4.6.9.2). De pandbelener wordt beschermd tegen een gebrek aan onderhandelingspositie, een gebrek aan informatie en een gebrek aan cognitieve capaciteit (par. 4.6.9.3).

4.6.9.2 **Ontwikkeling van de bescherming van de particuliere pandbelener**

Sinds 2014 beschermen de rechtsregels van titel 7.2D BW de particuliere pandbelener. Voor die tijd gold de Pandhuiswet uit 1910, maar die werd door de wetgever als sterk verouderd ervaren, onder meer omdat die nauwelijks bescherming bood en niet van toepassing was op de in de praktijk veelgebruikte constructie van verkoop met recht op terugkoop.⁴²⁰ Uit de parlementaire geschiedenis bij titel 7.2D BW blijkt dat de bescherming van de pandbelener onderdeel is van maatregelen op het gebied van armoedepreventie en schuldhulpverlening.⁴²¹

4.6.9.3 **Kenmerken van de bescherming van de particuliere pandbelener**

Een persoon handelt in de hoedanigheid van een particuliere pandbelener als hij een overeenkomst van pandbelening aangaat (artikel 7:130 BW) en hij 'een natuurlijke persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf' (artikel 7:132 BW). Ter bescherming tegen een gebrek aan informatie en deels ook tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit moet een pandhuis een pandbelener in staat stellen kennis te nemen van de lengte van de beleentermijn en de hoogte van de pandbeleningsvergoeding (artikel 7:133 BW), moet de overeenkomst tot pandbelening schriftelijk worden aangegaan, en moet de overeenkomst bepaalde standaardinformatie bevatten die duidelijk en beknopt geformuleerd dient te zijn (artikel 7:134 BW). Ter bescherming tegen een gebrek aan on-

419 *Kamerstukken II* 1985/86, 19529, nr. 3, p. 14 (MvT).

420 *Kamerstukken II* 2011/12, 33334, nr. 3, p. 2-4.

421 *Kamerstukken II* 2011/12, 33334, nr. 3, p. 1.

derhandelingspositie is onder andere een maximale pandbeleningsvergoeding vastgesteld (artikel 7:137).⁴²²

4.7 SYNTHESE: DE TOEPASSINGSVOORWAARDEN VOOR BESCHERMINGSTECHNIEKEN

4.7.1 *Inleiding*

Als synthese van de verschillende perspectieven op de rechtsregels die zwakkere partijen beschermen en de inzichten uit het voorgaande hoofdstuk (hoofdstuk 3) wordt in deze paragraaf ingegaan op de spanning tussen de bescherming van zwakkere partijen en het behouden van hun contractsvrijheid (par. 4.7.2). Daarnaast worden de voorwaarden in kaart gebracht die, zo blijkt impliciet, gelden voor toepassing van fraternalistische en paternalistische beschermingstechnieken (par. 4.7.3).

4.7.2 *De spanning tussen de bescherming van zwakkere partijen en het behouden van hun contractsvrijheid*

Ter bescherming tegen een gebrek aan onderhandelingspositie worden zwakkere partijen in hoofdzaak beschermd door paternalistische beschermingstechnieken, omdat die kunnen beletten dat een sterkere partij misbruik kan maken van haar sociaaleconomische machtspositie. Ter bescherming tegen een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand worden in hoofdzaak fraternalistische beschermingstechnieken toegepast. Als die te weinig bescherming bieden, moet worden overwogen om paternalistische beschermingstechnieken toe te passen, aangezien die doorgaans een sterker effect hebben omdat zij een optie verbieden of gebiedten. Het nadeel van paternalistische beschermingstechnieken is echter dat zij autonomie ook kunnen beperken vanwege de doorgaans categorische toepassing ervan (zie eerder par. 4.4.1) en de pluraliteit van eigen wensen. Hierdoor bestaat er een spanning tussen de bescherming van zwakkere partijen en het behouden van hun contractsvrijheid.

Deze spanning kan nader worden geïllustreerd aan de hand van de bijzondere zorgplicht van financiële instellingen. In 2009 heeft de Hoge Raad bepaald dat ter bescherming ‘tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht’, hetgeen geïnterpreteerd kan

422 Zie verder over de bescherming van de particuliere pandbelener: Asser/Biemans & Van Schaick 7-IA 2021/243-283.

worden als een gebrek aan cognitieve capaciteit (zie verder par. 11.4.2), aanbieders van effectenleaseproducten in het kader van de bijzondere zorgplicht een advies- en waarschuwingsplicht hebben.⁴²³ Effectenleaseproducten zijn kort gezegd complexe financiële producten waarbij met geleend geld wordt belegd (zie verder par. 11.2). Voor een aanbieder van effectenleaseproducten geldt, behoudens bijzondere omstandigheden, geen weigeringsplicht omdat een andersluidende opvatting volgens de Hoge Raad ‘geen recht zou doen aan het beginsel van de contractsvrijheid’.⁴²⁴ In eerdere arresten had de Hoge Raad echter bepaald dat financiële instellingen bij het uitvoeren van optietransacties in het kader van de bijzondere zorgplicht wel een weigeringsplicht hebben als de belegger niet aan zijn marginverplichting voldoet (zie eerder par. 3.4.4.2).⁴²⁵

De gevolgen die het al dan niet bestaan van een weigeringsplicht heeft voor de autonomie van een afnemer van een effectenleaseproduct en de autonomie van een belegger die optietransacties wil laten uitvoeren, duiden de kern aan van de spanning tussen de bescherming van zwakkere partijen en het behouden van hun contractsvrijheid. De autonomie van een belegger die optietransacties wil laten uitvoeren, maar wiens keuze beïnvloed wordt door een gebrek aan cognitieve capaciteit, wordt door een weigeringsplicht beschermd omdat die voorkomt dat hij kan kiezen voor de optie die niet aansluit bij zijn eigen wensen. Daar staat tegenover dat de autonomie van de belegger wiens keuze voor het laten uitvoeren van optietransacties niet beïnvloed wordt door een gebrek aan cognitieve capaciteit, door een weigeringsplicht wordt beperkt. Door de weigeringsplicht kan hij namelijk niet kiezen voor de optie die aansluit bij zijn eigen wensen. Als ter bescherming van een zwakkere partij haar contractsvrijheid wordt beperkt, bestaat aldus de kans dat terwijl de autonomie van de ene zwakkere partij beschermd wordt, die van een ander wordt beperkt. Als daarentegen ter bescherming van een zwakkere partij haar contractsvrijheid niet wordt beperkt, kan dat ook zowel positieve als negatieve gevolgen hebben. De autonomie van een afnemer die een effectenleaseproduct wil afnemen, maar wiens contractuele keuze ondanks het advies en de waarschuwing beïnvloed wordt door een gebrek aan cognitieve capaciteit, wordt onvoldoende beschermd. Daar staat tegenover dat de autonomie van een afnemer wiens contractuele keuze voor de aanschaf van een effectenleaseproduct niet beïnvloed wordt door een gebrek aan cognitieve capaciteit, niet wordt beperkt. Zonder weigeringsplicht behoudt hij de mogelijkheid de contractuele keuze te maken die

423 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, r.o. 5.2.2, NJ 2012/182, m.nt. Vranken (*De Treek/Dexia*). Zie verder over de kwalificatie van eigen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht als een gebrek aan cognitieve capaciteit: par. 11.4.2. Zie verder over de kenmerken van effectenleaseproducten: par. 11.2.

424 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, r.o. 4.12.2, NJ 2012/182, m.nt. Vranken (*De Treek/Dexia*).

425 Zie bijvoorbeeld: HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, r.o. 4.3, NJ 1998/192, m.nt. Van Zeben (*Rabobank/Everaars*); HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, r.o. 3.6.4, NJ 2005/103, m.nt. Du Perron (*Van Zuylen/Rabobank*).

aansluit bij zijn eigen wensen. Schematisch kunnen de gevolgen van het al dan niet beperken van de contractsvrijheid ter bescherming van een zwakkere partij, en daarmee de kern van de spanning tussen het beschermen van zwakkere partijen en het behouden van hun contractsvrijheid, worden weergegeven als in tabel 1.

Tabel 1 De spanning tussen het bieden van bescherming en het behouden van contractsvrijheid

	Bescherming door een fraternalistische beschermingstechniek	Bescherming door een paternalistische beschermingstechniek
Autonomie van zwakkere partij die geen bescherming nodig heeft	Wordt niet beperkt	Wordt beperkt
Autonomie van zwakkere partij die bescherming nodig heeft	Wordt versterkt, tenzij de fraternalistische beschermingstechniek onvoldoende bescherming biedt	Wordt versterkt

4.7.3 *Toepassingsvoorwaarden*

4.7.3.1 **Inleiding**

Uit de keuzes die in het Nederlandse en Europese recht zijn gemaakt ten aanzien van de bescherming van zwakkere partijen blijkt impliciet dat fraternalistische en paternalistische beschermingstechnieken pas worden toegepast als aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Aan de hand van een aantal voorwaarden kan namelijk bij benadering worden gereconstrueerd wanneer door fraternalistische en paternalistische beschermingstechnieken bescherming geboden wordt. Voor de toepassing van een fraternalistische beschermingstechniek gelden impliciet de voorwaarden dat de keuze van een zwakkere partij beïnvloed wordt door een gebrek (par. 4.7.3.2), en dat eigen verantwoordelijkheid het uitgangspunt blijft van het contractenrecht (par. 4.7.3.3). Voor de toepassing van een paternalistische beschermingstechniek gelden naast de twee voorwaarden die voor een fraternalistische beschermingstechniek gelden, impliciet de voorwaarde dat fraternalistische beschermingstechnieken onvoldoende bescherming bieden (par. 4.7.3.4), en dat vrijwel alle zwakkere partijen de voorgeschreven contractsinhoud zouden kunnen aanvaarden (par. 4.7.3.5).

4.7.3.2 **Toepassingsvoorwaarde I: de contractuele keuze van een zwakkere partij wordt beïnvloed door een gebrek**

De eerste voorwaarde die impliciet geldt voor de toepassing van een fraternalistische en paternalistische beschermingstechniek is dat zonder bescherming de contractuele keuze

van een zwakkere partij beïnvloed wordt door een gebrek aan onderhandelingspositie, een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit of een gebrek aan weerstand. Wordt de contractuele keuze van een zwakkere partij niet door een van deze gebreken beïnvloed, dan is er ook geen reden om bescherming te bieden. Deze toepassingsvoorwaarde is primair feitelijk van aard, in die zin dat uit empirisch onderzoek naar de wensen van zwakkere partijen en de contractuele keuzes die zij maken, kan blijken of een contractuele keuze beïnvloed wordt door een gebrek of niet. Desondanks heeft deze voorwaarde in de praktijk om twee redenen tevens een normatief karakter. Ten eerste wordt door de wetgever maar zelden grondig onderzocht of een contractuele keuze van een zwakkere partij beïnvloed wordt door een gebrek of niet. Vaak zijn het maatschappelijke problemen, anekdotische informatie en aannames die zonder uitvoerig vervolgonderzoek de aanleiding zijn om een zwakkere partij te beschermen.⁴²⁶ Ten tweede kunnen individuele verschillen tussen zwakkere partijen ervoor zorgen dat de contractuele keuze van bijvoorbeeld de ene consument beïnvloed wordt door een gebrek, maar die van een andere consument in dezelfde situatie niet of minder. Het is uiteindelijk een rechtspolitieke keuze hoeveel zwakkere partijen contractuele keuzes moeten maken die beïnvloed worden door een gebrek, en hoe sterk een gebrek een keuze moet beïnvloeden voordat daartegen bescherming moet worden geboden. De eerste toepassingsvoorwaarde hangt in dit opzicht nauw samen met de tweede toepassingsvoorwaarde.

4.7.3.3 Toepassingsvoorwaarde II: eigen verantwoordelijkheid blijft het uitgangspunt van het contractenrecht

De tweede impliciete voorwaarde voor toepassing van een fraternalistische en paternalistische beschermingstechniek is dat eigen verantwoordelijkheid het uitgangspunt blijft van het contractenrecht ondanks de bescherming die wordt geboden. In het contractenrecht is eigen verantwoordelijkheid – oftewel: *caveat emptor*⁴²⁷ – het uitgangspunt, en zijn solidariteit, altruïsme en barmhartigheid de uitzondering.⁴²⁸ Een belangrijke reden daarvoor is dat eigen verantwoordelijkheid voor het nastreven van eigen wensen het werkingsmechanisme is van het contractenrecht. Daarover stelt Nieuwenhuis:

‘Zonder erkenning van het eigenbelang als het perpetuum mobile van het contracteren is begrip van het contractenrecht niet mogelijk. (...) De harde kern

426 Zie tevens: Van Boom 2020, p. 268-269. In andere rechtsgebieden wordt ook een soortgelijke constatering gedaan door: Vermolen & Van Boom 2017, p. 245-252; Van Gestel & Van Lochem 2018, p. 120-133.

427 Letterlijk: koper, wees op je hoede.

428 Nieuwenhuis 2009, p. 2255. Zie verder ook Jansen, die dit standpunt aan de hand van rechtspraak nader onderbouwt: Jansen 2012, p. 90-94. Hondius stelt overigens dat door de opkomst van de bescherming van zwakkere partijen solidariteit inmiddels het nieuwe uitgangspunt is. Zie: Hondius 1999, p. 387-395. Hij vindt voor die stelling echter weinig weerklink in de juridische literatuur.

van het contractenrecht is de kunst van twee partijen om beiden winst te maken.⁴²⁹

Enkel als het de eigen verantwoordelijkheid van personen is om eigen wensen na te streven door met anderen te contracteren, komen de optimale contracten tot stand (zie eerder par. 3.3.3). Een persoon weet namelijk over het algemeen zelf het best wat hij wil. Het contractenrecht zou zagezegd tot stilstand komen als het uitgangspunt daarvan is dat een persoon verplicht is om te contracteren omwille van de autonomie van een ander.⁴³⁰ Jansen schetst de gevolgen die een dergelijk uitgangspunt zou hebben als volgt:

‘Partijen zouden over elkaar heen buitelen in pogingen tot wederzijdse belangenbehartiging en er zou – afgezien van enkele utopische gevallen van volmaakte conformiteit van de betrokken belangen – geen wilsovereenstemming worden bereikt.’⁴³¹

Dat eigen verantwoordelijkheid het uitgangspunt van het contractenrecht is, betekent niet dat van sterkere partijen niet een bepaalde mate van solidariteit gevergd wordt, doordat zij bescherming moeten bieden aan zwakkere partijen.⁴³² Van eigen verantwoordelijkheid als het uitgangspunt van het contractenrecht wordt ter bescherming van een zwakkere partij echter enkel afgeweken als daar een goede reden voor is. Niet in elke situatie waarin een contractuele keuze van een zwakkere partij beïnvloed wordt door een gebrek wordt daarom bescherming geboden. Wat in een specifiek geval een goede reden is om af te wijken van eigen verantwoordelijkheid als uitgangspunt van het contractenrecht is een rechtspolitieke keuze en hangt af van de omstandigheden van het geval. Uit de huidige bescherming die aan zwakkere partijen wordt geboden, kan worden afgeleid dat bij die rechtspolitieke keuze in ieder geval vijf gezichtspunten relevant zijn. Ten eerste wordt bescherming eerder geboden als het gaat om een contractuele keuze die direct of indirect van invloed is op de wijze waarop een persoon in zijn primaire levensbehoeften voorziet. Mede om deze reden wordt onder meer bescherming geboden aan de werknemer, aan de huurder van woonruimte en aan de consument bij koop en krediet. Ten tweede wordt bescherming eerder geboden als een contractuele keuze die beïnvloed wordt door een gebrek verstrekende negatieve gevolgen kan hebben. Dit blijkt onder meer uit de bescherming die de particuliere borg wordt geboden, en de bescherming bij risicovolle financiële producten. Ten derde wordt bescherming eerder geboden als de sterkere partij veel deskundiger of op

429 Nieuwenhuis 2009, p. 2255.

430 Jansen 2012, p. 90-91.

431 Jansen 2012, p. 91.

432 Nieuwenhuis 2009, p. 2255.

een andere manier sterker is dan de zwakkere partij.⁴³³ Zo is een handelaar in vergelijking met een consument bij een overeenkomst op afstand of buiten de verkoopprijs vaak veel deskundiger en wordt de consument mede daarom beschermd door onder meer een bedenktijd en informatieplicht (artikel 6:230o en 6:230m lid 1 BW). Ten vierde wordt eerder bescherming geboden als de beschermingstechniek in kwestie weinig eigen verantwoordelijkheid ontnemt. Zo ontnemt een informatieplicht in vergelijking met bijvoorbeeld een verbod of gebod weinig eigen verantwoordelijkheid en wordt een dergelijke plicht mede om die reden ook toegepast bij consumentenkeuzes waarbij de negatieve gevolgen van een ongeïnformeerde keuze doorgaans niet heel groot zijn. Ten vijfde wordt eerder bescherming geboden als daarmee ook andere individuele of maatschappelijke belangen gediend zijn, en minder snel als bescherming een individueel of maatschappelijk belang doorkruist. Een voorbeeld van een maatschappelijk belang dat doorgaans gediend is bij bescherming, is het bevorderen van de Europese interne markt. Een voorbeeld van een individueel belang dat bescherming doorkruist, is het eigendomsrecht van de verhuurder van woonruimte. Artikel 1 Eerste protocol EVRM bepaalt dat ieder persoon recht heeft op het ongestoord genot van zijn eigendom, hetgeen onder meer inhoudt dat hij daarmee een ‘*decent profit*’ moet kunnen maken.⁴³⁴ De bescherming van de huurder van woonruimte kan inbreuk maken op dit recht. Omdat een uitzondering op het eigendomsrecht mogelijk is als dat noodzakelijk is voor het algemeen belang, is het huurrecht van woonruimte niet in strijd met artikel 1 Eerste protocol EVRM. Zou de huurder van woonruimte meer worden beschermd, dan zou het wel met dat artikel in strijd kunnen zijn.⁴³⁵

4.7.3.4 Toepassingsvoorwaarde III: fraternalistische beschermingstechnieken bieden onvoldoende bescherming

De derde impliciete toepassingsvoorwaarde voor een paternalistische beschermingstechniek is dat fraternalistische beschermingstechnieken onvoldoende bescherming bieden tegen het gebrek in kwestie. Deze subsidiariteitsvoorwaarde geldt omdat de autonomie van een zwakkere partij door een paternalistische beschermingstechniek niet alleen kan worden versterkt, maar ook kan worden beperkt (zie eerder par. 4.7.2). Soms kunnen fraternalistische beschermingstechnieken überhaupt geen bescherming bieden tegen het gebrek in kwestie. Zo kan een informatieplicht of bedenktijd in beginsel geen bescherming bieden tegen een gebrek aan onderhandelingspositie. Echter, soms kunnen fraternalistische beschermingstechnieken in potentie wel bescherming bieden tegen het gebrek in kwestie, maar in een specifieke situatie niet het gewenste beschermingsniveau. Zo kan

433 Vergelijk instemmend binnen de context van informatieplichten: Jansen 2012, p. 551.

434 Zie bijvoorbeeld: EHRM 2 juli 2013, ECLI:NL:XX:2013:357, NJ 2014/425, m.nt. Huydecoper (*Nobel e.a./Nederland*).

435 Zie verder: Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2021/179-183.

door een informatieplicht maar een bepaald beschermingsniveau worden gerealiseerd, omdat zwakkere partijen lang niet altijd alle informatie lezen, begrijpen en gebruiken (zie verder par. 5.2.2). Paternalistische beschermingstechnieken hebben doorgaans een sterker effect dan fraternalistische beschermingstechnieken omdat zij een optie verbieden of gebieden, en kunnen daardoor vaak ook een hoger beschermingsniveau bieden.

4.7.3.5 **Toepassingsvoorwaarde IV: vrijwel alle zwakkere partijen zouden de voorgeschreven contractsinhoud kunnen aanvaarden**

De vierde impliciete toepassingsvoorwaarde voor een paternalistische beschermingstechniek is dat vrijwel alle zwakkere partijen de voorgeschreven contractsinhoud zouden kunnen aanvaarden. Zo is het evident dat vrijwel alle consumenten bij een koopovereenkomst de plicht van de verkoper om de verkochte zaak met toebehoren in eigendom over te dragen en af te leveren (artikel 7:9 lid 1 BW) zouden kunnen aanvaarden, dat vrijwel alle werknemers een verbod op een beding tot gedwongen winkelnering zouden kunnen aanvaarden (artikel 7:631 lid 1 BW), en dat vrijwel alle particuliere borgens zouden kunnen aanvaarden dat zij pas verplicht zijn tot nakoming als de hoofdschuldenaar in de nakoming van zijn verbintenis tekortschiet (artikel 7:855 lid 1 BW). De voorwaarde dat vrijwel alle zwakkere partijen de voorgeschreven contractsinhoud zouden kunnen aanvaarden, geldt om te voorkomen dat een paternalistische beschermingstechniek de autonomie van een zwakkere partij beperkt in plaats van versterkt. Benadrukt moet worden dat vereist is dat vrijwel alle zwakkere partijen de voorgeschreven contractsinhoud zouden kunnen aanvaarden, niet dat zij dat ook daadwerkelijk doen. Hierdoor heeft deze toepassingsvoorwaarde enige verwantschap met hoe volgens de Nederlandse jurist Scholten (1875-1946) de inhoud van het recht wordt vastgesteld. Hij stelt daarover:

‘Wie recht zoekt, zoekt een gemeenschapsregel. Daaruit volgt niet, dat hij aan de gemeenschap heeft te vragen, wat de inhoud van dien regel zal zijn, doch wel, of de gemeenschap dien regel verdraagt en aanvaardt. Het rechtsbewustzijn is vooral een bewustzijn van onrecht. De eisch mag gesteld worden, dat de betrokkenen niet in opstand komen tegen een beslissing omdat zij hen als onrecht treft. Tot dit negatieve moeten we ons hier beperken.’⁴³⁶

Dat impliciet voor een paternalistische beschermingstechniek de toepassingsvoorwaarde geldt dat vrijwel alle zwakkere partijen de voorgeschreven contractsinhoud zouden kunnen aanvaarden, blijkt onder meer uit het feit dat paternalistische beschermingstechnieken in hoofdzaak toegepast worden ter bescherming tegen een gebrek aan onderhandelingspositie. Als er sprake is van een gebrek aan onderhandelingspositie, is het namelijk

436 Scholten 1931, p. 168-169.

relatief vaak evident welke contractsinhoud vrijwel alle zwakkere partijen zouden kunnen aanvaarden. Ook zwakkere partijen contracteren vrijwel altijd voor financieel gewin. Als zij dat door een gebrek aan onderhandelingspositie niet kunnen, is het meestal evident welke contractsinhoud zij zouden kunnen aanvaarden. Een werknemer werkt bijvoorbeeld omdat hij geld wil verdienen. Een beding tot gedwongen winkelnering beperkt een werknemer in de vrije besteding van zijn loon en daarom is het evident dat vrijwel alle werknemers een verbod op gedwongen winkelnering zouden kunnen aanvaarden (artikel 7:631 lid 1 BW). Bij een contractuele keuze die beïnvloed wordt door een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit of een gebrek aan weerstand is het vaak minder evident dat vrijwel alle zwakkere partijen een bepaalde contractsinhoud zouden kunnen aanvaarden vanwege de pluraliteit van eigen wensen van zwakkere partijen. Stel, het blijkt dat consumenten door een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit of een gebrek aan weerstand bij de koop van een telefoon regelmatig ervoor kiezen om in termijnen te betalen – in feite een kredietovereenkomst⁴³⁷ –, terwijl direct betalen voordeliger is. Ter bescherming van die consumenten zou een verbod op in termijnen betalen niet gerechtvaardigd zijn, omdat het niet evident is dat vrijwel alle consumenten een dergelijk verbod zouden kunnen aanvaarden. Het is immers zeer waarschijnlijk dat er ook consumenten zijn die, omdat zij bijvoorbeeld weinig spaargeld hebben, bewust ervoor kiezen om in termijnen te betalen. Hun autonomie zou door een verbod op in termijnen betalen worden beperkt in plaats van versterkt.

4.8 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is, voortbouwend op inzichten uit het vorige hoofdstuk (hoofdstuk 3), de vraag beantwoord welke zwakkere partijen, tegen welke zwakheden, op welke wijzen en onder welke voorwaarden beschermd worden. De particuliere zwakkere partijen die in het Nederlandse contractenrecht worden beschermd, zijn: de werknemer, de huurder van woonruimte, de consument, de particuliere borg, de reiziger, de patiënt, de particuliere verzekeringnemer en de particuliere pandbelener. Waartegen zij beschermd worden, varieert. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen bescherming tegen een gebrek aan onderhandelingspositie, een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand. De beschermingstechnieken die tegen deze zwakheden bescherming kunnen bieden, zijn schematisch weergegeven in tabel 2. Voor toepassing van een fraternalistische beschermingstechniek gelden impliciet de voorwaarden dat de keuze van een zwakkere partij beïnvloed wordt door een gebrek, en dat eigen verantwoordelijkheid het uitgangspunt blijft van het contractenrecht. Voor toepassing van een paternalisti-

437 Vergelijk: HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, NJ 2015/477, m.nt. Hijma (*Lindorff/Statia*).

sche beschermingstechniek gelden naast de twee toepassingsvoorwaarden die gelden voor fraternalistische beschermingstechnieken impliciet ook de toepassingsvoorwaarden dat fraternalistische beschermingstechnieken onvoldoende bescherming bieden, en dat vrijwel alle zwakkere partijen de voorgeschreven contractsinhoud zouden kunnen aanvaarden.

Tabel 2 Overzicht van de beschermingstechnieken en de bescherming die zij geacht worden te kunnen bieden

	Biedt bescherming tegen een gebrek aan onderhandelingspositie	Biedt bescherming tegen een gebrek aan informatie	Biedt bescherming tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit	Biedt bescherming tegen een gebrek aan weerstand
De informatieplicht voor een sterkere partij		x	x	x
De waarschuwingplicht voor een sterkere partij		x	x	x
De bedenktijd voor een zwakkere partij		x	x	x
Het vormvoorschrift		x	x	x
Het bewijsvermoeden	x	x	x	x
Het verbod voor een sterkere partij op bepaalde gedragingen of uitingen				x
Een recht voor een zwakkere partij	x			
Het verbod op een bepaalde contractsinhoud	x	x	x	x
De nadere specificering van een contractuele plicht	x	x	x	x

5 GEDRAGSWETENSCHAPPELIJKE INZICHTEN EN DE TEKORTKOMINGEN VAN DE BESCHERMING VAN ZWAKKERE PARTIJEN

5.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk wordt de vraag beantwoord tot welke tekortkomingen in de huidige bescherming van zwakkere partijen de discrepantie leidt tussen hoe zwakkere partijen in werkelijkheid keuzes maken en hoe verondersteld wordt dat zij dat doen (deelvraag III). Het antwoord op deze vraag duidt de ruimte voor nudging aan om bij te dragen aan de bescherming van zwakkere partijen. Deze vraag wordt beantwoord door eerst in te gaan op de economische rationaliteitsconceptie en op gedragswetenschappelijke inzichten over de beperkte cognitieve capaciteit van mensen (par. 5.2). Daarna worden de verwantschappen toegelicht tussen de economische rationaliteitsconceptie en de aannames die in het huidige recht worden gemaakt over de wijze waarop zwakkere partijen keuzes maken. Die brengen niet alleen aan het licht dat zwakkere partijen te weinig worden beschermd tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand, maar ook dat een aantal fraternalistische beschermingstechnieken minder bescherming biedt dan verondersteld wordt (par. 5.3). Vervolgens wordt in kaart gebracht op welke wijze die tekortkomingen in de huidige bescherming van zwakkere partijen in ogenschouw kunnen worden genomen (par. 5.4). Dit hoofdstuk sluit af met een conclusie (par. 5.5).

5.2 DE ECONOMISCHE RATIONALITEITSCONCEPTIE EN GEDRAGSWETENSCHAPPELIJKE INZICHTEN

5.2.1 *De economische rationaliteitsconceptie*

Binnen de neoklassieke economie, de stroming die vanaf het einde van de negentiende eeuw dominant is geworden binnen de economie,⁴³⁸ wordt uitgegaan van de economische rationaliteitsconceptie. Deze rationaliteitsconceptie bestaat uit een verzameling aannames over hoe mensen keuzes maken en wordt onder meer gebruikt om menselijk keuzegedrag

438 Tomer 2017, p. 7-8.

te voorspellen.⁴³⁹ De belangrijkste aanname van de economische rationaliteitsconceptie is dat mensen keuzes maken zoals beschreven door de rationele-keuzetheorie.⁴⁴⁰ Hoewel er niet één algemene rationele-keuzetheorie is,⁴⁴¹ overlappen de verschillende rationele-keuzetheorieën in zoverre dat zij allemaal ervan uitgaan dat mensen proberen met de beperkte middelen die zij hebben zo veel mogelijk voorkeuren te realiseren – zij maximaliseren met andere woorden economisch nut.⁴⁴² Verondersteld wordt dat mensen dat doen door de verwachte opbrengsten van de verschillende opties die zij hebben tegen elkaar op te wegen – ook wel de *expected utility hypothesis* genoemd.⁴⁴³ Tevens wordt verondersteld dat mensen daarvoor in beginsel een onbeperkte cognitieve capaciteit hebben. Dit betekent dat ervan uit wordt gegaan dat mensen in principe alle relevante informatie gebruiken die zij tot hun beschikking hebben, hun keuzes niet laten beïnvloeden door andere factoren dan het economisch nut van een optie, eventuele risico's en onzekerheden in hun keuzes verdisconteren op basis van kansberekening en ook daadwerkelijk altijd gemaakte keuzes uitvoeren.⁴⁴⁴ De economische rationaliteitsconceptie heeft zelf geen inhoud, in die zin dat zij niet voorschrijft welke wensen mensen moeten nastreven.⁴⁴⁵ Zij beschrijft enkel op welke wijze mensen verondersteld worden hun wensen na te streven.

5.2.2 *Gedragwetenschappelijke inzichten*

5.2.2.1 **Inleiding**

Binnen de neoklassieke economie wordt niet ervan uitgegaan dat mensen in werkelijkheid ook altijd op economisch rationele wijze keuzes maken. Waar wel van wordt uitgegaan is dat discrepanties tussen werkelijk gemaakte keuzes en economisch rationele keuzes elkaar bij een grote groep mensen na verloop van tijd tenietdoen, waardoor de gemiddelde keuze van die groep mensen economisch rationeel is.⁴⁴⁶ Gedragwetenschappelijke inzichten tonen echter aan dat dit onjuist is. Die inzichten maken duidelijk dat de wijze waarop mensen keuzes maken op systematische en voorspelbare wijze afwijkt van hoe zij dat volgens de economische rationaliteitsconceptie doen. In deze paragraaf worden de – voor dit onderzoek – meest relevante gedragwetenschappelijke inzichten besproken.⁴⁴⁷ Eerst wordt ingegaan op het werk van de Amerikaanse psycholoog en socioloog Simon (1916-2001)

439 Van Dijk & Zeelenberg 2009, p. 41. Zie tevens: Dhimi & Sunstein 2022, p. 37-56.

440 Zie verder: Von Neumann & Morgenstern 2007.

441 Korobkin & Ulen 2000, p. 1060.

442 Korobkin & Ulen 2000, p. 1060-1066.

443 Wheeler 2018, par. 2.

444 Dhimi, Al-Nowaihi & Sunstein 2019, p. 7-8.

445 Bouwmeester 2017, p. 3.

446 Pi, Parisi & Luppi 2014, p. 143.

447 Zie verder: Kahneman 2011; Dhimi 2016; Tomer 2017; Dhimi & Sunstein 2022.

(par. 5.2.2.2), waarna wordt stilgestaan bij het onderzoek dat de Amerikaanse psycholoog Kahneman samen met onder anderen de Amerikaanse psycholoog Tversky (1937-1979) heeft verricht (par. 5.2.2.3). Daarna worden twee belangrijke kritiekpunten op het werk van Kahneman besproken (par. 5.2.2.4) en wordt ingegaan op nog enkele andere wijzen waarop de beperkte cognitieve capaciteit van mensen van invloed is op de keuzes die zij maken (par. 5.2.2.5).

5.2.2.2 Simon en de begrensde rationaliteit van mensen

Simon was een van de eerste psychologen die de veronderstelling bekritiseerde dat mensen economisch rationeel handelen. In 1957 introduceerde hij het begrip ‘begrensde rationaliteit’ (*bounded rationality*) ter aanduiding van,⁴⁴⁸ zo stelt hij zelf:

‘[t]he whole range of limitations on human knowledge and human computation that prevent economic actors in the real world from behaving in ways that approximate the predictions of classical and neoclassical theory.’⁴⁴⁹

Volgens Simon handelen mensen onder meer niet altijd economisch rationeel omdat zij vanwege hun beperkte cognitieve capaciteit lang niet altijd alle opties tegen elkaar kunnen afwegen en daarom procedures gebruiken die minder cognitieve capaciteit vergen. Zo kiezen mensen volgens hem regelmatig de eerste optie die aan de gestelde vereisten voldoet en kijken zij vervolgens niet meer verder – door Simon *satisficing* genoemd.⁴⁵⁰ Dit betekent volgens hem niet dat mensen niet rationeel zijn. Omdat het onrealistisch is te veronderstellen dat mensen een onbeperkte cognitieve capaciteit hebben, moet volgens Simon de rationaliteit van hun keuzes ook niet beoordeeld worden door beantwoording van de vraag of die economisch rationeel zijn, maar door beantwoording van de vraag of de gehanteerde procedure om een keuze te maken accuraat functioneert, gezien de keuze die gemaakt wordt.⁴⁵¹ Deze conceptie van rationaliteit licht Simon nader toe aan de hand van een vergelijking met een schaar.⁴⁵² Net zoals een schaar moeiteloos en efficiënt kan knippen zolang de twee bladen daarvan goed op elkaar zijn afgesteld, zijn de keuzes van mensen rationeel zolang zij tot stand komen door procedures die goed zijn afgestemd op de keuzeomgeving.

448 Simon 1957, p. 198.

449 Simon 2018, p. 847.

450 Simon 1990, p. 9-10. Zie verder: Tomer 2017, p. 26-29.

451 Simon 1978, p. 1-16.

452 Simon 1990, p. 7.

5.2.2.3 Kahneman en zijn onderzoek naar de begrensde rationaliteit van mensen

De kritiek van Simon op de economische rationaliteitsconceptie vond in eerste instantie weinig weerklank binnen de neoklassieke economie.⁴⁵³ Het onderzoek dat Kahneman samen met onder anderen Tversky heeft uitgevoerd, heeft daar echter verandering in gebracht. Geïnspireerd door het werk van Simon onderzochten zij vanaf het begin van de jaren zeventig van de vorige eeuw door middel van hoofdzakelijk gecontroleerde experimenten hoe de wijze waarop mensen keuzes maken, afwijkt van economische rationaliteit, en in hoeverre mensen daarom, zoals zij de term gebruiken,⁴⁵⁴ begrensd rationeel zijn.⁴⁵⁵ Als verklaring voor de afwijkingen die zij vonden, verwijst Kahneman naar de *Dual Process Theory*. Deze theorie maakt onderscheid tussen enerzijds snelle en automatische cognitieve processen en anderzijds langzame en analytische cognitieve processen.⁴⁵⁶ In navolging van het werk van Stanovich en West maakt Kahneman specifiek onderscheid tussen systeem 1 en systeem 2.⁴⁵⁷ Systeem 1 werkt volgens hem intuïtief, snel, automatisch, associatief en vaak op basis van emoties en gewoonten. Het gebruik van systeem 1 vergt daardoor weinig cognitieve capaciteit. Systeem 2 werkt reflexief, analytisch en langzaam. Het gebruik daarvan vergt wel veel cognitieve capaciteit. Daar staat tegenover dat terwijl de werking van systeem 1 lastig is te controleren en aan te passen, de werking van systeem 2 wel bewust kan worden gemonitord en aangepast.⁴⁵⁸

De voornaamste functie van systeem 1 is volgens Kahneman het opwekken van indrukken.⁴⁵⁹ Die indrukken worden door systeem 2 omgezet in keuzes en oordelen. Ter voorkoming van cognitieve overbelasting zet systeem 2 de meeste indrukken die systeem 1 opwekt automatisch om, zonder inhoudelijke tussenkomst. Om indrukken op te wekken gebruikt systeem 1 heuristieken – ook wel vuistregels of cognitieve *shortcuts* genoemd.⁴⁶⁰ Hoewel het gebruik van heuristieken erg nuttig is omdat het weinig cognitieve capaciteit vergt, heeft het volgens Kahneman als nadeel dat de indrukken die daardoor worden opgewekt niet altijd accuraat zijn. Zij wijken op systematische en grotendeels voorspelbare wijze af van economische rationaliteit. Dergelijke afwijkingen noemt hij *biases*.⁴⁶¹ Kahne-

453 Tomer 2017, p. 31-32. Zie tevens: Sent 2004, p. 742.

454 Simon stelt in tegenstelling tot Kahneman en Tversky niet dat er alleen van begrensde rationaliteit sprake is als mensen niet economisch rationeel handelen. Zie eerder: par. 5.2.2.2.

455 Zie bijvoorbeeld: Tversky & Kahneman 1973, p. 207-232; Tversky & Kahneman 1974, p. 1124-1131; Kahneman & Tversky 1979, p. 263-291; Kahneman 2003, p. 697-720; Kahneman 2011. Zie verder: Dhami & Sunstein 2022, p. 265-304.

456 Zie voor een overzicht van de verschillende *dual process theories*: Evans & Stanovich 2013, p. 223-241.

457 Stanovich & West 2000, p. 658.

458 Kahneman 2003, p. 698.

459 Kahneman 2003, p. 699.

460 Kahneman 2003, p. 697. Zie verder: Dhami 2016, p. 44.

461 Kahneman 2003, p. 697. Zie verder: Dhami 2016, p. 44.

man stelt dat *biases hardwired* zijn, in die zin dat zij niet tot zeer lastig zijn af te leren en dat zij bestaan ongeacht iemands intelligentieniveau.⁴⁶² Een statisticus maakt bijvoorbeeld dezelfde fouten bij het inschatten van een kans als ieder ander mens als hij enkel afgaat op de indrukken die zijn systeem 1 opwekt.

In 1974 hebben Kahneman en Tversky in een artikel in *Science* drie heuristieken beschreven die mensen gebruiken om waarschijnlijkheden in te schatten, en die *biases* tot gevolg kunnen hebben.⁴⁶³ De eerste heuristiek die zij hebben beschreven is de representativiteitsheuristiek (*representativeness heuristic*).⁴⁶⁴ Bij het gebruik van deze heuristiek wordt de inschatting van een waarschijnlijkheid gemaakt door beantwoording van de vraag hoe representatief iets is voor bijvoorbeeld een stereotype. Een zeer netjes en opgeruimd persoon wordt hierdoor vaker geassocieerd met een bibliothecaris dan met een winkerverkoper. Een van de *biases* die het gebruik van deze heuristiek tot gevolg kan hebben, is dat onvoldoende rekening wordt gehouden met statistische kansen – er zijn bijvoorbeeld meer winkerverkopers dan bibliothecarissen. De tweede heuristiek die Kahneman en Tversky beschrijven, is de beschikbaarheidsheuristiek (*availability heuristic*). Bij gebruik van deze heuristiek wordt een kans op een bepaalde gebeurtenis beoordeeld aan de hand van het gemak waarmee iemand een voorbeeld van iets soortgelijks zagezegd ‘beschikbaar’ heeft – oftewel: daaraan kan denken.⁴⁶⁵ Hoewel dit logisch is, omdat voorbeelden van gebeurtenissen die vaak voorkomen doorgaans beter beschikbaar zijn, kan deze heuristiek ook een *bias* tot gevolg hebben, omdat de beschikbaarheid van gebeurtenissen door mensen vaak niet alleen bepaald wordt door frequenties, maar ook door de indruk die een gebeurtenis heeft gemaakt. Mensen overschatten hierdoor bijvoorbeeld het risico op overlijden door doodsoorzaken die regelmatig in het nieuws komen, zoals een vliegtuigongeluk en moord, in vergelijking met doodsoorzaken die minder vaak in het nieuws komen, zoals ouderdom.⁴⁶⁶ Ten derde beschrijven Kahneman en Tversky de referentieniveau-heuristiek (*anchoring and adjustment heuristic*) – ook wel het ankereffect genoemd. Bij het gebruik van deze heuristiek wordt een inschatting gemaakt door eerst – onbewust – een referentieniveau te kiezen en daarna dat referentieniveau bij te stellen naar de inschatting die juist wordt geacht.⁴⁶⁷ Aangezien mensen inschattingen doorgaans onvoldoende bijstellen, leidt deze heuristiek tot de *bias* dat inschattingen vaak te dicht bij – doorgaans willekeurig en onbewust gekozen – referentieniveaus blijven. Mensen aan wie bijvoorbeeld eerst wordt gevraagd of Gandhi jonger of ouder is geworden dan 140, schatten daarna de

462 Tversky & Kahneman 1974, p. 1130. Zie verder: Tomer 2017, p. 39-40.

463 Tversky & Kahneman 1974, p. 1124-1131.

464 Tversky & Kahneman 1974, p. 1124-1127. Zie verder: Dhimi 2016, p. 1351-1352.

465 Tversky & Kahneman 1974, p. 1127. Zie verder: Dhimi 2016, p. 1365-1367.

466 Pachur, Hertwig & Steinmann 2012, p. 314-330.

467 Tversky & Kahneman 1974, p. 1128-1130. Zie verder: Dhimi 2016, p. 1370-1375.

leeftijd waarop Gandhi stierf hoger in dan mensen aan wie eerst wordt gevraagd of Gandhi jonger of ouder is geworden dan 9.⁴⁶⁸

Een aantal andere heuristieken en *biases* die Kahneman en Tversky in kaart hebben gebracht, houdt verband met de *Prospect Theory* die zij hebben ontwikkeld.⁴⁶⁹ Deze theorie beschrijft hoe mensen in werkelijkheid tussen verschillende opties kiezen. Terwijl op basis van de economische rationaliteitsconceptie verondersteld wordt dat zij dat doen door de verwachte opbrengsten van verschillende opties met elkaar te vergelijken – de *expected utility hypothesis* (zie eerder par. 5.2.1) –, toont onderzoek van Kahneman en Tversky aan dat zij in werkelijkheid keuzes maken door de verwachte opbrengst van een optie te vergelijken met een referentieniveau. Dat referentieniveau is vaak de situatie waarin iemand zich reeds bevindt – de *status quo*.⁴⁷⁰ Wanneer iemand een keuze moet maken tussen een optie met een onzekere uitkomst en een optie met een zekere uitkomst leidt dit tot *loss aversion*.⁴⁷¹ Dat betekent dat hij het verlies dat een optie kan veroorzaken onevenredig veel zwaarder weegt dan het potentiële voordeel dat de keuze voor de optie kan opleveren. *Loss aversion* kan zowel tot risicoaversie leiden als juist tot risicobereidheid. Dit laatste gebeurt als iemand zich reeds in een verliesgevende situatie bevindt.⁴⁷² Dat mensen de verwachte opbrengsten van een optie vaststellen aan de hand van een referentieniveau zorgt ook ervoor dat zij meer waarde toekennen aan zaken die zij in hun bezit hebben dan aan dezelfde (soort) zaken als zij die niet bezitten – het *endowment-effect*.⁴⁷³ Verschillende experimenten tonen aan dat het maximale bedrag waarvoor mensen bereid zijn iets te kopen gemiddeld lager ligt dan het minimale bedrag waarvoor zij dezelfde zaak zouden willen afstaan als zij het in hun bezit hebben.⁴⁷⁴ De *status quo bias* toont daarnaast aan dat mensen over het algemeen geneigd zijn te kiezen voor de situatie waarin zij zich bevinden.⁴⁷⁵ Dit komt doordat zij vaak hun huidige situatie als referentieniveau gebruiken en door *loss aversion* de nadelen van verandering zwaarder wegen dan de voordelen daarvan.

5.2.2.4 Kritiek op het onderzoek van Kahneman

Voordat nader wordt ingegaan op de verschillende andere wijzen waarop de beperkte cognitieve capaciteit van mensen van invloed kan zijn op de keuzes die zij maken, dient stil te worden gestaan bij twee – zoals later zal blijken – voor nudging relevante kritiekpunten op

468 Strack & Mussweiler 1997, p. 442-444.

469 Kahneman & Tversky 1979, p. 263-291. Zie verder: Dhimi 2016, p. 130-140.

470 Kahneman 2003, p. 703-704.

471 Kahneman 2003, p. 705.

472 Kahneman 2003, p. 704-705.

473 Kahneman 2003, p. 705.

474 Dhimi 2016, p. 217-235.

475 Kahneman 2003, p. 705.

het onderzoek van Kahneman.⁴⁷⁶ Het eerste kritiekpunt is dat hij de rationaliteit van heuristische beoordeelt aan de hand van de economische rationaliteitsconceptie. Volgens de Duitse psycholoog Gigerenzer concludeert hij daarom onterecht dat heuristische suboptimaal functioneren.⁴⁷⁷ Gigerenzer stelt dat de rationaliteit van heuristische, in lijn met de opvatting van Simon (zie eerder par. 5.2.2.2), beoordeeld moet worden aan de hand van de ecologische rationaliteitsconceptie, niet de economische rationaliteitsconceptie.⁴⁷⁸ Van ecologische rationaliteit is sprake als een procedure voor het maken van een keuze tot een accuraat resultaat leidt bij de keuze in kwestie.⁴⁷⁹ Het gebruik van heuristische is volgens Gigerenzer gezien vanuit deze rationaliteitsconceptie juist rationeel omdat heuristische, mits toegepast binnen de juiste context, ‘less-is-more effects’⁴⁸⁰ hebben: zij vergen weinig cognitieve capaciteit, terwijl zij tot een accuraat resultaat kunnen leiden. Als iemand bijvoorbeeld wordt gevraagd welke stad in Zwitserland het hoogste aantal inwoners heeft, is het ecologisch rationeel om de *recognition*-heuristiek toe te passen. Onderzoek toont namelijk aan dat de naam van de stad die iemand het best herkent een accurate voorspeller is van het antwoord op de vraag welke stad van een land het hoogste aantal inwoners heeft.⁴⁸¹ Hoewel Gigerenzer ook de onderzoeksmethoden van Kahneman bekritiseert,⁴⁸² gaat de discussie tussen Gigerenzer en Kahneman in hoofdzaak over het te hanteren perspectief.⁴⁸³ Vanuit het perspectief van economische rationaliteit kan het gebruik van heuristische suboptimaal zijn omdat zij *biases* tot gevolg kunnen hebben, terwijl gezien vanuit het perspectief van ecologische rationaliteit het gebruik van heuristische juist rationeel is omdat heuristische, mits toegepast binnen de juiste context, kunnen leiden tot accurate resultaten terwijl zij weinig cognitieve capaciteit vergen. Ongeacht het perspectief dat gehanteerd wordt, is het in ieder geval duidelijk dat het gebruik van heuristische voor mensen onmisbaar is omdat zij weinig cognitieve capaciteit vergen. Doorgaans werken heuristische goed. Mensen zouden anders in het dagelijks leven immers niet kunnen functioneren. Wanneer zij echter in de verkeerde context worden toegepast, kunnen zij tot keuzes leiden die suboptimaal zijn gezien vanuit de economische rationaliteitsconceptie.

Het tweede relevante kritiekpunt op het werk van Kahneman gaat over het onderscheid dat hij maakt tussen systeem 1 en systeem 2.⁴⁸⁴ Onder meer Melnikoff en Bargh tonen aan

476 Zie voor een overzicht van de kritiek op het onderzoek van Kahneman: Dhami & Sunstein 2022, p. 289-303.

477 Gigerenzer & Gaissmaier 2011, p. 452-453.

478 Gigerenzer & Gaissmaier 2011, p. 457.

479 Gigerenzer & Gaissmaier 2011, p. 457. Zie verder: Hertwig e.a. 2022, p. 467-491.

480 Gigerenzer & Gaissmaier 2011, p. 457.

481 Gigerenzer & Gaissmaier 2011, p. 460.

482 Gigerenzer & Brighton 2009, p. 125-127.

483 Zie instemmend: Hortal 2020, p. 296.

484 Dhami & Sunstein 2022, p. 302-303.

dat empirisch niet kan worden onderbouwd dat de verschillende eigenschappen van systeem 1 en systeem 2 zich daadwerkelijk clusteren in twee verschillende manieren van denken.⁴⁸⁵ Integendeel zelfs, stellen zij. Er zijn onderzoeken die aantonen dat bepaalde manieren waarop mensen keuzes maken waarvan verondersteld wordt dat zij kenmerkend zijn voor systeem 1, samengaan met kenmerken waarvan verondersteld wordt dat zij kenmerkend zijn voor systeem 2, en andersom. Dit neemt niet weg dat onderscheid kan worden gemaakt tussen meer analytische denkprocessen die veel cognitieve capaciteit vergen, en meer automatische denkprocessen die minder cognitieve capaciteit vergen.⁴⁸⁶ Het betekent wel dat het gebruik van heuristieken niet kenmerkend is voor de werking van systeem 1. Heuristieken kunnen ook door systeem 2 worden gebruikt.⁴⁸⁷

5.2.2.5 Andere invloeden van de beperkte cognitieve capaciteit van mensen

De reeds besproken manieren waarop de beperkte cognitieve capaciteit van mensen van invloed kan zijn op de keuzes die zij maken, zijn slechts een greep uit de verschillende manieren waarop dat kan. Zo zorgt de beperkte cognitieve capaciteit van mensen ook ervoor dat zij maar een beperkte hoeveelheid informatie tot zich kunnen nemen.⁴⁸⁸ Wordt die hoeveelheid overschreden, dan kan *information overload* ontstaan.⁴⁸⁹ Dat kan ervoor zorgen dat mensen moeite hebben met informatie verwerken, opties vergelijken, en bepalen welke optie het best is.⁴⁹⁰ Daarnaast vinden mensen het over het algemeen lastig om te focussen op de meest relevante informatie.⁴⁹¹ Zo zijn zij geneigd hun aandacht te richten op de informatie die overeenstemt met hun eerdere opvattingen,⁴⁹² en die zij als aangenaam beschouwen.⁴⁹³ Voorts kan ook de presentatie van informatie van invloed zijn op hoe die wordt geïnterpreteerd. Illustratief in dat kader is het *framing*-effect, waarvan sprake is als verschillende beschrijvingen die logisch equivalent aan elkaar zijn, leiden tot een andere waardering van de keuzeopties (zie verder par. 10.5).⁴⁹⁴ Door het effect van *attribute framing* schatten mensen bijvoorbeeld de kwaliteit van biefstuk hoger in als gecommuniceerd wordt dat die 75% vetvrij is, dan als vermeld wordt dat die 25% vet bevat.⁴⁹⁵

485 Melnikoff & Bargh 2018, p. 280-293.

486 Evans & Stanovich 2013, p. 235-236.

487 Gigerenzer & Gaissmaier 2011, p. 455.

488 Loewenstein, Sunstein & Golman 2014, p. 398-400. Zie tevens: Ben-Shahar & Schneider 2014, p. 101-106; Braspenning 2017, p. 135-142.

489 De Jager 2018, p. 239.

490 Van Raaij 2016, p. 18.

491 Loewenstein, Sunstein & Golman 2014, p. 400-401.

492 Klayman 1995, p. 385-418.

493 Loewenstein, Sunstein & Golman 2014, p. 400-401.

494 Kühberger 2017, p. 79.

495 Levin & Gaeth 1988, p. 374-378.

Verder kunnen niet alleen *loss aversion* en het *endowment*-effect (zie eerder par. 5.2.2.3) van invloed zijn op de uiteindelijke optie die iemand kiest, maar onder meer ook het fenomeen *choice overload*. Mensen waarderen vaak het hebben van veel keuzeopties.⁴⁹⁶ Tegelijkertijd toont onderzoek aan dat hoe meer keuzeopties zij hebben, hoe minder duidelijk er één dominante keuzeoptie is, en hoe minder duidelijk hun eigen wensen zijn, des te eerder *choice overload* ontstaat.⁴⁹⁷ *Choice overload* kan als gevolg hebben dat mensen hun keuze uitstellen, kiezen voor de sociaal meest geaccepteerde optie, of spijt hebben van de gekozen optie en daarom hun keuze herzien.⁴⁹⁸ Verder kan de *present bias* ervoor zorgen dat mensen eerder kiezen voor de optie die op korte termijn voordelen heeft dan de optie die op de lange termijn grotere voordelen heeft,⁴⁹⁹ kan overmatig optimisme (*optimism bias*) niet alleen ervoor zorgen dat mensen hun eigen kunnen overschatten, maar ook de kans op een gunstige uitkomst,⁵⁰⁰ en kan de *affect*-heuristiek ervoor zorgen dat mensen zich laten beïnvloeden door de negatieve dan wel positieve stimuli die een optie opwekt.⁵⁰¹ Hiernaast delen mensen vanwege hun beperkte cognitieve capaciteit zowel bewust als onbewust hun geld op in zogeheten *mental accounts*.⁵⁰² Afhankelijk van het doel en de oorsprong van het geld op een *mental account* geven zij het vervolgens makkelijker of juist minder gemakkelijk uit.⁵⁰³ Daardoor kunnen zij besluiten ergens geen geld aan uit te geven omdat een *mental account* zagezegd leeg is, maar de keuze om wel geld uit te geven economisch rationeler is. Verder kan ook de wijze waarop keuzeopties gepresenteerd worden van invloed zijn op de optie die iemand kiest. Zo zijn mensen door het *center-stage*-effect geneigd voor de middelste optie te kiezen,⁵⁰⁴ door het *compromise*-effect geneigd te kiezen voor de optie die in kwaliteit en prijs de middellooptie is,⁵⁰⁵ en door het *proximity*-effect geneigd te kiezen voor de optie die fysiek het meest dichtbij is.⁵⁰⁶ Hiernaast kan het *decoy*-effect ervoor zorgen dat de toevoeging van een inferieure keuzeoptie ertoe leidt dat mensen geneigd zijn de optie te kiezen die lijkt op de inferieure optie, maar daaraan superieur is.⁵⁰⁷

496 Schwartz 2004, p. 100.

497 Chernev, Böckenholt & Goodman 2015, p. 337-339.

498 Chernev, Böckenholt & Goodman 2015, p. 335.

499 O'Donoghue & Rabin 2015, p. 273-279.

500 Shepperd e.a. 2015, p. 232-237. Zie verder: Puri & Robinson 2007, p. 71-99; Windschitl & O'Rourke 2015, p. 431-455.

501 Slovic e.a. 2007, p. 1333-1352. Zie verder: Kahneman 2003, p. 710; Dhami 2016, p. 1367-1369.

502 Thaler 1999, p. 183-206.

503 Thaler 1999, p. 183-206.

504 Venema e.a. 2019, p. 1-2.

505 Zamir & Teichman 2018, p. 83-85.

506 Van Gestel, Adriaanse & De Ridder 2020a, p. 2.

507 Huber, Payne & Puto 1982, p. 90-98.

Tot slot toont gedragswetenschappelijk onderzoek ook aan dat mensen de neiging hebben om keuzes uit te stellen en het lastig kunnen vinden om hun keuzes daadwerkelijk uit te voeren – ook wel *inertia*, beperkte zelfcontrole, en gebrek aan doenvermogen genoemd.⁵⁰⁸ Daarvoor kunnen verschillende redenen zijn. Een daarvan is dat mensen geluk of een voordeel op de korte termijn vaak onevenredig veel zwaarder wegen dan geluk of een voordeel op de lange termijn – ook wel *hyperbolic discounting* genoemd (zie verder par. 10.5.2).⁵⁰⁹ Zij zijn daardoor geneigd het kortetermijnsvoordeel van het uitstellen van een vervelende taak te verkiezen boven het voordeel dat het uitvoeren daarvan op de lange termijn heeft. Dat mensen een beperkte zelfcontrole hebben, werd daarnaast aanvankelijk verklaard vanuit het idee dat de systeem 2-capaciteit van mensen om impulsen te onderdrukken beperkt is.⁵¹⁰ Inmiddels is echter duidelijk dat voor zelfcontrole niet alleen voldoende cognitieve capaciteit vereist is, maar ook de motivatie om in actie te komen.⁵¹¹ Bovendien is gebleken dat zelfcontrole ook tot stand kan komen op basis van automatische cognitieve processen.⁵¹²

5.3 DE TEKORTKOMINGEN VAN DE HUIDIGE BESCHERMING VAN ZWAKKERE PARTIJEN

5.3.1 Inleiding

Dat mensen vanwege hun beperkte cognitieve capaciteit lang niet altijd op economisch rationele wijze keuzes maken, brengt twee tekortkomingen van de huidige bescherming van zwakkere partijen aan het licht. Bij de huidige bescherming van zwakkere partijen wordt namelijk tot op zekere hoogte uitgegaan van de economische rationaliteitsconceptie (par. 5.3.2). Daardoor worden zwakkere partijen niet alleen te weinig beschermd tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand (par. 5.3.3), maar wordt ook de bescherming overschat die een aantal fraternalistische beschermingstechnieken biedt (par. 5.3.4). Deze twee tekortkomingen zorgen ervoor dat de spanning tussen de bescherming van zwakkere partijen en het behouden van hun contractsvrijheid een hernieuwde relevantie heeft (par. 5.3.5).

508 De Ridder, Adriaanse & Fujita (red.) 2017; WRR 2017. Zie verder: Jolls, Sunstein & Thaler 1998, p. 1479. Zij gebruiken de term *bounded willpower*.

509 Thaler & Benartzi 2004, p. 168.

510 Zo constateren: Milyavskaya & Inzlicht 2018, p. 12-13.

511 Milyavskaya & Inzlicht 2018, p. 13-17.

512 Gillebaart & De Ridder 2018, p. 38-43.

5.3.2 *De economische rationaliteitsconceptie en de huidige bescherming van zwakkere partijen*

Zwakkere partijen worden in hoofdzaak beschermd tegen een gebrek aan onderhandelingspositie, in mindere mate tegen een gebrek aan informatie, en in nog mindere mate tegen een gebrek aan weerstand en een gebrek aan cognitieve capaciteit (zie eerder par. 4.6). Hoewel aan deze keuze van de Nederlandse en Europese wetgever niet expliciet de economische rationaliteitsconceptie ten grondslag ligt, blijkt wel impliciet dat verondersteld wordt dat zwakkere partijen tot op zekere hoogte economisch rationeel handelen.⁵¹³ Binnen de neoklassieke economie wordt erkend dat onvolledige mededinging en informatieasymmetrie kunnen verhinderen dat economisch rationeel handelende personen eigen wensen kunnen nastreven (zie eerder par. 2.4.3). Die vormen van marktfalen zijn nauw verwant aan een gebrek aan onderhandelingspositie en een gebrek aan informatie (zie eerder par. 4.4.2 en 4.4.3).⁵¹⁴ Daarnaast is het in lijn met de economische rationaliteitsconceptie dat zwakkere partijen slechts tot op zekere hoogte worden beschermd tegen een gebrek aan weerstand en een gebrek aan cognitieve capaciteit. Door, in overeenstemming met de economische rationaliteitsconceptie, te veronderstellen dat zwakkere partijen een vrijwel onbeperkte cognitieve capaciteit hebben, is er nauwelijks een reden hen te beschermen tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit. Verder wordt aangenomen dat zwakkere partijen alleen tegen een gebrek aan weerstand moeten worden beschermd als een economisch rationele zwakkere partij zich door een handelspraktijk laat beïnvloeden. Dit blijkt onder meer uit de invulling die het HvJ EU geeft aan de maatmens, de gemiddelde consument. Sinds het *Gut Springenheide*-arrest uit 1998 is het vaste rechtspraak van het HvJ EU dat de gemiddelde consument een ‘gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument’ is (zie eerder par. 4.6.4.3).⁵¹⁵ Dat de gemiddelde consument gemiddeld geïnformeerd is, betekent volgens het HvJ EU onder meer dat hij weet dat aardbeienjam residuen van lood, cadmium en pesticide kan bevatten door de verontreinigde bodem waarop aardbeien doorgaans geteeld worden.⁵¹⁶ Dat hij gemiddeld omzichtig is, betekent volgens het HvJ EU dat hij bijvoorbeeld de ingrediëntenlijst van levensmiddelen bestudeert als zijn aankoopbeslissing afhangt van de samenstelling van het product.⁵¹⁷ Daarom laat hij zich niet misleiden door het gebruik van de term ‘natuurzui-

513 Zie tevens: Mak 2016, p. 384-389. Zie impliciet instemmend: Van Boom 2020, p. 58.

514 Zie eerder: Bouwman 2020a, p. 978.

515 HvJ EG 16 juli 1998, ECLI:EU:C:1998:369, r.o. 31, *NJ* 2000/374, m.nt. Verkade (*Gut Springenheide*). Zie verder: Bouwman 2019, p. 107-121.

516 HvJ EG 4 april 2000, ECLI:EU:C:2000:184, r.o. 26-28 (*Adolf Darbo*).

517 HvJ EG 9 februari 1999, ECLI:EU:C:1999:64, r.o. 37 (*Van der Laan*); HvJ EG 4 april 2000, ECLI:EU:C:2000:184, r.o. 22 (*Adolf Darbo*). Inmiddels heeft het HvJ EU weliswaar de scherpe kantjes van niet alleen de maatmens, de gemiddelde consument, af gehaald, maar ook van de zogeheten *labelling*-doctrine. Zie verder: par. 5.3.3.

ver' op de verpakking van aardbeienjam als op de ingrediëntenlijst staat dat de jam het geleermiddel pectine bevat en daarom eigenlijk niet natuurzuiver is.⁵¹⁸ Dat de gemiddelde consument ook gemiddeld oplettend is, betekent volgens het HvJ EU onder meer dat, zo blijkt uit het *Mars*-arrest, hij zich niet laat misleiden door een ijsverpakking waarop '+10%' vermeld staat in een gekleurd vlak dat suggereert het voordeel van de verpakking uit te beelden, maar in werkelijkheid groter is dan het 10% voordeel van de verpakking.⁵¹⁹ Onder anderen advocaat-generaal Trstenjak concludeert daarom dat de gemiddelde consument geacht wordt 'het potentiële gevaar van bepaalde handelspraktijken te herkennen en daarop rationeel te reageren'.⁵²⁰

Dat in het huidige recht verondersteld wordt dat zwakkere partijen tot op zekere hoogte economisch rationeel handelen, blijkt voorts impliciet uit de toepassing van een aantal beschermingstechnieken. Aan verschillende fraternalistische beschermingstechnieken liggen namelijk aannames ten grondslag die overeenstemmen met de aannames van de economische rationaliteitsconceptie (zie eerder par. 5.2.1). Een informatieplicht wordt geacht bescherming te bieden, omdat wordt aangenomen dat zwakkere partijen alle relevante informatie kunnen lezen, begrijpen en gebruiken – ook wel het informatieparadigma genoemd.⁵²¹ Dit stemt overeen met de aanname van de economische rationaliteitsconceptie dat mensen een onbegrensde cognitieve capaciteit hebben en daarom in beginsel altijd alle relevante informatie gebruiken. Diezelfde aanname ligt ook ten grondslag aan een waarschuwingsplicht, met daarbij als enig verschil dat niet ervan wordt uitgegaan dat een zwakkere partij zelf altijd de relevante informatie opmerkt.⁵²² Verder wordt een bedenktijd geacht te beschermen, omdat wordt aangenomen dat zwakkere partijen een bedenktijd ook daadwerkelijk gebruiken om een gebrek aan informatie aan te zuiveren en een overhaaste keuze te herzien.⁵²³ Die aanname stemt overeen met het idee dat een economisch rationeel persoon geen kans onbenut laat om een betere beslissing te nemen. Dezelfde aanname ligt ook ten grondslag aan het schriftelijkheidsvereiste, waarvan verondersteld wordt dat het overijling en lichtvaardige keuzes kan voorkomen.⁵²⁴

518 HvJ EG 4 april 2000, ECLI:EU:C:2000:184, r.o. 22 (*Adolf Darbo*).

519 HvJ EG 6 juli 1995, ECLI:EU:C:1995:224, r.o. 24, NJ 1996/228 (*Mars*).

520 Concl. A-G Trstenjak 24 maart 2010, ECLI:EU:C:2010:161, par. 103 (*Mediaprint*). Zie tevens: concl. A-G Fennelly 16 september 1999, ECLI:EU:C:1999:425, par. 25 (*Lifting*); concl. A-G Geelhoed 11 december 2003, ECLI:EU:C:2003:668, par. 79 (*Douwe Egberts*). Zie verder: Duivenvoorde 2015, p. 150.

521 Zie verder over het informatieparadigma: Van Boom 2016, p. 95; Oehler & Wendt 2017, p. 187; Braspenning 2017, p. 115-116.

522 Giesen 2005, p. 59-62.

523 Zamir & Teichman 2018, p. 290-292.

524 Reehuis, Slob & Van Zeven (red.) 1991, p. 448 en 450.

5.3.3 *Eerste tekortkoming: zwakkere partijen worden te weinig beschermd tegen een gebrek aan weerstand en een gebrek aan cognitieve capaciteit*

5.3.3.1 **Inleiding**

Dat in het huidige recht tot op zekere hoogte wordt uitgegaan van de economische rationaliteitsconceptie, brengt ten eerste de tekortkoming aan het ligt dat zwakkere partijen te weinig beschermd worden tegen een gebrek aan weerstand (par. 5.3.3.2) en een gebrek aan cognitieve capaciteit (par. 5.3.3.3). Het blijft uiteindelijk echter een normatieve afweging die bepaalt in hoeverre zwakkere partijen daartegen beschermd moeten worden (par. 5.3.3.4).

5.3.3.2 **Te weinig bescherming tegen een gebrek aan weerstand**

Tegen een gebrek aan weerstand worden zwakkere partijen te weinig beschermd omdat zij vatbaarder zijn voor handelspraktijken dan op basis van de economische rationaliteitsconceptie verondersteld wordt. Een experiment dat Purnhagen en Van Herpen hebben uitgevoerd naar aanleiding van het *Mars*-arrest van het HvJ EU illustreert dit.⁵²⁵ Purnhagen en Van Herpen hebben onderzocht of, zoals het HvJ EU veronderstelt, consumenten bij hun inschatting van het voordeel van een bonusverpakking zich inderdaad niet laten (mis)leiden door het gekleurde vlak dat suggereert het voordeel van de verpakking uit te beelden, maar eigenlijk groter is. Uit dat experiment blijkt dat die veronderstelling onjuist is: de participanten schatten het voordeel van de bonusverpakking groter in dan het werkelijke voordeel, ondanks dat de tekst op de verpakking het werkelijke voordeel beschreef.⁵²⁶ Tevens illustratief voor hoe consumenten zich in werkelijkheid gemakkelijker laten leiden door handelspraktijken dan op basis van de economische rationaliteitsconceptie verondersteld wordt, is een experiment dat Wansink, Kent en Hoch hebben uitgevoerd naar het ankereffect (zie eerder par. 5.2.2.3) in supermarkten.⁵²⁷ Voor dat experiment werd een aantal supermarkten aangewezen waar per persoon maximaal vier blikken van een actieproduct mocht worden gekocht, een aantal supermarkten waar per persoon maximaal twaalf blikken mocht worden gekocht, en een aantal supermarkten waar geen maximum gold. Wat bleek: consumenten kochten in supermarkten waar geen maximum gold gemiddeld 3,3 blikken, in supermarkten waar een maximum van vier blikken gold gemiddeld 3,5 blikken, en in supermarkten waar een maximum van twaalf blikken gold maar liefst gemiddeld 7,0 blikken. Oftewel: de consumenten lieten hun keuze beïnvloeden door willekeurige ankers, hetgeen economisch rationele consumenten niet zouden doen.

⁵²⁵ Purnhagen & Van Herpen 2017, p. 231.

⁵²⁶ Purnhagen & Van Herpen 2017, p. 231.

⁵²⁷ Wansink, Kent & Hoch 1998, p. 71-81.

Omdat verondersteld wordt dat zwakkere partijen economisch rationeel reageren op handelspraktijken, wordt niet voorkomen dat sterkere partijen in hun eigen belang de keuzes van zwakkere partijen kunnen beïnvloeden. Volgens de Amerikaanse jurist Bar-Gill ontstaan daardoor *behavioral market failures*.⁵²⁸ Omdat sterkere partijen in hun eigen belang kunnen en mogen inspelen op de beperkte cognitieve capaciteit van zwakkere partijen, doen zij dat ook. Dat is immers een relatief goedkope manier om producten en diensten te promoten. En als één sterkere partij dat doet, worden andere sterkere partijen daar indirect ook toe gedwongen. Want als zij niet ook inspelen op de beperkte cognitieve capaciteit van zwakkere partijen, kiezen zwakkere partijen mogelijk niet voor hun producten of diensten, ook al zijn de prijs en kwaliteit daarvan beter.

Inmiddels wordt in het huidige recht weliswaar tot op zekere hoogte onderkend dat zwakkere partijen niet altijd economisch rationeel reageren op handelspraktijken, maar dat is slechts een eerste stap in de goede richting. Zo bepaalt sinds 2014 artikel 6:230j BW dat een consument niet gebonden is aan de aanvullende betaling van een geldsom die strekt tot verkrijging van een prestatie die niet de kern van de prestatie is, als instemming daarmee wordt afgeleid uit een standaardoptie (zie eerder par. 4.4.5). Daarnaast heeft het HvJ EU zijn verwachtingen ten aanzien van de capaciteiten van de gemiddelde consument in 2015 in het *Teekanne*-arrest enigszins bijgesteld.⁵²⁹ In dat arrest staat de vraag centraal of een theeverpakking waarop vanillebloesems en frambozen waren afgebeeld met daarbij de tekst ‘vruchtenthee met natuurlijke aroma’s – vanille- en frambozensmaak’ misleidend is, omdat de thee, zoals uit de ingrediëntenlijst was op te maken, in werkelijkheid enkel aroma’s met vanille- en frambozensmaak bevatte.⁵³⁰ Na eerst de *Gut Springenheide*-norm herhaald te hebben,⁵³¹ heeft het HvJ EU in het *Teekanne*-arrest daar vervolgens een deels nieuwe invulling aan gegeven. In plaats van dat het HvJ EU ervan uitging dat de ingrediëntenlijst de indrukken die de verpakking opwekt standaard corrigeert, stelt hij dat een verpakking indrukken kan opwekken over de eigenschappen van het product die niet genoegzaam gecorrigeerd worden door de ingrediëntenlijst. Om te beoordelen of een verpakking misleidend is, moet volgens het HvJ EU de verpakking in haar geheel worden beschouwd. Een rechter moet aan de hand van ‘alle verschillende elementen van de etiket-

528 Bar-Gill 2012, p. 2-3.

529 HvJ EU 4 juni 2015, ECLI:EU:C:2015:361, *IER* 2015/53, m.nt. Hoogenraad en Duivenvoorde (*Teekanne*).

530 HvJ EU 4 juni 2015, ECLI:EU:C:2015:361, r.o. 14-25, *IER* 2015/53, m.nt. Hoogenraad en Duivenvoorde (*Teekanne*).

531 HvJ EU 4 juni 2015, ECLI:EU:C:2015:361, r.o. 36, *IER* 2015/53, m.nt. Hoogenraad en Duivenvoorde (*Teekanne*).

tering⁵³² bepalen of een verpakking misleidend is voor de gemiddelde consument.⁵³³ Hoewel dit een indicatie is dat steeds vaker wordt uitgegaan van een realistischer mensbeeld, wordt nog niet over de volle breedte van de bescherming van zwakkere partijen onderkend wat de invloed kan zijn van handelspraktijken die op de beperkte cognitieve capaciteiten van mensen inspelen. Zo is een standaardoptie slechts één van de wijzen waarop een keuze kan worden beïnvloed door daarop in te spelen. Dat kan nog op veel meer manieren, zeker in digitale keuzeomgevingen – dan soms ook wel *dark patterns* genoemd.⁵³⁴ Bovendien heeft het *Teekanne*-arrest slechts de scherpe kantjes van de maatmens, de gemiddelde consument, af gehaald.⁵³⁵ Het uitgangspunt is nog steeds dat hij een ‘gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument’ is.⁵³⁶

5.3.3.3 Te weinig bescherming tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit

Tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit moeten zwakkere partijen voorts meer worden beschermd, ten eerste, omdat onvoldoende onderkend wordt hoe groot de invloed van een gebrek aan cognitieve capaciteit kan zijn. In het huidige recht worden zwakkere partijen tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit beschermd doordat een aantal transparantievereisten geldt voor de wijze waarop informatie gecommuniceerd moet worden (zie eerder par. 4.5.2.1), doordat bij een aantal contractuele keuzes bescherming wordt geboden tegen een overhaaste beslissing (zie bijvoorbeeld artikel 7:670b BW), en doordat in ogenschouw wordt genomen dat zwakkere partijen moeite kunnen hebben met het inschatten van (financiële) risico’s.⁵³⁷ Bij de transparantievereisten wordt echter uitgegaan van de maatmens, de gemiddelde consument. Het HvJ EU heeft in het *Kásler*-arrest namelijk bepaald dat informatie ‘duidelijk en begrijpelijk’ is als het de gemiddelde consument in

532 HvJ EU 4 juni 2015, ECLI:EU:C:2015:361, r.o. 42, *IER* 2015/53, m.nt. Hoogenraad en Duivenvoorde (*Teekanne*).

533 HvJ EU 4 juni 2015, ECLI:EU:C:2015:361, r.o. 37-43, *IER* 2015/53, m.nt. Hoogenraad en Duivenvoorde (*Teekanne*). Dat dit arrest niet op zichzelf staat, blijkt uit het *Canal Digital*-arrest. Zie: HvJ EU 26 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:800, r.o. 13-17. Zie verder over de invloed van het *Teekanne*-arrest op de zogeheten *labelling*-doctrine: De Jager & Verheij 2019, p. 257-264.

534 Helberger e.a. 2021, p. 6. Zie verder: Lupiáñez-Villanueva e.a. 2022. Overigens wordt wel onderzocht hoe het Europees consumentenrecht op dit terrein kan verbeteren. Zie: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13413-Digital-fairness-fitness-check-on-EU-consumer-law_en (laatst geraadpleegd op 27 oktober 2022).

535 Bouwman 2019, p. 119. Zie tevens: E. Hoogenraad en B. Duivenvoorde, annotatie bij HvJ EU 4 juni 2015, ECLI:EU:C:2015:361, *IER* 2015/53 (*Teekanne*), par. 8. Mogelijk heeft het HvJ EU niet gekozen voor een realistischere invulling van de gemiddelde consument omdat anders de marktwerking op de Europese interne markt in het geding komt. Zie verder: Bouwman 2019, p. 120.

536 HvJ EG 16 juli 1998, ECLI:EU:C:1998:369, r.o. 31, *NJ* 2000/374, m.nt. Verkade (*Gut Springenheide*).

537 Zie bijvoorbeeld: HR 1 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7632, *NJ* 1990/759, m.nt. Brunner (*Van Landschot/Brink*); HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, r.o. 3.6.3, *NJ* 2005/103, m.nt. Du Perron (*Van Zuylen/Rabobank*).

staat stelt de (economische) gevolgen van zijn keuze te voorzien.⁵³⁸ Omdat de gemiddelde consument geacht wordt nagenoeg economisch rationeel te handelen, wordt daardoor onder meer miskend dat *information overload* kan ontstaan. Voorts wordt weliswaar in ogenschouw genomen dat zwakkere partijen overhaaste keuzes maken en moeite hebben met (financiële) risico's inschatten, maar worden zij daartegen in hoofdzaak beschermd door beschermingstechnieken waarvan het effect in twijfel kan worden getrokken (zie verder par. 5.3.4).

Ten tweede moeten zwakkere partijen meer worden beschermd tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit omdat vooralsnog in te weinig situaties onderkend wordt dat dit gebrek keuzes beïnvloedt. Zo wordt nauwelijks bescherming geboden tegen het ankereffect,⁵³⁹ terwijl dat effect op verschillende manieren (indirect) van invloed kan zijn op de contractuele keuzes van consumenten. De maximale leennorm kan bijvoorbeeld onbedoeld als anker functioneren bij de keuze voor een hypotheekbedrag, waardoor consumenten in een hogere prijsklasse zoeken naar een koopwoning, duurdere huizen uitkiezen om te bezichtigen, en vaker financieel advies negeren.⁵⁴⁰ Verder wordt bijvoorbeeld niet of nauwelijks onderkend dat onder meer *choice overload*,⁵⁴¹ *mental accounting*,⁵⁴² *hyperbolic discounting*,⁵⁴³ *loss aversion*,⁵⁴⁴ het *endowment-effect*⁵⁴⁵ en *inertia* waarschijnlijk ook van invloed kunnen zijn op contractuele keuzes van zwakkere partijen.

5.3.3.4 Kanttekening

Het voorgaande pleit ervoor zwakkere partijen meer te beschermen tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand. Daarbij moet echter wel een kanttekening worden geplaatst. Als uit onderzoek blijkt dat een contractuele keuze van een zwakkere partij door een gebrek aan cognitieve capaciteit of een gebrek aan weerstand beïnvloed wordt, hoeft daartegen niet altijd bescherming te worden geboden. Eerder is het

538 HvJ EU 30 april 2014, ECLI:EU:C:2014:282, r.o. 74 (*Kásler*). Zie verder: Schmitz & Pavillon 2020, p. 192-195. In eerdere uitspraken legde het HvJ EU niet de nadruk op de economische gevolgen. Zie: HvJ EU 26 april 2012, ECLI:EU:C:2012:242, r.o. 27 (*Invitel*); HvJ EU 21 maart 2013, ECLI:EU:C:2013:180, r.o. 49 (*RWE*). Zie verder (kritisch) over de ontwikkeling dat de maatmens, de gemiddelde consument, in steeds meer situaties wordt toegepast: Luzak 2020, p. 265-274.

539 Daartegen wordt tot op zekere hoogte wel bescherming geboden doordat eisen worden gesteld aan de wijze waarop prijzen moeten worden aangeduid. Zie verder: de Prijzenwet en het Besluit prijsaanduiding producten.

540 Elsen e.a. 2020, p. 3. Verder toont onderzoek aan dat ook maximale leenbedragen van invloed kunnen zijn op keuzes over de hoogte van een lening. Zie: BIN NL 2021, p. 77-79.

541 Chernev, Böckenholt & Goodman 2015, p. 333-358.

542 Thaler 1999, p. 183-206.

543 Thaler & Benartzi 2004, p. 168.

544 Kahneman 2003, p. 705.

545 Kahneman 2003, p. 705.

onderzoek aangehaald van Purnhagen en Van Herpen naar het *Mars*-arrest van het HvJ EU (zie par. 5.3.3.1), waaruit blijkt dat consumenten het voordeel van een bonusverpakking wel degelijk overschatten. In een vervolgonderzoek vonden zij echter weinig statistisch bewijs voor de hypothese dat door die overschatting consumenten ook daadwerkelijk andere keuzes maken.⁵⁴⁶ Het moet kortom in ogenschouw worden genomen dat niet elke invloed op een contractuele keuze bescherming noodzakelijk maakt. Bovendien kan het gebeuren dat de keuze van de ene zwakkere partij wel beïnvloed wordt door een gebrek aan cognitieve capaciteit of een gebrek aan weerstand, maar die van een andere zwakkere partij in dezelfde situatie niet. Mede daarom dient het een normatieve, rechtspolitieke afweging te blijven die bepaalt waartegen en wanneer zwakkere partijen worden beschermd (zie eerder par. 4.7.3.3).⁵⁴⁷ Dit betekent dat in theorie de wetgever ervoor zou kunnen kiezen om niet meer bescherming te bieden tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand dan in het huidige recht geboden wordt. Zowel de Nederlandse als de Europese wetgever heeft echter de intentie uitgesproken om gedragswetenschappelijke inzichten te gaan gebruiken voor betere wetgeving.⁵⁴⁸ Dat is ook nodig, omdat anders het doel van de bescherming van zwakkere partijen niet kan worden bereikt. Dat doel kan immers alleen worden bereikt – voor zover dat überhaupt kan (zie eerder par. 2.2) – als eens in de zoveel tijd een *reality check* wordt uitgevoerd.⁵⁴⁹ Een dergelijke *reality check* pleit ervoor, zo blijkt uit het voorgaande, om meer bescherming te bieden tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand.

5.3.4 *Tweede tekortkoming: een aantal fraternalistische beschermingstechnieken biedt minder bescherming dan verondersteld wordt*

De tweede tekortkoming die gedragswetenschappelijke inzichten aan het licht brengen, is dat de bescherming die een aantal belangrijke fraternalistische beschermingstechnieken biedt overschat wordt. Het meest pregnante voorbeeld hiervan is de informatieplicht. De weg die een persoon moet afleggen om aan de hand van informatie een geïnformeerde keuze te kunnen maken, is op zijn zachtst gezegd hobbelig.⁵⁵⁰ Een persoon moet niet alleen alle relevante informatie die hem toekomt tot zich nemen, maar ook begrijpen en

546 Purnhagen e.a. 2021, p. 401-402.

547 Zie in het algemeen over de normatieve weging van argumenten die nodig is om de sprong van feit naar norm te kunnen maken: Bouwman 2020b, p. 888-893.

548 Zie: *Kamerstukken II* 2014/15, 34000, nr. 140, p. 5-7. Zie over de aandacht binnen de Europese Unie voor gedragswetenschappelijke inzichten: Baggio e.a. 2021, p. 658-676. Zie eerder: par. 1.3.2.

549 Zie over de relevantie van een *reality check* voor het privaatrecht: Van Boom 2013, p. 49.

550 Zie onder meer: Ben-Shahar & Schneider 2014; Loewenstein, Sunstein & Golman 2014, p. 391-419; Page, 2019, p. 5-8; Sunstein 2020a; De Jager & Pavillon 2020, p. 294-300.

daadwerkelijk gebruiken voor het maken van een keuze.⁵⁵¹ Anders dan op basis van de rationele-keuzetheorie verondersteld wordt,⁵⁵² is het verre van vanzelfsprekend dat een persoon dit allemaal kan en doet. Onderzoek laat bijvoorbeeld zien dat consumenten lang niet altijd – en dat is een understatement – algemene voorwaarden lezen.⁵⁵³ Hetzelfde geldt voor informatie over financiële producten.⁵⁵⁴ Personen die informatie wel lezen, kunnen verder onder meer last hebben van *information overload*,⁵⁵⁵ en kunnen beïnvloed worden door verschillende psychologische fenomenen, waaronder het *framing*-effect en het ankereffect (zie eerder par. 5.2.2.5 en 5.2.2.3). Het is de vraag of transparantievereisten het effect van informatieplichten kunnen versterken – of beter gezegd: kunnen redden. Ben-Shahar en Schneider menen van niet. Zij stellen: ‘[H]owever insightful the psychological literature is, it cannot equip lawmakers (...) to design disclosures that will rescue mandated disclosure.’⁵⁵⁶ De meeste auteurs zien echter nog wel een rol weggelegd voor informatieplichten, maar stellen dat de bescherming die informatieplichten kunnen bieden niet moet worden overschat (zie verder par. 9.2.3).⁵⁵⁷ Zo moet bijvoorbeeld in ogen-schouw worden genomen dat een gestandaardiseerd informatiedocument consumenten nauwelijks beter in staat stelt om opties met elkaar te vergelijken.⁵⁵⁸ Voor een waarschu-wingsplicht geldt nagenoeg hetzelfde als voor de informatieplicht. Onderzoek toont aan dat ook het effect daarvan niet vanzelfsprekend is.⁵⁵⁹ Het effect van een bedenktijd wordt verder eveneens in twijfel getrokken.⁵⁶⁰ Niet alleen zorgen de *status quo bias* en het *endow-ment*-effect mogelijk ervoor dat als een zwakkere partij eenmaal een contractuele keuze heeft gemaakt zij die niet snel herziet, ook vereist het ontbinden van een contract hande-lingen die personen vaak geneigd zijn om uit te stellen. Hiernaast wordt eraan getwijfeld of een schriftelijkheidsvereiste daadwerkelijk bescherming kan bieden tegen ‘overijling’⁵⁶¹ en ‘lichtvaardige’⁵⁶² contractuele keuzes. Hoewel een zwakkere partij door een schriftelijk-

551 Braspenning 2017, p. 133-135. Ook wordt onderscheid gemaakt tussen formele en substantiële transparantie. Informatie is formeel transparant als zij compleet is en de aandacht van de ontvanger trekt. Informatie is substantieel transparant als de ontvanger van de informatie die ook daadwerkelijk kan begrijpen. Zie verder over dit onderscheid: Luzak & Junuzović 2019, p. 99.

552 Esposito 2017, p. 203-204.

553 Elshout e.a. 2016, p. 20-25. Zie over het doorgaans beperkte begrip van algemene voorwaarden van consu-menten bij energiecontracten: Baaij & Van Schagen 2022, p. 178-188.

554 Zie voor een overzicht van het onderzoek dat is verricht naar het leesgedrag van consumenten bij financiële informatie: Braspenning 2017, p. 135-142.

555 Eppler & Mengis 2004, p. 325-344.

556 Ben-Shahar & Schneider 2014, p. 114.

557 Zie bijvoorbeeld: Van Boom 2016, p. 96; Helleringer & Sibony 2017, p. 634-642; Esposito 2017, p. 204-205; De Jager 2018, p. 275-276.

558 De Jager 2018, p. 272-274.

559 AFM & ASIC 2019, p. 45-50.

560 Zie bijvoorbeeld: Luzak 2014, p. 100-106; Zamir & Teichman 2018, p. 290-292; Vandenberghe 2019, p. 1334.

561 Reehuis, Slob & Van Zeven (red.) 1991, p. 448 (TM).

562 Reehuis, Slob & Van Zeven (red.) 1991, p. 450 (MvA).

heidsvereiste niet enkel aan haar woord is gebonden, is het tegenwoordig zeer gebruikelijk om een contract op schrift op te stellen – ook als dat niet wettelijk vereist is. Hierdoor maakt een schriftelijkheidsvereiste een zwakkere partij waarschijnlijk niet extra oplettend.⁵⁶³

5.3.5 *De twee tekortkomingen en de spanning tussen bescherming en contractsvrijheid*

De twee tekortkomingen van de bescherming van zwakkere partijen leiden tot een hernieuwde relevantie van de spanning tussen het bieden van bescherming en het behouden van contractsvrijheid (zie eerder par. 4.7.2). Omdat niet alleen meer bescherming moet worden geboden tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand, maar ook in ogenschouw moet worden genomen dat een aantal fraternalistische beschermingstechnieken minder bescherming biedt dan verondersteld wordt, doet zich de vraag voor of ter bescherming tegen een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand vaker paternalistische beschermingstechnieken moeten worden toegepast. Die hebben immers doorgaans een sterker effect dan fraternalistische beschermingstechnieken. Paternalistische beschermingstechnieken kunnen echter niet alleen de autonomie van zwakkere partijen versterken, maar ook beperken (zie eerder par. 4.7.2).

5.4 POTENTIËLE OPLOSSINGEN

5.4.1 *Inleiding*

In dit onderzoek wordt vanwege de hernieuwde relevantie van de spanning tussen het bieden van bescherming en het behouden van contractsvrijheid onderzocht of, en zo ja, op welke manier nudging kan bijdragen aan de bescherming van zwakkere partijen. Door nudging als beschermingstechniek toe te passen kan in potentie de beperkte cognitieve capaciteit van zwakkere partijen in ogenschouw worden genomen, terwijl hun contractsvrijheid behouden blijft. Op die manier kan wellicht worden ontkomen aan een keuze tussen twee kwaden: fraternalistische beschermingstechnieken toepassen, terwijl die mogelijk onvoldoende bescherming bieden, of paternalistische beschermingstechnieken toepassen, terwijl die de autonomie van zwakkere partijen kunnen beperken. De toepassing van nudging is echter niet de enige manier waarop in potentie rekening kan worden ge-

⁵⁶³ Cserne 2012, p. 109.

houden met de hernieuwde spanning tussen het bieden van bescherming en het behouden van contractsvrijheid. In deze paragraaf wordt kort ingegaan op andere manieren waarop dat in potentie kan, te weten: fraternalistische beschermingstechnieken verbeteren (par. 5.4.2), toch vaker paternalistische beschermingstechnieken toepassen (par. 5.4.3) en bescherming personaliseren (par. 5.4.4).

5.4.2 *Fraternalistische beschermingstechnieken verbeteren*

Fraternalistische beschermingstechnieken zouden kunnen worden verbeterd. Zo zouden strengere en preciezere transparantievereisten kunnen worden gesteld aan informatieplichten en waarschuwingsplichten, en kunnen meer handelspraktijken waarbij wordt ingespeeld op de beperkte cognitieve capaciteit van mensen aan banden worden gelegd. Verder zou kunnen worden onderzocht of er ook andere procedurele beschermingstechnieken zijn dan een schriftelijkheidsvereiste en bedenktijd die een zwakkere partij kunnen aanzetten tot nadere reflectie op haar contractuele keuze. Omdat het voor de hand ligt daarvoor gedragswetenschappelijke inzichten te gebruiken, is er dan echter al snel overlap met nudging (zie verder par. 6.3.2). Bovendien is een nadeel van deze oplossingsrichting dat daarmee te veel kan worden vastgehouden aan de economische rationaliteitsconceptie, waardoor de toepassing van andere beschermingstechnieken niet snel genoeg wordt overwogen. Sibony is om die reden bijvoorbeeld kritisch op het gedragswetenschappelijk onderzoek dat in opdracht van de Europese Unie wordt uitgevoerd. Zij stelt daarover:

‘One important message from behavioural science is receiving attention, namely that simplifying information can help. However, the demand from the Commission also seems to illustrate a continuous and sustained focus on information and a desire to confirm the soundness of the information paradigm on which existing law is built. Behavioural studies seem to be conducted to reinforce and adapt the information paradigm on which EU consumer protection rests rather than question it.’⁵⁶⁴

5.4.3 *Toch vaker paternalistische beschermingstechnieken toepassen*

Ook kunnen paternalistische beschermingstechnieken vaker worden toegepast ter bescherming tegen een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand. Omdat paternalistische beschermingstechnieken een contractuele keuze verbieden of gebieden, hebben zij doorgaans een sterker effect dan fraternalistische

564 Sibony 2021, p. 124.

beschermingstechnieken (zie eerder par. 4.5.3). Het is waarschijnlijk ook om die reden dat consumenten bij keuzes over financiële risico's steeds vaker paternalistisch beschermd worden, hetgeen Cherednychenko al in 2014 constateerde.⁵⁶⁵ Zoals reeds besproken (zie eerder par. 4.7.2), is het nadeel van paternalistische beschermingstechnieken echter dat zij niet alleen de autonomie van een zwakkere partij kunnen versterken, maar ook kunnen beperken vanwege de categorische toepassing ervan en de pluraliteit van eigen wensen van zwakkere partijen.

5.4.4 Gepersonaliseerde bescherming

Met de pluraliteit van eigen wensen van zwakkere partijen kan – naast door nudging (zie verder par. 6.3.5 en 8.2) – in potentie rekening worden gehouden door bescherming te personaliseren – een idee dat in de literatuur steeds meer aandacht krijgt.⁵⁶⁶ Op basis van *big data* over eerdere keuzes die zwakkere partijen hebben gemaakt, wordt dan – bij benadering – vastgesteld wat de wensen van een zwakkere partij zijn en bij welke bescherming zij gebaat is. Niet alleen paternalistische beschermingstechnieken, maar ook nudges en fraternalistische beschermingstechnieken zouden kunnen worden gepersonaliseerd. Gepersonaliseerde bescherming roept echter vragen op omtrent onder meer uitvoerbaarheid, privacy en gelijke behandeling, waardoor het exacte toepassingsbereik daarvan nog onbekend is.⁵⁶⁷

5.5 CONCLUSIE

Tot welke tekortkomingen in de huidige bescherming van zwakkere partijen leidt de discrepantie tussen hoe zwakkere partijen in werkelijkheid keuzes maken en hoe verondersteld wordt dat zij dat doen? Bij de huidige bescherming van zwakkere partijen wordt tot op zekere hoogte ervan uitgegaan dat zij economisch rationeel handelen. Gedragswetenschappelijke inzichten tonen echter aan dat mensen, en dus ook zwakkere partijen, een beperkte cognitieve capaciteit hebben en daarom lang niet altijd alle opties tegen elkaar afwegen, alle informatie die zij hebben gebruiken, en risico's en onzekerheden verdisconteren op basis van kansberekening. De discrepantie tussen hoe zwakkere partijen in werkelijkheid keuzes maken en hoe verondersteld wordt dat zij dat doen, leidt tot twee tekortkomingen in de huidige bescherming van zwakkere partijen. Ten eerste worden zwakkere

⁵⁶⁵ Cherednychenko 2014, p. 390-421.

⁵⁶⁶ Ben-Shahar & Porat 2021. Zie verder: Hacker 2017b, p. 651-678; Busch & De Franceschi 2018, p. 408-424; Ben-Shahar & Porat 2019, p. 255-282.

⁵⁶⁷ Zie verder: Hacker 2017b, p. 651-677; Ben-Shahar & Porat 2021.

partijen te weinig beschermd tegen een gebrek aan weerstand en een gebrek aan cognitieve capaciteit. Ten tweede biedt een aantal fraternalistische beschermingstechnieken minder bescherming dan verondersteld wordt. De informatieplicht is hier het meest pregnante voorbeeld van. Deze twee tekortkomingen leiden tot een hernieuwde relevantie van de spanning tussen de bescherming van zwakkere partijen en het behouden van hun contractsvrijheid. In het volgende deel van dit onderzoek wordt onderzocht of nudging als beschermingstechniek kan worden toegepast om rekening te houden met de beperkte cognitieve capaciteit van zwakkere partijen, terwijl hun contractsvrijheid behouden blijft.

DEEL II
HET THEORETISCH KADER

6 DE POTENTIE VAN NUDGING VOOR DE BESCHERMING VAN ZWAKKERE PARTIJEN

6.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk wordt de vraag beantwoord op welke manier(en) nudging kan worden toegepast ter bescherming van zwakkere partijen in het contractenrecht (deelvraag IV). Het antwoord op deze vraag duidt de potentie van nudging aan. Uit de definitie en kenmerken van nudging (par. 6.2) volgt dat het op drie manieren kan worden toegepast ter bescherming van zwakkere partijen: om hen te helpen zelf een keuze te maken, als hulp bij het kiezen van de optie die aansluit bij eigen wensen, en als hulp bij het kiezen van de meest verstandige optie (par. 6.3). Dit hoofdstuk sluit af met een conclusie (par. 6.4).

6.2 DE DEFINITIE EN KENMERKEN VAN NUDGING

6.2.1 *Inleiding*

De termen ‘nudge’ en ‘nudging’ zijn in 2008 door de Amerikaanse econoom Thaler en de Amerikaanse jurist Sunstein geïntroduceerd in hun boek getiteld *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*.⁵⁶⁸ Ter vaststelling van de verschillende kenmerken van nudging wordt ingegaan op de definitie die Thaler en Sunstein geven van een nudge en de wijze waarop nudging zich verhoudt tot andere keuzebeïnvloedingstechnieken (par. 6.2.2). Vervolgens wordt een aantal aan nudging verwante concepten besproken, te weten: *sludge* (par. 6.2.3), *boosting* (par. 6.2.4) en *libertarian paternalism* (par. 6.2.5). Daarna wordt toegelicht welke verschillende nudgetechnieken er zijn (par. 6.2.6).

⁵⁶⁸ Thaler & Sunstein 2008. In 2021 is een herziene editie uitgegeven van *Nudge*. Zie: Thaler & Sunstein 2021. De herziene editie bevat enkele aanvullingen, waaronder over *sludge*, en meer hedendaagse voorbeelden. Er worden geen (wezenlijk) andere standpunten in verdedigd. In dit onderzoek wordt daarom in hoofdzaak nog naar de oude editie verwezen.

6.2.2 Nudging

6.2.2.1 De definitie van Thaler en Sunstein

Thaler en Sunstein definiëren een nudge als: ‘any aspect of a choice architecture that alters people’s behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives.’⁵⁶⁹ Enkele voorbeelden van nudging zijn het hanteren van een standaardoptie, appelleren aan een sociale norm en een keuzeoptie meer in het oog laten springen (zie verder par. 6.2.6). De kenmerken van nudging die uit de definitie van Thaler en Sunstein volgen, kunnen het best nader worden toegelicht door nudging te vergelijken met de drie klassieke keuzebeïnvloedingstechnieken. Dat zijn: de stok, de wortel en de preek.⁵⁷⁰ De stok staat symbool voor het verbieden of gebieden van een optie. Tot deze keuzebeïnvloedingstechnieken behoren de paternalistische beschermingstechnieken. De wortel staat symbool voor financiële prikkels, zoals subsidies en accijnzen. Zwakkere partijen worden in het Nederlandse contractenrecht niet direct beschermd door financiële prikkels. Wel kunnen bijvoorbeeld vormvoorschriften transactiekosten veroorzaken en op die manier indirect een financiële prikkel zijn. De preek staat symbool voor het verstrekken van informatie – ook wel rationele overtuiging genoemd. Tot deze keuzebeïnvloedingstechniek behoort een aantal fraternalistische beschermingstechnieken, waaronder de informatieplicht.

6.2.2.2 Nudging in vergelijking met de stok

Nudging onderscheidt zich op twee manieren van de stok: het behoudt keuzevrijheid en beïnvloedt een keuze niet door dwang, maar door rekening te houden met of in te spelen op de beperkte cognitieve capaciteit van mensen. Als de stok als verbod wordt toegepast, beperkt het de vrijheid om de verboden optie te kiezen. Als de stok als gebod wordt toegepast, beperkt het de vrijheid om een andere optie te kiezen dan de geboden optie. Hoewel nudges ook een keuze naar of weg van een bepaalde optie kunnen sturen, beperken zij in tegenstelling tot de stok geen keuzevrijheid. Kenmerkend voor nudging is dat de genudgede persoon zich kan onttrekken aan de keuzebeïnvloeding.⁵⁷¹ Iemand kan zich bijvoorbeeld onttrekken aan de keuzebeïnvloeding van een standaardoptie door simpelweg een andere optie te kiezen dan de standaardoptie – een zogeheten *opt-out*. Omdat nudges keuzevrijheid behouden, worden zij aangeduid als zacht en asymmetrisch paternalistisch – zacht paternalistisch omdat zij keuzevrijheid behouden, en asymmetrisch paterna-

569 Thaler & Sunstein 2008, p. 6.

570 Tummers 2019, p. 925-926. Zie verder over de definitie van nudging: Saghai 2013, p. 487-493; Hansen 2016, p. 155-174; Nys & Engelen 2017, p. 200; Congiu & Moscati 2022, p. 191-195.

571 Volgens een aantal auteurs beperken nudges feitelijk soms wel de keuzevrijheid, ook al doen zij dat in theorie niet. Zie verder over dit (onterechte) kritiekpunt: par. 8.2.

listisch omdat zij enkel paternalistisch zijn ten opzichte van de persoon die zich niet onttrekt aan de sturing van een nudge.⁵⁷²

Omdat nudges keuzevrijheid behouden, beïnvloeden zij een keuze vrijwel per definitie minder sterk dan een verbod of gebod – ervan uitgaande dat die ook gehandhaafd worden. Dit is juist ook het idee achter nudging: personen moeten zich aan de sturing daarvan kunnen onttrekken zodat zij keuzevrijheid behouden. Dat nudges, ondanks dat zij keuzevrijheid behouden, keuzes wel degelijk kunnen beïnvloeden, blijkt uit een aantal *systematic reviews* en *meta-analyses*.⁵⁷³ Hummel en Maedche hebben 100 publicaties bestudeerd waarin wordt gerapporteerd over 317 effectgrootten van nudges.⁵⁷⁴ Van die effectgrootten bleek 62% statistisch significant, hetgeen betekent dat meer dan de helft van de nudges effect had.⁵⁷⁵ Daarnaast bleek gemiddeld 21% meer personen door een nudge voor een bepaalde optie te kiezen.⁵⁷⁶ DellaVigna en Linos hebben onder meer dit door Hummel en Maedche vastgestelde effect van nudging vergeleken met dat van 126 deels ongepubliceerde onderzoeken naar nudges die zijn uitgevoerd door twee zogeheten *nudge units*, hetgeen (semi)overheidsinstellingen zijn die onderzoek verrichten naar de toepassing van nudging.⁵⁷⁷ Daaruit bleek dat gemiddeld 8% meer personen door de nudge in kwestie voor een bepaalde optie koos. DellaVigna en Linos geven drie mogelijke verklaringen voor het kleinere effect van nudges dat zij vonden dan Hummel en Maedche: de grotere statistische power van de experimenten die zij hadden onderzocht,⁵⁷⁸ mogelijke oververtegenwoordiging van succesvolle nudges in de onderzoeken die Hummel en Maedche hadden gebruikt,⁵⁷⁹ en het verschil in nudgetechnieken die zij hadden onderzocht en die Hummel en Maedche hadden onderzocht. In de meest recente *meta-analysis*, die is uitgevoerd op basis van 214 onderzoeken die bij elkaar over 455 effectgrootten rapporteren, concludeert Mertens samen met anderen dat nudges gemiddeld een klein tot middelgroot effect hebben, maar dat het effect van een nudge sterk verschilt per nudgetechniek en per keuze waarbij een nudge wordt toegepast.⁵⁸⁰ Deze conclusie sluit aan bij het onderzoeksstadium waarin nudging zich bevindt. Nog niet van alle nudgetechnieken is volledig in kaart gebracht

572 Zie verder over zacht paternalisme: Sunstein 2016, p. 54-55. Zie verder over asymmetrisch paternalisme: Camerer e.a. 2003, p. 1211-1254.

573 Hier wordt alleen ingegaan op *systematic reviews* en *meta-analyses* over nudging in het algemeen. *Systematic reviews* en *meta-analyses* over specifieke nudgetechnieken komen aan bod in hoofdstuk 9 en 10.

574 Hummel & Maedche 2019, p. 47-58.

575 Hummel & Maedche 2019, p. 53.

576 Hummel & Maedche 2019, p. 53-54.

577 DellaVigna & Linos 2022, p. 81-116.

578 Statistische power verwijst naar de kans dat een statistische toets daadwerkelijk een effect detecteert als dat er is. Zie: Field 2018, p. 84-85.

579 DellaVigna & Linos 2022, p. 97-108.

580 Mertens e.a. 2022, p. 1-10.

onder welke voorwaarden zij effect hebben (zie verder par. 8.4).⁵⁸¹ Meer kennis daarover zal waarschijnlijk ervoor zorgen dat op voorhand beter kan worden ingeschat of een nudge het gewenste effect heeft of niet.⁵⁸²

Naast dat een nudge keuzevrijheid behoudt en een gebod of verbod niet, onderscheidt nudging zich ook van het gebruik van de stok door de wijze waarop het keuzes beïnvloedt. Een gebod of verbod beïnvloedt een keuze door dwang. Dit kan inhouden dat het iemand feitelijk onmogelijk wordt gemaakt om een bepaalde optie (niet) te kiezen, maar ook dat op het (niet) kiezen van een optie een sanctie rust, zoals een boete of – binnen de context van het verbintenissenrecht – nietigheid, vernietigbaarheid of aansprakelijkheid (zie eerder par. 4.3). Een nudge beïnvloedt daarentegen een keuze door een keuzearchitectuur op een dergelijke manier in te richten dat een keuze op voorspelbare wijze beïnvloed wordt.⁵⁸³ De term ‘keuzearchitectuur’ gebruiken Thaler en Sunstein ter aanduiding van de context van een keuze. Daartoe behoort de presentatie van de keuze(opties), de manier waarop moet worden gekozen, en de informatie die wordt geboden.⁵⁸⁴ Uit de definitie van een nudge van Thaler en Sunstein volgt niet expliciet dat gebruik moet worden gemaakt van gedragswetenschappelijke inzichten om van nudging te kunnen spreken. Uit de voorbeelden die zij geven van nudging en de nadruk die zij leggen op het belang van het gebruik van gedragswetenschappelijke inzichten volgt dit echter wel impliciet.⁵⁸⁵ Volgens Nys en Engelen moet niet alleen daarom, maar ook omdat nudging zich dan duidelijk onderscheidt van rationele overtuiging (zie verder par. 6.2.2.4) aan de definitie van Thaler en Sunstein worden toegevoegd dat: ‘nudging makes use of psychological mechanisms, cognitive biases and heuristics.’⁵⁸⁶ Hansen stelt om dezelfde redenen een andere definitie van een nudge voor, namelijk:

‘Any attempt at influencing people’s judgment, choice or behaviour in a predictable way that is made possible because of cognitive boundaries, biases, routines and habits in individual and social decision-making posing barriers for people to perform rationally in their own declared self-interests and which works by making use of those boundaries, biases, routines, and habits as integral parts of such attempts.’⁵⁸⁷

581 De Ridder, Kroese & Van Gestel 2022, p. 347-348. Zie tevens: Szaszi e.a. 2018, p. 355-366; Bryan, Tipton & Yeager 2021, p. 980-989.

582 Zie verder over de beperkte relevantie van *systematic reviews* en *meta-analyses* over het effect van nudging in het algemeen: Hallsworth 2022.

583 Thaler & Sunstein 2008, p. 6.

584 Thaler & Sunstein 2008, p. 3. Zie tevens: Barton & Grüne-Yanoff 2015, p. 342.

585 Zie bijvoorbeeld: Thaler & Sunstein 2008, p. 6-8.

586 Nys & Engelen 2017, p. 200-201.

587 Hansen 2016, p. 158.

De beperking van deze definitie is echter dat daaruit niet expliciet blijkt dat een nudge keuzevrijheid moet behouden. In dit onderzoek wordt daarom ervoor gekozen de definitie van een nudge van Thaler en Sunstein te hanteren, maar die – in lijn met de suggestie van Nys en Engelen – aan te vullen met dat een keuze beïnvloed wordt door rekening te houden met of in te spelen op de beperkte cognitieve capaciteit van mensen. In dit onderzoek wordt de term ‘nudging’ aldus gebruikt als verzamelbegrip voor keuzebeïnvloedings-technieken die, rekening houdend met of inspeland op de beperkte cognitieve capaciteit van mensen, keuzes op voorspelbare wijze beïnvloeden, zonder keuzevrijheid te beperken en zonder gebruik te maken van significante financiële prikkels. Een nudge die iemand helpt om zelf een keuze te maken, houdt rekening met de beperkte cognitieve capaciteit van mensen, en een nudge die een keuze naar een bepaalde optie stuurt, speelt daarop in (zie verder par. 6.2.4, 6.2.6 en 7.2.3).

6.2.2.3 Nudging in vergelijking met de wortel

Nudging onderscheidt zich van een wortel omdat er geen sprake is van een nudge als een keuze beïnvloed wordt door een significante financiële prikkel. Thaler en Sunstein stellen dat zolang een economisch rationeel handelend persoon niet wordt beïnvloed door een keuzearchitectuur, er geen sprake is van een significante financiële prikkel.⁵⁸⁸ Van een rationeel handelend persoon wordt immers verondersteld dat hij een onbeperkte cognitieve capaciteit heeft en zich daarom niet laat beïnvloeden door een verandering in een keuzearchitectuur, tenzij daardoor significante financiële prikkels ontstaan. Het antwoord op de vraag wanneer er sprake is van een significante financiële prikkel en wanneer van een nudge is daardoor echter nog niet altijd evident. De moeite die iemand moet doen om zich te onttrekken aan de sturing van een nudge kan onder omstandigheden kwalificeren als transactiekosten en daardoor ook als een financiële prikkel. Als bijvoorbeeld gezond eten gestimuleerd wordt door gezonde maaltijden in een kantine op ooghoogte neer te leggen, kwalificeert de moeite die moet worden gedaan om voor een ongezonde maaltijd te kiezen niet als een significante financiële prikkel.⁵⁸⁹ De transactiekosten die daardoor ontstaan, zijn immers verwaarloosbaar. De moeite die een persoon moet doen om zich aan de sturing van een nudge te onttrekken, kan echter wel als een significante financiële prikkel kwalificeren als ongezonde maaltijden bijvoorbeeld enkel in een ander gedeelte van de kantine kunnen worden gekocht, waartoe alleen toegang kan worden verkregen als dat vooraf schriftelijk wordt aangevraagd. Hoewel keuzevrijheid dan behouden blijft en er om die reden sprake kan zijn van een nudge, is de moeite die moet worden gedaan om voor een ongezonde optie te kiezen zo groot dat er sprake is van een significante financiële prikkel en daarom uiteindelijk toch niet van een nudge.

588 Thaler & Sunstein 2008, p. 8.

589 Thaler & Sunstein 2008, p. 9.

6.2.2.4 Nudging in vergelijking met de preek

Tussen nudging en de preek bestaat enige overlap. Sommige nudges zijn erop gericht om, rekening houdend met de beperkte cognitieve capaciteit van mensen, informatie te verschaffen en rationeel te overtuigen (zie verder par. 6.2.4 en 6.2.6.2). Er bestaat dan overlap tussen nudging en de preek. Er zijn echter ook nudges die op de beperkte cognitieve capaciteit van mensen inspelen om een keuze naar of weg van een bepaalde optie te sturen. Er is dan geen sprake van rationele overtuiging en daarom ook niet van overlap met de preek.

6.2.3 Sludge

In de literatuur over nudging is ook aandacht gekomen voor het begrip *sludge*. Het begrip *sludge* is door Thaler geïntroduceerd,⁵⁹⁰ en door Sunstein nader gedefinieerd als excessieve fricties die verhinderen dat een persoon doet wat hij wil doen.⁵⁹¹ Fricties beschouwt Sunstein als cognitieve hordes die genomen moeten worden om een keuze of handeling uit te voeren.⁵⁹² Twee voorbeelden van *sludge* die Sunstein geeft, zijn: het moeten invullen van onnodig veel formulieren en een abonnement enkel ergens ter plaatse kunnen opzeggen.⁵⁹³ Sunstein pleit voor zogeheten *sludge audits*, die zowel door private als door publieke instellingen moeten worden uitgevoerd ‘to produce clarity about the magnitude of sludge and to ensure transparency to relevant others, above all those who are in a position to reduce sludge.’⁵⁹⁴ Over de vraag hoe het tegengaan van *sludge* zich verhoudt tot nudging bestaat discussie. Volgens Mills moeten *sludge* en het effect van nudging worden gezien als respectievelijk een negatieve en een positieve connotatie van hetzelfde. Hij stelt: ‘[W]henver a decision-maker is nudged towards a healthy snack, they simultaneously face sludge if they want an unhealthy snack.’⁵⁹⁵ Sunstein ziet dit anders. Volgens Sunstein moet hetgeen eerder in de literatuur aangeduid werd als *evil-nudging* – nudging niet in het belang van de genudgede persoon of het algemeen belang⁵⁹⁶ – worden aangeduid als *sludge*. Hij stelt:

590 Thaler 2018, p. 431.

591 Sunstein 2020b, p. 656-657. Zie verder: Mills 2020, p. 1-24; Sunstein 2021b; Newall 2022, p. 1-7.

592 Er bestaat discussie over de vraag of financiële prikkels ook kunnen kwalificeren als *sludge*. Sunstein meent van niet. Zie: Sunstein 2020b, p. 658. Shahab en Lades menen van wel. Zie: Shahab & Lades 2021, p. 1-22.

593 Sunstein 2020b, p. 657.

594 Sunstein 2020b, p. 656.

595 Mills 2020, p. 3.

596 Thaler & Sunstein 2008, p. 239.

‘It is helpful to reserve the term “sludge” for impositions that have a negative valence. Efforts to ensure that people do not act recklessly or impulsively should be characterized as (helpful) nudges, not as sludge.’⁵⁹⁷

In dit onderzoek wordt de term *sludge* gebruikt ter aanduiding van situaties waarin een sterkere partij in haar eigen belang de uitvoering van een keuze van een zwakkere partij op bezwaarlijke wijze bemoeilijkt, bijvoorbeeld door te eisen dat opzegging van een abonnement plaatsvindt op andere wijze dan het is aangegaan (vergelijk artikel 6:236 sub o BW).

6.2.4 Boosting

Voorts is er in de literatuur ook steeds meer aandacht voor *boosting*. De term *boosting* is geïntroduceerd door de Zweedse filosoof Grüne-Yanoff en de Duitse psycholoog Hertwig ter aanduiding van verschillende manieren om iemand te helpen zelf een keuze te maken – te *empoweren*.⁵⁹⁸ *Boosting* is geënt op de ecologische rationaliteitsconceptie (zie eerder par. 5.2.2.4) en omvat twee soorten *boosts*. Ten eerste zijn er *boosts* die een persoon door educatie beter in staat stellen om zelf een keuze te maken.⁵⁹⁹ Door een persoon bijvoorbeeld relatieve kansen te leren herkennen – een voorbeeld van een relatieve kans is: ‘50% meer’ – en hem te leren dat relatieve kansen in vergelijking met absolute kansen – een voorbeeld van een absolute kans is: ‘0,8%’ – een vertekend beeld geven, wordt hij in staat gesteld kansen beter te duiden. Ten tweede zijn er *boosts* die een persoon beter in staat stellen om zelf een keuze te maken door een keuzearchitectuur af te stemmen op de heuristieken die een persoon gebruikt om een keuze te maken, zodat die heuristieken accurater functioneren.⁶⁰⁰ Gedragswetenschappelijke inzichten tonen bijvoorbeeld aan dat mensen kansen beter kunnen duiden als die als frequenties worden aangeduid in plaats van als percentages – ‘1 op 20’ bijvoorbeeld in plaats van ‘5% kans.’⁶⁰¹ Door dat in ogenschouw te nemen kunnen de capaciteiten van personen worden vergroot om zelf een keuze te maken.

Volgens Grüne-Yanoff en Hertwig zijn *boosting* en nudging fundamenteel andere concepten omdat Thaler en Sunstein nudging – overigens onterecht (zie verder par. 6.2.5) – in hoofdzaak presenteren als een manier om personen te helpen economisch rationele keu-

597 Sunstein 2020b, p. 660.

598 Grüne-Yanoff & Hertwig 2016, p. 156-163. Zie verder: Rouyard e.a. 2022, p. 1-5.

599 Grüne-Yanoff & Hertwig 2016, p. 156.

600 Grüne-Yanoff & Hertwig 2016, p. 156.

601 Gigerenzer & Hoffrage 1995, p. 684-704.

zes te maken, terwijl *boosting* erop gericht is de ecologische rationaliteit van personen te versterken.⁶⁰² Sunstein ziet daarentegen *boosts* als een specifiek soort nudges, namelijk systeem 2-nudges en educatieve nudges.⁶⁰³ Systeem 2-nudges zijn volgens hem nudges die ‘the role of deliberation and people’s considered judgments’⁶⁰⁴ versterken. Over educatieve nudges stelt hij dat zij ‘attempt to inform people, or to build their competence, so that they can make better choices for themselves.’⁶⁰⁵ *Boosting* door educatie wordt in dit onderzoek niet beschouwd als een vorm van nudging omdat het strikt genomen geen keuzebeïnvloedingstechniek is. Educatie is gericht op het vergroten van de competenties van een persoon en niet – direct – op het beïnvloeden van een bepaalde keuze. *Boosting* door een keuzearchitectuur aan te passen wordt daarentegen in dit onderzoek wel beschouwd als een vorm van nudging. Door die vorm van *boosting* wordt namelijk ook, rekening houdend met de beperkte cognitieve capaciteit van mensen, een keuze op voorspelbare wijze beïnvloed, zonder keuzevrijheid te beperken en zonder gebruik te maken van significante financiële prikkels.⁶⁰⁶

6.2.5 Libertarian paternalism

Voordat Thaler en Sunstein in 2008 de termen ‘nudge’ en ‘nudging’ introduceerden, publiceerden zij in 2003 een artikel getiteld ‘Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron.’⁶⁰⁷ Daarin introduceerden zij de politieke filosofie die zij als rechtvaardiging zijn gaan beschouwen voor nudging. *Libertarian paternalism* bestaat uit het idee dat een overheid haar burgers moet helpen met het maken van keuzes – vandaar de aanduiding paternalisme – zonder te verzanden in perfectionisme – vandaar de aanduiding libertarisme.⁶⁰⁸ Personen moeten volgens Thaler en Sunstein worden geholpen met het maken van keuzes omdat zij begrensd rationeel zijn. Met name bij keuzes die personen niet vaak maken, die complex zijn, en die gaan over de lange termijn, is het daarom volgens hen van belang dat keuzes gestuurd worden naar opties ‘that will make choosers better off, as judged by themselves.’⁶⁰⁹

602 Grüne-Yanoff & Hertwig 2016, p. 163-174.

603 Sunstein 2016, p. 32-34.

604 Sunstein 2016, p. 29.

605 Sunstein 2016, p. 32.

606 Zie instemmend met de stelling dat *boosting* deels overlapt met nudging: Congiu & Moscati 2022, p. 203.

607 Sunstein & Thaler 2003, p. 1159-1202.

608 Opgemerkt dient te worden dat Thaler en Sunstein voor *libertarian paternalism* pleiten tegen de achtergrond van de Amerikaanse samenleving. Daar wordt overheidsbemoediging met de keuzes van burgers vaak als controversiëler beschouwd dan in Europa. Zo wordt het in de Verenigde Staten minder vanzelfsprekend geacht dat de overheid zich mag bemoeien met het pensioen van haar burgers of hun ziektekostenverzekering. Vanuit Europees perspectief lijkt hierdoor het standpunt dat een overheid haar burgers moet helpen bij het maken van keuzes minder controversieel dan Thaler en Sunstein het doen voorkomen. Zie verder: WRR 2014, p. 65.

609 Thaler & Sunstein 2008, p. 6.

In de praktijk zijn dat volgens Thaler en Sunstein doorgaans de economisch meest rationele opties.⁶¹⁰ Anticiperend op de tegenwerping dat ook *libertarian paternalism* een vorm van paternalisme is, en daarom bezwaarlijk, stellen Thaler en Sunstein niet alleen dat nudging zacht paternalistisch is omdat het keuzevrijheid behoudt,⁶¹¹ maar ook dat het gebruik van nudging tot op zekere hoogte onvermijdelijk is.⁶¹² Zij wijzen erop dat de wijze waarop een keuze gepresenteerd wordt vrijwel altijd van invloed is op de optie die iemand kiest. Het is volgens hen beter dat in ogenschouw te nemen door een keuzearchitectuur zo in te richten dat personen genudged worden, dan niets te doen. Het risico daarvan is namelijk dat keuzes naar willekeurige opties worden gestuurd of naar een optie die enkel in het belang van een ander is.⁶¹³ Onder meer Hausman en Welch menen dat Thaler en Sunstein echter over het hoofd zien dat er een belangrijk verschil bestaat tussen niets doen en bewust een keuze sturen. Zij stellen: ‘Even when unshaped choices would have been just as strongly influenced by deliberative flaws, calculated shaping of choices still imposes the will of one agent on another.’⁶¹⁴

Niet elke nudge kan overigens *libertarian paternalism* als rechtvaardiging hebben.⁶¹⁵ Een nudge kan enkel op basis van *libertarian paternalism* worden gerechtvaardigd als die wordt toegepast om de genudgede persoon te helpen – ook wel een *self-regarding* nudge genoemd.⁶¹⁶ Nudges kunnen echter ook worden toegepast in het algemeen belang of in het belang van een ander – ook wel *other-regarding* nudges genoemd.⁶¹⁷ Denk bijvoorbeeld aan nudges die helpen met het maken van duurzame keuzes of schade aan anderen voorkomen.

6.2.6 Nudgetechnieken

6.2.6.1 Inleiding

Er bestaan verschillende nudgetechnieken. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen nudges die iemand helpen om zelf een keuze te maken door rekening te houden met de beperkte cognitieve capaciteit van mensen (par. 6.2.6.2), en nudges die een keuze naar

610 Thaler & Sunstein 2008, p. 5.

611 Sunstein 2016, p. 54-55.

612 Sunstein & Thaler 2003, p. 1164-1165; Thaler & Sunstein 2008, p. 10-11.

613 Thaler & Sunstein 2008, p. 10.

614 Hausman & Welch 2010, p. 133.

615 Sunstein 2016, p. 31-32. Zie tevens: Yeung 2012, p. 123-124; Schmidt 2017, p. 405; Van den Hoven 2020, p. 2-4.

616 Van den Hoven 2020, p. 1.

617 Van den Hoven 2020, p. 1.

of weg van een bepaalde optie sturen door in te spelen op de beperkte cognitieve capaciteit van mensen – ook wel sturende nudges genoemd (par. 6.2.6.3).⁶¹⁸

6.2.6.2 Nudges die iemand helpen om zelf een keuze te maken

Een nudge die een persoon helpt om zelf een keuze te maken, is het ‘vertalen’ van informatie. Het ‘vertalen’ van informatie houdt niet in dat informatie letterlijk vertaald wordt naar een andere taal, maar dat informatie op een zodanige wijze wordt aangeboden en gepresenteerd dat rekening wordt gehouden met de beperkte cognitieve capaciteiten van mensen, zodat zij bijvoorbeeld geen last hebben van *information overload*. Een voorbeeld van het ‘vertalen’ van informatie is kansen aanduiden als frequenties in plaats van als percentages.⁶¹⁹ Om een persoon te helpen met zelf een keuze maken kan ook bepaalde informatie worden verstrekt die normaal niet wordt verstrekt. Denk bijvoorbeeld aan informatie over hoe vaak een verzekering gemiddeld gebruikt wordt en welk schadebedrag gemiddeld wordt uitgekeerd⁶²⁰ – ook wel *use pattern information* genoemd.⁶²¹ Dergelijke informatie kan een persoon helpen met besluiten of hij een verzekering wil afsluiten. Een herinnering kan hiernaast een persoon helpen om – op het juiste moment – in actie te komen en zijn keuze op de relevante informatie af te stemmen.⁶²² Personen kunnen verder worden geholpen met – op het juiste moment – zelf een keuze maken door hen op een bepaald moment actief te vragen om een keuze te maken, bijvoorbeeld over het al dan niet voortzetten van een abonnement.⁶²³ Voorts kunnen personen worden geholpen met zelf een keuze maken door het gebruik van een keuzehulpmiddel te faciliteren. Een voorbeeld van een keuzehulpmiddel is de *consider-the-opposite strategy*. Door iemand te vragen redenen te bedenken waarom een bepaalde keuze ook nadelig of onverstandig zou kunnen zijn, kan onder meer de invloed van het ankereffect en zelfoverschatting worden tegengegaan.⁶²⁴

6.2.6.3 Nudges die een keuze naar of weg van een bepaalde optie sturen

Waarschijnlijk de bekendste sturende nudge is de standaardoptie. Een standaardoptie is een vooraf geselecteerde optie die personen kiezen, tenzij zij voor een zogeheten *opt-out*

618 Om nader onderscheid te maken tussen de verschillende nudgetechnieken die er zijn, wordt in dit onderzoek de taxonomie van Münscher, Vetter en Scheuerle gebruikt. Zie: Münscher, Vetter & Scheuerle 2016, p. 511-524. Zie eerder over waarom deze taxonomie gebruikt wordt: par. 1.5.7. In dit onderzoek komen de verschillende nudgetechnieken die er zijn nog uitvoeriger aan bod dan in deze paragraaf. Zie verder: hoofdstuk 9 en 10.

619 Gigerenzer & Hoffrage 1995, p. 684-704.

620 Riley & Taha 2019, p. 288.

621 Bar-Gill & Ferrari 2010, p. 103.

622 Guy e.a. 2012, p. 614-632; Karlan e.a. 2016, p. 3393-3411.

623 Carroll e.a. 2009, p. 1648-1651.

624 Elsen e.a. 2020, p. 37.

kiezen. Twee voorbeelden van standaardopties zijn automatische pensioendeelname en automatische donoregistratie.⁶²⁵ Voorts kan een keuze naar of weg van een bepaalde optie worden gestuurd door een sociale norm te communiceren – een zogeheten sociale-norm-nudge. Toepassing van een sociale-normnudge houdt in dat de keuzes die anderen maken of de normen die zij onderschrijven zichtbaar worden gemaakt, zodat een persoon zijn keuze daarop afstemt. Zo hergebruiken meer personen in een hotel hun handdoek als vermeld wordt dat 75% van de andere hotelgasten hun handdoek hergebruikt, dan als zij enkel erop gewezen worden dat hergebruik duurzaam is.⁶²⁶ Een keuze kan hiernaast op verschillende manieren ook naar of weg van een bepaalde optie worden gestuurd door informatie of een keuze(optie) op een bepaalde manier te presenteren. Zo kan bijvoorbeeld worden ingespeeld op het *framing*-effect. Voorts kan een keuze naar of weg van een bepaalde optie worden gestuurd door in te spelen op het feit dat personen gevolgen hyperbolisch verdisconteren, hetgeen inhoudt dat zij onevenredig veel meer belang hechten aan kortetermijngevolgen dan aan langetermijngevolgen.⁶²⁷

6.3 DE TOEPASSINGEN VAN NUDGING TER BESCHERMING VAN ZWAKKERE PARTIJEN

6.3.1 *Inleiding*

De potentie van nudging voor de bescherming van zwakkere partijen volgt uit de drie manieren waarop het kan worden toegepast: om zwakkere partijen te helpen zelf een keuze te maken (par. 6.3.2), als hulp bij het kiezen van de optie die aansluit bij eigen wensen (par. 6.3.3), en als hulp bij het kiezen van de meest verstandige optie (par. 6.3.4). In werkelijkheid kan dit onderscheid echter niet altijd strikt worden gemaakt (par. 6.3.5).

6.3.2 *Toepassing I: nudging om zwakkere partijen te helpen zelf een keuze te maken*

Ten eerste kan nudging worden toegepast om zwakkere partijen te helpen zelf een contractuele keuze te maken. Zo kan bescherming worden geboden tegen bepaalde soorten van gebrek aan cognitieve capaciteit en gebrek aan weerstand, en soms indirect ook tegen

625 Thaler & Benartzi 2004, p. 168-169; Thaler & Sunstein 2008, p. 175-182. Zie verder: Johnson & Goldstein 2003, p. 1338-1339.

626 Goldstein, Cialdini & Griskevicius 2008, p. 472-482.

627 Zie bijvoorbeeld: Loewenstein & Prelec 1992, p. 573-597; Frederick, Loewenstein & O'Donoghue 2002, p. 351-401; Urminsky & Zauberman 2015, p. 141-181; Ericson & Laibson 2019, p. 1-67.

een gebrek aan informatie (zie verder hoofdstuk 9). Door informatie te versimpelen kan bijvoorbeeld bescherming worden geboden tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit om informatie te lezen, te begrijpen en te gebruiken, en zo indirect ook tegen een gebrek aan informatie. Rekening houdend met de gebreken waartegen deze toepassing van nudging bescherming kan bieden en de gebreken waartegen zwakkere partijen in het huidige recht worden beschermd, is deze toepassing van nudging relevant voor de bescherming van de werknemer, de consument, de particuliere borg, de reiziger, de patiënt, de particuliere verzekeringnemer en de particuliere pandbelener (zie eerder par. 4.6). Voor de bescherming van de huurder van woonruimte is deze toepassing van nudging – vooralsnog – niet relevant, omdat die vrijwel uitsluitend wordt beschermd tegen een gebrek aan onderhandelingspositie (zie eerder par. 4.6.3). Bij deze toepassing van nudging is er in principe geen sprake van paternalisme noch van perfectionisme. Deze toepassing van nudging is namelijk vergelijkbaar met de toepassing van fraternalistische beschermingstechnieken, in die zin dat ook die meestal als doel hebben om zwakkere partijen te helpen met uiteindelijk zelf een contractuele keuze maken. Tegelijkertijd onderscheiden nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken zich van de meeste fraternalistische beschermingstechnieken, omdat die beschermingstechnieken vaak geen rekening houden met de beperkte cognitieve capaciteit van mensen (zie eerder par. 5.3.4).

6.3.3 *Toepassing II: nudging als hulp bij het maken van een keuze die aansluit bij eigen wensen*

Ten tweede kan nudging worden toegepast ter bescherming van zwakkere partijen als hulp bij het maken van een keuze die aansluit bij eigen wensen. Daarvoor kunnen sturende nudges worden toegepast. Die kunnen de keuze van een zwakkere partij sturen naar de optie die aansluit bij haar eigen wensen of weg van een optie die dat niet doet. Deze toepassing van nudging is te vergelijken met een navigatiesysteem.⁶²⁸ Het helpt een zwakkere partij zagezegd met navigeren naar haar zelfgekozen bestemming – de contractuele keuze die aansluit bij haar eigen wensen –, terwijl zij de keuzevrijheid behoudt om zelf haar route te bepalen – oftewel: om zelf te kiezen welke contractuele keuzes zij maakt. Door middel van deze toepassing van nudging kan in potentie bescherming worden geboden tegen een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand in het algemeen. Een zwakkere partij kan worden beschermd tegen een gebrek aan informatie door haar contractuele keuze te sturen naar de optie die zij zou hebben gekozen, zou zij alle relevante informatie hebben gelezen, begrepen en gebruikt. Een zwakkere partij kan worden beschermd tegen bijvoorbeeld het gebrek aan cognitieve ca-

628 Sunstein 2016, p. 30.

paciteit dat leidt tot overmatig optimisme door haar keuze te sturen naar een minder risicovolle optie. Voorts kan een zwakkere partij worden beschermd tegen bijvoorbeeld een gebrek aan weerstand tegen sociale druk door haar keuze zagezegd weg te sturen van de optie waarvoor zij door de sociale druk geneigd is te kiezen. Tegen een gebrek aan onderhandelingspositie kunnen sturende nudges in principe geen directe bescherming bieden.⁶²⁹ Nudges behouden keuzevrijheid, terwijl voor bescherming tegen een gebrek aan onderhandelingspositie vereist is dat de vrijheid van de sterkere partij om misbruik te maken van haar sociaaleconomische machtspositie beperkt wordt. Door sterkere partijen te verplichten zwakkere partijen te nudgen gebeurt dat niet, en door sterkere partijen te nudgen is dat niet mogelijk omdat dan alsnog hun keuzevrijheid behouden blijft. Dit zorgt ervoor dat ook deze toepassing van nudging relevant is voor de bescherming van de werknemer, de consument, de particuliere borg, de reiziger, de patiënt, de particuliere verzekeringnemer en de particuliere pandbelener, maar – vooralsnog – niet voor de bescherming van de huurder van woonruimte, omdat die vrijwel uitsluitend beschermd wordt tegen een gebrek aan onderhandelingspositie (zie eerder par. 4.6.3).

Als een nudge wordt toegepast om een zwakkere partij te helpen met het maken van een contractuele keuze die aansluit bij haar eigen wensen, is sprake van zacht paternalisme dat gericht is op de contractuele keuzes die zij maakt (zie eerder par. 3.4.4.3).⁶³⁰ Er wordt in principe geen invloed uitgeoefend op de eigen wensen die een zwakkere partij nastreeft, maar enkel op de contractuele keuzes die zij maakt om haar eigen wensen na te streven. Hierdoor is er in beginsel ook geen sprake van perfectionisme (zie eerder par. 3.4.4.2).⁶³¹ Terwijl de vorige toepassing van nudging (toepassing I) vergelijkbaar is met de toepassing van fraternalistische beschermingstechnieken, is deze toepassing beter te vergelijken met de toepassing van paternalistische beschermingstechnieken. Bij deze toepassing van nudging wordt ook een keuze naar of weg van een bepaalde optie gestuurd – echter niet door dwang, maar door in te spelen op de beperkte cognitieve capaciteit van mensen. Bij deze toepassing van nudging speelt, net als bij paternalistische beschermingstechnieken (zie eerder par. 4.7.3.5), daarom ook de vraag hoe kan worden vastgesteld naar of weg van welke optie een keuze moet worden gestuurd, zodat bescherming wordt geboden (zie verder par. 8.3).

629 Een nudge kan eventueel wel indirecte bescherming bieden tegen een gebrek aan onderhandelingspositie, namelijk als een zwakkere partij zelf mag kiezen hoeveel bescherming zij tegen een gebrek aan onderhandelingspositie wil. Zie verder: par. 10.2.3.3. Een nudge biedt dan geen directe bescherming tegen een gebrek aan onderhandelingspositie, maar bescherming tegen een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit of een gebrek aan weerstand, dat eventueel kan bestaan bij de keuze over hoeveel bescherming een zwakkere partij wil tegen een gebrek aan onderhandelingspositie.

630 Sunstein 2016, p. 54-56. Zie tevens: Engelen 2018, p. 481-482.

631 Bij de uitvoering van een nudge kan er wel sprake zijn van perfectionisme. Zie verder: par. 8.3.2.3.

6.3.4 *Toepassing III: nudging als hulp bij het kiezen van de meest verstandige optie*

Het is mogelijk dat iemand ten aanzien van een bepaalde contractuele keuze geen eigen wensen heeft of enkel globale eigen wensen, zoals bijvoorbeeld de wens de meest voordelige optie te kiezen. Iemand kan dan desalniettemin een contractuele keuze maken of moeten maken. Het kan bijvoorbeeld gebeuren dat een consument onverwachts aan de deur een aanbod wordt gedaan, een werknemer een beëindigingsovereenkomst krijgt aangeboden, of een consument een contractuele keuze maakt die een aanvullende keuze met zich brengt. Deze laatste situatie doet zich bijvoorbeeld voor als een consument een huis koopt en daarom een hypotheek afsluit, maar geen specifieke eigen wensen heeft ten aanzien van de rentevaste periode van de hypotheek. In dergelijke situaties kunnen sturende nudges worden toegepast om de keuze van een zwakkere partij te sturen naar de optie die het meest verstandig is, of weg van de optie die onverstandig is. Ook door deze toepassing van nudging kan bescherming worden geboden tegen een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand in het algemeen.⁶³² Met deze toepassing van nudging worden zwakkere partijen namelijk geholpen de optie te kiezen die zij – waarschijnlijk – zouden hebben gekozen als zij (specifiekere) eigen wensen hadden gehad en hun keuze niet zou zijn beïnvloed door een van die gebreken. Nudging helpt hen dan, met andere woorden, met het kiezen van een optie die in hun belang is, zonder dat zij zelf (al) precies weten wat dat is. Deze toepassing van nudging is voor dezelfde zwakkere partijen relevant als de andere twee toepassingen van nudging. Als een contractuele keuze wordt gestuurd naar de meest verstandige optie of weg van de meest onverstandige optie, is sprake van zacht paternalisme dat gericht is op de eigen wensen van een zwakkere partij (zie eerder par. 3.4.4.3). Daardoor is er dan ook sprake van perfectionisme (zie eerder par. 3.4.4.2). De nudge schrijft dan namelijk voor welke eigen wensen een zwakkere partij nastreeft, echter zonder keuzevrijheid te beperken. Ook deze toepassing van nudging is vergelijkbaar met de toepassing van paternalistische beschermingstechnieken, omdat een keuze naar of weg van een bepaalde optie gestuurd wordt. Voorts speelt ook hierbij de vraag hoe moet worden vastgesteld naar of weg van welke optie een keuze gestuurd moet worden, zodat bescherming wordt geboden (zie verder par. 8.3).

632 Om dezelfde reden als bij de tweede toepassing van nudging kan met deze toepassing van nudging geen bescherming worden geboden tegen een gebrek aan onderhandelingspositie. Zie eerder: par. 6.3.3.

6.3.5 Kanttekening

In de praktijk kan niet altijd strikt onderscheid worden gemaakt tussen de tweede en derde toepassing van nudging. Bij één contractuele keuze kunnen er zowel zwakkere partijen zijn met eigen wensen als zwakkere partijen zonder (specifieke) eigen wensen. Omdat nudges doorgaans *one-size-fits-all* zijn, hetgeen betekent dat één nudge op meerdere personen tegelijkertijd van toepassing is, kan één nudge zowel de keuze van een zwakkere partij beïnvloeden die eigen wensen heeft, als tegelijkertijd ook de keuze van een zwakkere partij die geen (specifieke) eigen wensen heeft. De vraag hoe dit in ogenschouw moet worden genomen, komt later in dit onderzoek aan bod (zie verder par. 8.3). Dat nudges doorgaans *one-size-fits-all* zijn, heeft verder ook tot gevolg dat één nudge zowel van invloed kan zijn op een keuze van een zwakkere partij die bescherming nodig heeft, als tegelijkertijd ook op een keuze van een persoon die in de hoedanigheid van een zwakkere partij handelt, maar geen bescherming nodig heeft. Als een dergelijke situatie zich voordoet en de persoon die geen bescherming nodig heeft eigen wensen heeft die niet aansluiten bij de optie waarnaar hij gestuurd wordt, is het voordeel van nudging ten opzichte van een paternalistische beschermingstechniek dat die persoon zich simpelweg aan de sturing van de nudge kan onttrekken door alsnog te kiezen voor de optie die aansluit bij zijn eigen wensen (zie verder par. 8.2).

6.4 CONCLUSIE

Op welke manier(en) kan nudging worden toegepast ter bescherming van zwakkere partijen? Ter beantwoording van deze vraag is in dit hoofdstuk eerst nader stilgestaan bij de kenmerken van nudging. Nudging is gedefinieerd als verzamelbegrip van keuzebeïnvloedingstechnieken die, rekening houdend met of inspelend op de beperkte cognitieve capaciteit van mensen, keuzes op voorspelbare wijze beïnvloeden, zonder keuzevrijheid te beperken en zonder gebruik te maken van significante financiële prikkels. Verder is onderscheid gemaakt tussen nudges die iemand helpen om zelf een keuze te maken, door rekening te houden met de beperkte cognitieve capaciteit van mensen, en sturende nudges die inspelen op de beperkte cognitieve capaciteit van mensen. In lijn met dit onderscheid kan nudging op drie manieren worden toegepast ter bescherming van zwakkere partijen:

1. Door zwakkere partijen te helpen om zelf een contractuele keuze te maken. Zo kan bescherming worden geboden tegen verschillende soorten van gebrek aan cognitieve capaciteit en gebrek aan weerstand, en soms indirect ook tegen een gebrek aan informatie.
2. Door de contractuele keuzes van zwakkere partijen te sturen naar de optie die aansluit bij hun eigen wensen of weg van een optie die daarbij niet aansluit. Op deze manier

kan bescherming worden geboden tegen een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand in het algemeen. Bij deze toepassing van nudging is sprake van zacht paternalisme dat gericht is op de contractuele keuzes van zwakkere partijen, en in principe niet van perfectionisme.

3. Door de contractuele keuzes van zwakkere partijen te sturen naar de meest verstandige optie of weg van een onverstandige optie. Ook op deze manier kan bescherming worden geboden tegen een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand in het algemeen. Deze toepassing van nudging is relevant als een zwakkere partij geen (specifieke) eigen wensen heeft, maar wel een contractuele keuze moet maken of op het punt staat om dat te doen. Bij deze toepassing van nudging is sprake van zacht paternalisme dat gericht is op de eigen wensen van zwakkere partijen, en daarom ook van perfectionisme.

7 PRINCIPIËLE BEZWAREN TEGEN NUDGING

7.1 INLEIDING

Dat nudging in potentie op verschillende manieren kan worden toegepast ter bescherming van zwakkere partijen neemt niet weg dat het ook bekritiseerd wordt.⁶³³ Die kritiek maakt het noodzakelijk om te onderzoeken door welke voorwaarden een legitieme toepassing van nudging begrensd wordt (deelvraag V). De toepassing van nudging is legitiem als zij bijdraagt aan de bescherming van zwakkere partijen, en illegitiem als zij daaraan niet bijdraagt of zelfs afbreuk doet. Ten aanzien van de kritiek op nudging kan onderscheid worden gemaakt tussen principiële kritiek en kritiek op de uitvoerbaarheid.⁶³⁴ De principiële kritiek richt zich op het concept nudging *an sich* en ziet nudging als bezwaarlijk, ook al functioneert het naar behoren. De kritiek op de uitvoerbaarheid van nudging richt zich op de onmogelijkheid nudging naar behoren toe te passen. In dit hoofdstuk wordt onderzocht of de principiële kritiek op nudging grenzen – en dus voorwaarden – stelt aan de toepassing daarvan ter bescherming van zwakkere partijen. In het volgende hoofdstuk (hoofdstuk 8) staat de kritiek op de uitvoerbaarheid van nudging centraal. In dit hoofdstuk wordt achtereenvolgens ingegaan op de kritiek dat nudging leidt tot manipulatie vanwege de wijze waarop het keuzes beïnvloedt (par. 7.2), dat nudging op gespannen voet staat met respect voor menselijke waardigheid en daarom zelfrespect kan ondermijnen (par. 7.3), dat nudging iemand onvoldoende de kans geeft om – van fouten – te leren (par. 7.4), en dat de macht die een overheid door nudging verkrijgt lastig te controleren is (par. 7.5). Dit hoofdstuk sluit af met de conclusie dat, gezien de principiële kritiek op nudging, vier voorwaarden dienen te gelden voor de toepassing daarvan ter bescherming van zwakkere partijen (par. 7.6).

7.2 DE WIJZE WAAROP NUDGES KEUZES BEÏNVLOEDEN

7.2.1 *Inleiding*

Veel kritiek op nudging gaat in op de wijze waarop het keuzes beïnvloedt. Verschillende auteurs stellen dat nudges keuzes beïnvloeden door iemands controle te verkleinen over

633 Zie voor een overzicht van de normatieve kritiek op nudging: Schmidt & Engelen 2020, p. 1-13.

634 Hanna 2015, p. 619.

de keuzes die hij maakt.⁶³⁵ Nudges kunnen daarom, zo stellen die auteurs, manipuleren en de autonomie van een persoon beperken.⁶³⁶ In deze paragraaf wordt beargumenteerd dat deze kritiek op nudging onterecht is, zolang het ter bescherming van zwakkere partijen alleen wordt toegepast als een contractuele keuze beïnvloed wordt door een gebrek en minder indringende beschermingstechnieken onvoldoende bescherming bieden. Daarvoor wordt eerst stilgestaan bij de kritiek op de wijze waarop nudges keuzes beïnvloeden (par. 7.2.2), vervolgens bij de nuance die bij die kritiek moet worden aangebracht (par. 7.2.3), en tot slot bij het begrip manipulatie (par. 7.2.4).

7.2.2 *Kritiek op de wijze waarop nudges keuzes beïnvloeden*

De kritiek op de wijze waarop nudges keuzes beïnvloeden, is dat zij keuzes beïnvloeden door cognitieve processen te exploiteren waarover een persoon geen volledige controle heeft. Zo stelt Bovens dat met nudging ‘some pattern of irrationality is being exploited’,⁶³⁷ en dat ‘the psychological mechanisms that are exploited (...) work better in the dark’.⁶³⁸ In aansluiting hierop meent Wilkinson dat nudges manipuleren en een persoon tot een ‘puppet on a string’⁶³⁹ maken als zij een keuzeprocess perverteren.⁶⁴⁰ Voorts betogen Hausman en Welch dat een nudge autonomie kan ondermijnen, omdat die geen gebruik maakt van rationele overtuiging. Zij stellen dat nudging:

‘[m]ay “push” individuals to make one choice rather than another. (...) When this “pushing” does not take the form of rational persuasion, their autonomy – the extent to which they have control over their own evaluations and deliberation – is diminished.’⁶⁴¹

7.2.3 *Nuance bij de kritiek op de wijze waarop nudges keuzes beïnvloeden*

Het door onder anderen Bovens geschetste beeld van nudging als beïnvloedingstechniek waardoor de irrationaliteit van personen achter hun rug om geëxploiteerd wordt, moet om drie redenen worden genuanceerd. Ten eerste zijn er ook nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken (zie eerder par. 6.2.6.2). Deze nudges houden juist reke-

635 Zie bijvoorbeeld: Bovens 2009, p. 209; Hansen & Jespersen 2013, p. 13-27; Wilkinson 2013, p. 341-355.

636 Zie over de verhouding tussen manipulatie en autonomie: Noggle 2018, par. 3.3.

637 Bovens 2009, p. 209.

638 Bovens 2009, p. 209; Grüne-Yanoff 2012, p. 637-638; Hansen & Jespersen 2013, p. 13-27.

639 Wilkinson 2013, p. 342.

640 Wilkinson 2013, p. 347-351.

641 Hausman & Welch 2010, p. 128.

ning met de beperkte cognitieve capaciteit van mensen, zodat hun controle over de keuzes die zij maken vergroot wordt. Ten tweede is het accurater om te stellen dat sturende nudges inspelen op de beperkte cognitieve capaciteit van mensen in plaats van dat zij irrationaliteit exploiteren. Het idee dat het gebruik van systeem 1 en het gebruik van heuristische irrationeel zijn, blijkt namelijk achterhaald. Niet alleen is het onderscheid tussen systeem 1 en systeem 2 minder strikt dan eerder werd aangenomen (zie eerder par. 5.2.2.3), ook kan het gebruik van heuristieken juist ecologisch rationeel zijn (zie eerder par. 5.2.2.4). Bovendien toont relatief recent onderzoek aan dat een nudge ook het gewenste effect kan hebben als iemand zijn systeem 2 gebruikt.⁶⁴² Het effect van een nudge hangt in plaats daarvan doorgaans af van of iemand een reden heeft om zich aan de sturing van een nudge te onttrekken of niet (zie verder par. 8.2.4). Ten derde moet de stelling dat nudging de irrationaliteit van een persoon achter zijn rug om exploiteert, worden genuanceerd omdat het effect van een nudge in beginsel ook niet afhangt van of die achter iemands rug om werkt of niet. Uit verschillende onderzoeken blijkt dat een nudge zijn effect behoudt, ook al weet iemand dat hij genudged wordt, om welke reden hij genudged wordt, en hoe de nudge in kwestie werkt.⁶⁴³ Er is zelfs onderzoek waaruit blijkt dat transparantie het effect van een standaardoptie vergroot.⁶⁴⁴ Belangrijk om op te merken is wel dat het merendeel van het onderzoek naar transparante nudges gaat over standaardopties.⁶⁴⁵ Algemene conclusies over de invloed van transparantie op het effect van een nudge kunnen hierdoor vooralsnog alleen nog maar voorzichtig worden getrokken.⁶⁴⁶

7.2.4 *Manipulatie*

7.2.4.1 **Inleiding**

Dat het effect van een nudge in beginsel niet afhangt van of systeem 1 achter de rug van een persoon om geëxploiteerd wordt of niet, neemt niet weg dat een nudge kan manipuleren en zo de autonomie van een persoon kan beperken. Als iemand zich ervan bewust is dat zijn keuze beïnvloed wordt, betekent dat namelijk niet dat hij controle heeft over de keuzes die hij maakt. Schmidt en Engelen beargumenteren dit door een vergelijking met hypnose.⁶⁴⁷ Dat een persoon weet dat hij is gehypnotiseerd, betekent niet dat hij zelf kan

642 De Ridder, Kroese & Van Gestel 2022, p. 351-353.

643 Zie met verdere verwijzingen: De Ridder, Kroese & Van Gestel 2022, p. 348-350. Zie tevens: Bruns & Paunov 2021.

644 Paunov, Wänke & Vogel 2019, p. 187-208.

645 De Ridder, Kroese & Van Gestel 2022, p. 349.

646 Zo blijkt uit een onderzoek naar transparantie over het gebruik van een sociale-normnudge dat transparantie over het effect van een sociale-normnudge wel van invloed kan zijn. Zie: Kantorowicz-Reznichenko & Kantorowicz 2021, p. 362-377.

647 Schmidt & Engelen 2020, p. 7.

bepalen wat hij doet. De vraag of nudges manipuleren, en zo ja, wanneer zij dat doen, is daarom nog steeds relevant bij sturende nudges.⁶⁴⁸ Ter beantwoording van die vraag wordt eerst ingezoomd op de verschillende betekenissen en gebruikswijzen van het begrip manipulatie (par. 7.2.4.2). Vervolgens wordt beargumenteerd dat een nudge die wordt toegepast ter bescherming van een zwakkere partij niet manipuleert, zolang de contractuele keuze in kwestie anders zou zijn beïnvloed door een gebrek en minder indringende beschermingstechnieken onvoldoende bescherming bieden (par. 7.2.4.3).

7.2.4.2 Manipulatie: betekenissen en gebruikswijzen

Het begrip manipulatie heeft verschillende, deels elkaar overlappende betekenissen.⁶⁴⁹ Zo wordt het gebruikt ter aanduiding van bedrog, het uitoefenen van druk en het ondermijnen van rationele besluitvorming.⁶⁵⁰ In dit onderzoek wordt manipulatie beschouwd als het ondermijnen van rationele besluitvorming. Deze betekenis van manipulatie sluit het best aan bij de wijze waarop nudges keuzes beïnvloeden, namelijk door rekening te houden met of in te spelen op de beperkte cognitieve capaciteit van mensen. Zo wordt de kritiek dat nudges manipuleren zo serieus mogelijk genomen. Bovendien is ondermijning van rationele besluitvorming ook de meest gebruikte betekenis van manipulatie in de discussie over nudging.⁶⁵¹

Het begrip manipulatie kent naast verschillende betekenissen ook verschillende gebruikswijzen.⁶⁵² Als het begrip enkel wordt gebruikt ter aanduiding van manipulatie, wordt het op descriptieve wijze gebruikt. Als het begrip manipulatie ook wordt gebruikt om aan te duiden dat een bepaalde manier van keuzebeïnvloeding moreel bezwaarlijk is, wordt het op een morele wijze gebruikt. Manipulatie kan per definitie moreel bezwaarlijk zijn, maar ook *pro tanto* of *prima facie*.⁶⁵³ Als manipulatie per definitie bezwaarlijk is, is geen enkele vorm van manipulatie gelegitimeerd. Als daarentegen manipulatie *pro tanto* bezwaarlijk is, is zij niet gelegitimeerd, maar kunnen er redenen zijn die manipulatie alsnog rechtvaardigen. Als manipulatie *prima facie* bezwaarlijk is, is zij niet gelegitimeerd, tenzij er redenen zijn om aan te nemen van wel. In dit onderzoek wordt manipulatie beschouwd als *prima facie* bezwaarlijk (zie verder par. 7.2.4.3).

648 Bij nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken, speelt deze vraag niet, omdat die juist de controle die een persoon heeft over de keuze die hij maakt vergroten. Zie eerder: par. 7.2.2.

649 Noggle 2018, par. 2.

650 Noggle 2018, par. 2.

651 Zie bijvoorbeeld: Wilkinson 2013, p. 341-355; Hanna 2015, p. 618-643; Nys & Engelen 2017, p. 199-214.

652 Wood 2014, p. 31-32. Zie tevens: Noggle 2018, par. 3.1.

653 Noggle 2018, par. 3.1.

7.2.4.3 Manipuleert een nudge? Drie voorwaarden

Om van manipulatie, beschouwd als het ondermijnen van rationele besluitvorming, te kunnen spreken moet aan drie voorwaarden zijn voldaan.⁶⁵⁴ De eerste voorwaarde is dat door de vermeende manipulatie een keuze wordt beïnvloed. Wordt een keuze daardoor niet beïnvloed, dan is er geen reden om de beïnvloedingstechniek omwille van manipulatie als bezwaarlijk te beschouwen. Een nudge voldoet aan deze voorwaarde als iemand zich niet onttrekt aan de sturing daarvan.⁶⁵⁵ Het is echter niet altijd eenvoudig om vast te stellen of iemand voor een bepaalde optie kiest vanwege een nudge of om (ook) een andere reden.⁶⁵⁶ Daarom wordt hier aangenomen dat een nudge een keuze beïnvloedt.

De tweede voorwaarde voor manipulatie is dat er de intentie is om een keuze te beïnvloeden.⁶⁵⁷ Als een keuze niet bewust wordt beïnvloed, is er geen sprake van manipulatie. Anders zou er ook sprake kunnen zijn van manipulatie als iemand zich er niet van bewust is dat de wijze waarop hij een optie presenteert van invloed kan zijn op de keuze die wordt gemaakt.⁶⁵⁸ Bij nudging is in beginsel aan deze tweede voorwaarde voldaan. Bij de toepassing van een nudge wordt een keuzearchitectuur immers bewust zo aangepast dat een keuze daardoor beïnvloed wordt.⁶⁵⁹

De derde voorwaarde voor manipulatie is dat rationele besluitvorming ondermijnd wordt door de wijze waarop een keuze beïnvloed wordt.⁶⁶⁰ Zo onderscheidt manipulatie zich niet alleen van rationele overtuiging, waarbij een keuze wordt beïnvloed door argumenten, maar ook van dwang.⁶⁶¹ Bij dwang wordt namelijk niet, zoals bij manipulatie, de besluitvorming beïnvloed, maar worden de keuzeopties beperkt. Ter beantwoording van de vraag of een sturende nudge die een zwakkere partij beschermt rationele besluitvorming ondermijnt, is het niet alleen relevant wat rationele besluitvorming inhoudt, maar ook wanneer zij wordt ondermijnd. In dit onderzoek zijn reeds twee rationaliteitsconcepties aan bod gekomen.⁶⁶² Economische rationaliteit beschouwt besluitvorming als rationeel indien die een economisch rationele keuze tot gevolg heeft (zie eerder par. 5.2.1), en ecologische rationaliteit beschouwt besluitvorming als rationeel indien daarvoor een heuris-

654 Wilkinson 2013, p. 344-347. Zie tevens: Hanna 2015, p. 625; Nys & Engelen 2017, p. 202-203.

655 Nys & Engelen 2017, p. 203-204.

656 Zie verder: Wilkinson 2013, p. 346.

657 Wilkinson 2013, p. 345; Hanna 2015, p. 625; Nys & Engelen 2017, p. 202-203.

658 Wilkinson 2013, p. 345.

659 Omdat nudges keuzevrijheid behouden, is er volgens Wilkinson bij nudging per definitie niet de intentie om een keuze te beïnvloeden. Zie: Wilkinson 2013, p. 347.

660 Wilkinson 2013, p. 345; Nys & Engelen 2017, p. 202-203.

661 Raz 1986, p. 377-378.

662 Zie voor een overzicht van de rationaliteitsconcepties die in de context van nudging relevant zijn: Engelen 2019b, p. 208-212.

tiek wordt toegepast die gezien de context van de keuze accuraat functioneert (zie eerder par. 5.2.2.4). Een andere conceptie van rationaliteit is expressieve rationaliteit.⁶⁶³ Deze rationaliteitsconceptie beschouwt besluitvorming als rationeel als die een autonome keuze tot gevolg heeft.⁶⁶⁴ Dat de expressieve rationaliteitsconceptie ten grondslag ligt aan het contractenrecht blijkt uit het doel daarvan en het doel van de bescherming van zwakkere partijen, namelijk autonomie faciliteren en zwakkere partijen in staat stellen om ook eigen wensen na te kunnen streven (zie eerder par. 2.3). Dat aan het contractenrecht tot op zekere hoogte ook de economische rationaliteitsconceptie ten grondslag ligt, blijkt uit de waarde efficiëntie. Die waarde staat symbool voor het economisch nut dat contracteren kan hebben (zie eerder par. 2.4).

De vervolgvraag is wanneer, gezien vanuit het perspectief van expressieve en economische rationaliteit, nudging rationele besluitvorming ondermijnt. Ter beantwoording van deze vraag is het onderscheid relevant tussen procedurele rationaliteit en uitkomst-rationaliteit, hetgeen twee perspectieven zijn van waaruit rationaliteit beschouwd kan worden.⁶⁶⁵ Een keuze is procedureel rationeel als die wordt gemaakt op basis van een rationale procedure.⁶⁶⁶ Een keuze is uitkomst-rationeel als zijn inhoud rationeel is, ongeacht de wijze waarop die tot stand is gekomen. Een nudge die een persoon in staat stelt om zelf een keuze te maken, tracht procedurele rationaliteit te bevorderen. Daardoor wordt niet een bepaalde contractuele keuze opgedrongen, maar enkel een persoon beter in staat gesteld om zelf een keuze te maken. Een sturende nudge bevordert daarentegen de uitkomst-rationaliteit van een keuze, deels ten koste van procedurele rationaliteit. Daardoor wordt getracht een keuze te sturen naar de optie die uitkomst-rationeel is op een andere wijze dan door rationale overtuiging, namelijk door in te spelen op de beperkte cognitieve capaciteit van mensen. De procedurele rationaliteit van een persoon kan daarom door een sturende nudge onder druk komen te staan. Door een sturende nudge wordt procedurele rationaliteit echter in ieder geval niet ondermijnd, als daar in eerste instantie al geen sprake van is. Zolang zonder de toepassing van een nudge een zwakkere partij een keuze zou hebben gemaakt die door een gebrek zou zijn beïnvloed, kan een nudge procedurele rationaliteit daarom niet ondermijnen, en kan er ook geen sprake zijn van manipulatie. Engelen stelt hierover in algemenere bewoordingen:

‘Nudging does not threaten rationality when evidence suggests that, even in its absence, the decisions of citizens are influenced by arational processes and

663 Bouwmeester 2017, p. 44.

664 Engelen 2019b, p. 210.

665 Engelen 2019b, p. 207-208; Schmidt 2019, p. 517-518.

666 Engelen 2019b, p. 207-208; Schmidt 2019, p. 517-518.

where attempts to promote rationality – through informing and persuading citizens – are likely to fail. In such cases, nudges cannot be claimed to undermine, pervert or bypass rational capacities. Only if these rational capacities are effectively at play or can be restored to good effect, can nudges be said to make people less rational than they were or could be.⁶⁶⁷

Voor toepassing van een sturende nudge ter bescherming van een zwakkere partij moet daarom aan twee toepassingsvoorwaarden zijn voldaan. De eerste toepassingsvoorwaarde is dat een contractuele keuze zonder de sturende nudge zou zijn beïnvloed door een gebrek. De tweede toepassingsvoorwaarde is dat minder indringende beschermingstechnieken onvoldoende bescherming bieden. Deze subsidiariteitsvoorwaarde dient te gelden omdat die kan voorkomen dat de keuze van een bepaalde zwakkere partij beïnvloed wordt door een gebrek, maar die van een andere zwakkere partij niet. Als de zwakkere partij die daarom geen bescherming nodig heeft desalniettemin beïnvloed wordt door een nudge, omdat die nudge *one-size-fits-all* is, wordt haar procedurele rationaliteit onder druk gezet en kan er om die reden sprake zijn van manipulatie. Terwijl dan wordt getracht de uitkomst-rationaliteit te versterken van een zwakkere partij die bescherming nodig heeft, wordt de procedurele rationaliteit van een zwakkere partij die geen bescherming nodig heeft onder druk gezet. In een dergelijke situatie kan de uitkomst-rationaliteit van de zwakkere partij die bescherming nodig heeft, worden verkozen boven de onder druk gezette procedurele rationaliteit van de zwakkere partij die geen bescherming nodig heeft, omdat nudging keuzevrijheid behoudt (zie verder par. 8.2). Om echter te garanderen dat de procedurele rationaliteit van een zwakkere partij die geen bescherming nodig heeft alleen onder druk wordt gezet als dat strikt noodzakelijk is omwille van de bescherming van zwakkere partijen die wel bescherming nodig hebben, dient de subsidiariteitsvoorwaarde te gelden.

7.3 NUDGING, MENSELIJKE WAARDIGHEID EN ZELFRESPECT

7.3.1 *Inleiding*

Een ander kritiekpunt op nudging van principiële aard richt zich op de boodschap die met de toepassing van nudging – impliciet – wordt uitgedragen. Die boodschap is dat de genudgede persoon over onvoldoende capaciteiten beschikt om zelf een keuze te kunnen maken. Daardoor kunnen respect voor menselijke waardigheid en zelfrespect worden ondermijnd, hetgeen gevolgen kan hebben voor iemands autonomie. Andere keuzebeïnvloedingstechnieken dragen ook tot op zekere hoogte de boodschap uit dat iemand niet zelf in

⁶⁶⁷ Engelen 2019b, p. 206.

staat is om een keuze te maken.⁶⁶⁸ Dit kritiekpunt is bij nudging echter extra relevant omdat het inspeelt op of rekening houdt met de beperkte cognitieve capaciteit van mensen. Bij bijvoorbeeld een informatieplicht wordt daarentegen vaak impliciet uitgegaan van de economische rationaliteitsconceptie, en bij een gebod of verbod is de impliciete boodschap vaak algemener, minder op de capaciteiten van een persoon zelf gericht.⁶⁶⁹ In deze paragraaf wordt beargumenteerd dat zolang ook met het gebruik van nudging eigen verantwoordelijkheid het uitgangspunt blijft van het contractenrecht (zie eerder par. 4.7.3.3), er voldoende respect wordt getoond voor menselijke waardigheid, en zelfrespect niet kan worden ondermijnd. Daarvoor wordt eerst ingegaan op de vraag waarom respect voor menselijke waardigheid en zelfrespect relevant zijn voor de autonomie van een persoon (par. 7.3.2). Daarna wordt de kritiek dat met nudging respect voor menselijke waardigheid en zelfrespect kan worden ondermijnd, nader toegelicht (par. 7.3.3), waarna de vraag of om die reden ook terughoudendheid moet worden betracht met nudging ter bescherming van zwakkere partijen, deels bevestigend wordt beantwoord (par. 7.3.4).

7.3.2 *Menselijke waardigheid, zelfrespect en autonomie*

Menselijke waardigheid is een complex begrip met verschillende betekenissen. In algemene zin is menselijke waardigheid een waarde die inherent is aan een persoon en hem daarom niet ontnomen kan worden.⁶⁷⁰ Wel kan er inbreuk op worden gemaakt. Menselijke waardigheid wordt dan niet gerespecteerd. Als de menselijke waardigheid van een persoon wel wordt gerespecteerd, heeft dat doorgaans twee implicaties.⁶⁷¹ Ten eerste dat erkend wordt dat hij zich onderscheidt van zaken en daarom nooit enkel als middel mag worden gebruikt, maar ook altijd als een doel op zichzelf moet worden gezien.⁶⁷² Ten tweede dat erkend wordt dat hij gelijkwaardig is aan andere personen.⁶⁷³ Extreme voorbeelden van situaties waarin dit niet erkend wordt, zijn: slavernij, genocide en marteling. Een gebrek aan respect voor menselijke waardigheid kan echter ook subtielere vormen aannemen. Zo kan daar ook sprake van zijn als bepaalde – groepen – personen als minderwaardig worden behandeld.

Het begrip menselijke waardigheid is nauw verwant aan het begrip autonomie. Volgens een aantal auteurs is menselijke waardigheid zelfs zo nauw verwant aan autonomie dat het

668 Quong 2010, p. 101-106.

669 Tiemeijer & Anderson 2014, p. 125.

670 Christiano 2008, p.102-105.

671 Zie verder: Düwell 2014, p. 26-27.

672 Kant (1779) 1996, p. 186.

673 Feinberg 2014, p. 151.

een ‘useless concept’⁶⁷⁴ is. Zo stelt Macklin dat ‘appeals to dignity are either vague restatements of other, more precise, notions or mere slogans that add nothing to an understanding of the topic.’⁶⁷⁵ Deze kritiek neemt niet weg dat meestal wordt aangenomen dat een persoon zijn autonomie alleen kan ontwikkelen als zijn menselijke waardigheid gerespecteerd wordt. Anders kan een persoon geen zelfrespect ontwikkelen, hetgeen hij nodig heeft om autonome keuzes te kunnen maken. Zonder zelfrespect kan hij zijn eigen wensen namelijk niet als waardevol genoeg beschouwen om keuzes op te baseren. Anderson en Honneth benadrukken het belang van zelfrespect voor de autonomie van een persoon daarom als volgt:

‘Self-respect can be seen as the affectively laden self-conception that underwrites a view of oneself as the legitimate source of reasons for acting. If one cannot think of oneself as a competent deliberator and legitimate co-author of decisions, it is hard to see how one can take oneself seriously in one’s own practical reasoning about what to do. (...) Without self-respect, then, autonomy is impaired.’⁶⁷⁶

Een subtiele wijze waarop respect voor menselijke waardigheid en zelfrespect kunnen worden ondermijnd, houdt verband met de zeggingskracht van het recht (*the expressive power of law*). Dit begrip verwijst naar het idee dat het recht niet alleen van invloed kan zijn op het handelen van personen door – het risico op – handhaving daarvan, maar ook door de boodschap die het impliciet uitdraagt.⁶⁷⁷ Als de impliciete boodschap die het recht uitdraagt, is dat bepaalde personen niet over de capaciteiten beschikken om zelfstandig keuzes te kunnen maken, bijvoorbeeld door hen overmatig te bevoogden, kan dat die personen doen twijfelen aan hun eigen capaciteiten en zo zelfrespect ondermijnen.

7.3.3 *Nudging, menselijke waardigheid en zelfrespect*

Een aantal auteurs stelt dat nudging door de boodschap die het impliciet uitdraagt, respect voor menselijke waardigheid en zelfrespect kan ondermijnen. Zo beargumenteert Quong dat nudging *prima facie* bezwaarlijk is omdat het:

674 Macklin 2003, p.1420. Zie tevens: Pinker 2008.

675 Macklin 2003, p.1419.

676 Anderson & Honneth 2005, p. 132-133.

677 Anderson & Pildes 2000, p. 1506-1508; McAdams 2015, p. 13.

‘[i]nvolves one person or group denying that another person or group has the necessary capacity, in a given context, (...) to plan, revise, and rationally pursue their own conception of the good.’⁶⁷⁸

In het verlengde hiervan meent Waldron dat nudging personen infantiliseert en dat zij daardoor hun zelfrespect kunnen verliezen.⁶⁷⁹ Hij stelt:

‘What becomes of the selfrespect we invest in our own willed actions, flawed and misguided though they often are, when so many of our choices are manipulated to promote what someone else sees (perhaps rightly) as our best interest? (...) Nudging takes advantage of my deficiencies in the way one indulges a child. The people doing this (up in Government House) are not exactly using me as a mere means in violation of some Kantian imperative. They are supposed to be doing it for my own good. Still, my choosing is being made a mere means to my ends by somebody else – and I think this is what the concern about dignity is all about.’⁶⁸⁰

Hausman en Welch sluiten zich hierbij aan en beargumenteren dat:

‘[e]ven if, as seems to us obviously the case, the decision-making abilities of citizens are flawed and might not be significantly diminished by concerted efforts to exploit these flaws, an organized effort to shape choices still appears to be a form of disrespectful social control.’⁶⁸¹

7.3.4 *Zelfrespect en menselijke waardigheid in het contractenrecht*

De voorgaande kritiek op nudging roept de vraag op of die in ogenschouw moet worden genomen bij nudging ter bescherming van zwakkere partijen. In de juridische literatuur wordt behoud van respect voor menselijke waardigheid en zelfrespect niet expliciet be-

678 Quong 2010, p. 101.

679 Waldron 2014, par. 4. Hoewel Thaler en Sunstein in *Nudge* respect voor menselijke waardigheid niet benoemen als een reden om terughoudend te zijn met het gebruik van nudging, ziet Sunstein in zijn boek *The Ethics of Influence* uit 2016 menselijke waardigheid wel als een van de waarden aan de hand waarvan het gebruik van nudging geëvalueerd moet worden. Wat Sunstein precies onder menselijke waardigheid verstaat, maakt hij echter niet expliciet. Uit de voorbeelden die hij gebruikt, blijkt wel dat hij, net als Waldron, nudging bezwaarlijk vindt als het personen infantiliseert. Volgens Sunstein is dat bijvoorbeeld het geval als een nudge manipuleert. Zie: Sunstein 2016, p. 67-72.

680 Waldron 2014, par. 4.

681 Hausman & Welch 2010, p. 134.

noemd als een argument tegen de bescherming van zwakkere partijen.⁶⁸² Impliciet blijkt echter wel dat er omwille van respect voor menselijke waardigheid terughoudendheid moet worden betracht met de bescherming van zwakkere partijen. Ook binnen het contractenrecht geldt als uitgangspunt dat de menselijke waardigheid van een persoon moet worden gerespecteerd. Over wat dat concreet betekent, stelt Nieuwenhuis het volgende:

‘Identiteit kan slechts worden ontplooid door gebruik te maken van de medewerking van anderen. (...) De waarde van de ander is in de eerste plaats zijn “gebruikswaarde.” Dat is volstrekt niet in strijd met de menselijke waardigheid, en ook niet met de Kantiaanse imperatief, de ander niet louter als middel te gebruiken. (...) Maar er is een grens aan deze functionaliteit. Ook als wederpartij is de winterschilder principieel iets anders dan een verfkwast. De toegevoegde waarde wordt, wat het contractenrecht betreft, gevormd door zijn autonomie.’⁶⁸³

In het contractenrecht moet om respect te tonen voor menselijke waardigheid kortom de autonomie van een persoon worden erkend. Uit de bespreking van de waarde autonomie en het beginsel van private autonomie (zie eerder par. 2.3 en 3.2) blijkt dat de autonomie van een persoon erkennen in de eerste plaats inhoudt dat diens vrijheid om zelf te bepalen welke wensen hij nastreeft gerespecteerd moet worden. Iemand mag daarom een ander bijvoorbeeld niet bedriegen (artikel 3:44 lid 3 BW). Onder invloed van het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid houdt, sinds het begin van de twintigste eeuw, de autonomie van een ander erkennen ten tweede soms ook de plicht in om zwakkere partijen te beschermen (zie eerder par. 3.4). Dat daardoor het persoonsbegrip is veranderd van een abstractie naar – steeds meer – een mens van vlees en bloed, wordt volgens Pessers vaak over het hoofd gezien. Zij stelt:

‘In de loop van de twintigste eeuw werd de rechtssubjectiviteit steeds verder “vermensenlijkt”, in die zin dat steeds meer dimensies van het concrete bestaan

682 Met verwijzing naar het begrip menselijke waardigheid wordt wel gepleit voor de constitutionalisering van de bescherming van zwakkere partijen. Zie bijvoorbeeld: Cherednychenko 2007.

683 Nieuwenhuis 2006, p. 206. Ter nadere toelichting van het onderscheid tussen een winterschilder en een verfkwast verwijst Nieuwenhuis naar het onderscheid dat hij in een eerder werk heeft gemaakt tussen een waterpomptang en een loodgieter: ‘Een waterpomptang is een instrument, een middel ter beschikking van een buiten haarzelf gelegen doel. Ze is een zaak. Een loodgieter is een mens en als zodanig een doel omwille van zichzelf (...). De eerste mag ik opofferen ten behoeve van het doel. Om een moer los te draaien mag ik willens en wetens zoveel kracht zetten dat mijn waterpomptang daarna definitief onbruikbaar is. Een zo verregaand gebruik van een loodgieter is ongeoorloofd. Ik mag hem niet blootstellen aan zeer gevaarlijke situaties, (...) althans niet zonder hem daarin te kennen, zodat aldus zijn autonomie wordt gerespecteerd.’ Zie: Nieuwenhuis 1992, p. 39-40.

in de rechtssubjectiviteit werden opgenomen tot en met (...) zuiver psychologische dimensies. We noemen dat proces ook wel de “vermaatschappelijking van het recht.” Te weinig wordt echter ingezien dat het in dit historische en politieke proces mede gaat om de ontwikkeling van een abstract en geconstrueerd persoonsbegrip naar een concreter en natuurlijker persoonsbegrip in het recht, of wel om een reeds verdergaande erkenning van de mens als een mens van vlees en bloed.⁶⁸⁴

Aan de vermenselijking van het persoonsbegrip worden in het contractenrecht echter wel grenzen gesteld. Pas als er een goede reden is om een zwakkere partij te beschermen, wordt een uitzondering gemaakt op eigen verantwoordelijkheid als uitgangspunt van het contractenrecht (zie eerder par. 4.7.3.3). Dit impliceert dat zolang ook met de toepassing van nudging ter bescherming van zwakkere partijen eigen verantwoordelijkheid het uitgangspunt van het contractenrecht blijft, dan voldoende respect wordt getoond voor de menselijke waardigheid van zwakkere partijen en hun zelfrespect niet te veel wordt ondermijnd. Voorts dient omwille van respect voor menselijke waardigheid nog een subsidiariteitsvoorwaarde te gelden (zie eerder par. 7.2.4.3), namelijk de voorwaarde dat ook nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken alleen mogen worden toegepast als fraternalistische beschermingstechnieken onvoldoende bescherming bieden. De reden hiervoor is dat als deze toepassingsvoorwaarde niet zou gelden, rekening kan worden gehouden met de beperkte cognitieve capaciteit van zwakkere partijen, zonder dat dit strikt noodzakelijk is. Als een informatieplicht bijvoorbeeld voldoende bescherming biedt, is er geen reden om het gebruik van de *consider-the-opposite strategy* aan te moedigen. Dat is dan onnodig bevoogdend.

7.4 NUDGING EN DE MOGELIJKHEID OM – VAN FOUTEN – TE LEREN

7.4.1 Inleiding

Andere kritiek van principiële aard op nudging is dat het een persoon de kans ontnemt om – van zijn fouten – te leren. Dat kan bezwaarlijk zijn omdat iemand niet van de ene op de andere dag de capaciteit heeft om autonome keuzes te kunnen maken.⁶⁸⁵ Iemand moet dat leren en het maken van fouten hoort daarbij. Volgens Gigerenzer hebben daarom educatieve hulpmiddelen de voorkeur boven nudging.⁶⁸⁶ Bovens beargumenteert daarnaast

684 Pessers 2005, p. 18.

685 Anderson 2013, p. 451-452.

686 Gigerenzer 2015, p. 375-376. Zie tevens: Grüne-Yanoff & Hertwig 2016, p. 149-183.

dat nudging op de lange termijn als negatief effect kan hebben dat het een persoon de kans ontnemt om van zijn fouten te leren.⁶⁸⁷ Het gevolg daarvan kan zijn dat nudging uiteindelijk steeds vaker moet worden toegepast, omdat personen minder zelfstandig worden.⁶⁸⁸ Dat ook de contractrechtelijke autonomieconceptie erkent dat een persoon het maken van autonome keuzes moet leren, blijkt onder meer uit artikel 1:234 BW, dat bepaalt dat een persoon onder de 18 jaar enkel een rechtshandeling kan verrichten met toestemming van zijn wettelijke vertegenwoordiger, tenzij die rechtshandeling voor iemand van zijn leeftijd in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is (zie eerder par. 3.2.4.2). Daarom dient voor nudging ter bescherming van zwakkere partijen de toepassingsvoorwaarde te gelden dat zwakkere partijen laten leren – van fouten – bescherming niet onnodig maakt. Als het bescherming wel onnodig maakt, is het beter om zwakkere partijen – van fouten – te laten leren, omdat dat bijdraagt aan de ontwikkeling van de capaciteiten die nodig zijn om autonoom te kunnen handelen. In deze paragraaf wordt beargumenteerd dat bescherming echter meestal niet onnodig wordt door zwakkere partijen – van fouten – te laten leren. Ten eerste omdat educatie niet altijd het gewenste effect heeft (par. 7.4.2) en, ten tweede, omdat personen, als zij al van hun fouten kunnen leren, daar vaak niet de ruimte voor hebben (par. 7.4.3).

7.4.2 *Educatie in plaats van nudging?*

Tegen het argument van Gigerenzer dat educatie de voorkeur heeft boven nudging, kan worden ingebracht dat het (langetermijn)effect van educatie niet moet worden overschat. Illustratief hiervoor zijn de resultaten van het onderzoek dat is verricht naar het effect van financiële educatie op financiële geletterdheid. Het begrip ‘financiële geletterdheid’ (*financial literacy*) wordt op verschillende manieren gedefinieerd, maar verwijst in de kern naar de mate waarin een persoon belangrijke financiële concepten begrijpt en in staat is verstandige financiële beslissingen te nemen.⁶⁸⁹ Uit een meta-analyse die is uitgevoerd door Fernandes en collega’s blijkt dat financiële educatie nauwelijks effect heeft op financiële besluitvorming, en dat als er wel een effect is, dat effect na twee jaar weer helemaal verdwenen is.⁶⁹⁰ Op basis van een andere, later uitgevoerde, meta-analyse concluderen Kaiser en Menkhoff weliswaar dat financiële educatie enig effect kan hebben op financiële kennis en – in nog mindere mate – ook op financiële besluitvorming,⁶⁹¹ maar ook dat is vaak te weinig om enkel op het effect van educatie te kunnen vertrouwen bij belangrijke financië-

687 Bovens 2009, p. 214-215.

688 Bovens 2009, p. 214.

689 Remund 2010, p. 284.

690 Fernandes, Lynch & Netemeyer 2014, p. 1861-1883.

691 Kaiser & Menkhoff 2017, p. 611-630.

le keuzes. Educatie en nudging sluiten elkaar overigens niet uit, net zoals de bescherming van zwakkere partijen nu soms ook al gepaard gaat met educatie.⁶⁹² Hortal pleit zelfs ervoor om nudging enkel samen met educatie toe te passen.⁶⁹³ Dit idee sluit tot op zekere hoogte aan bij de eerder geplaatste kanttekening dat ook nudging doorgaans slechts een onderdeel van een oplossing kan zijn voor grote maatschappelijke problemen (zie eerder par. 1.3.3).

7.4.3 *Van fouten leren in plaats van nudging?*

Tegen het argument van Bovens dat personen moeten kunnen leren van hun fouten omdat zij anders steeds minder zelfstandig worden, kunnen verschillende argumenten worden ingebracht. Ten eerste is een persoon niet altijd in staat om van zijn fouten te leren. Om dat te kunnen moet iemand zich op een bepaald moment realiseren dat hij eerder een verkeerde keuze heeft gemaakt.⁶⁹⁴ Dat is echter lang niet altijd vanzelfsprekend. Bij een keuze die gaat over de lange termijn kunnen de gevolgen zich bijvoorbeeld nog niet gemanifesteerd hebben voordat een persoon een soortgelijke keuze opnieuw moet maken. Ten tweede heeft een persoon niet altijd de ruimte om van zijn fouten te leren. Veel belangrijke financiële keuzes maakt een consument bijvoorbeeld maar eens in zijn leven. Het is dan belangrijk dat hij in één keer de juiste keuze maakt, mede vanwege de grote gevolgen die een verkeerde financiële keuze doorgaans kan hebben.⁶⁹⁵

7.5 NUDGING EN DE MACHT DIE EEN OVERHEID DAARDOOR VERKRIJGT

7.5.1 *Inleiding*

Nudging wordt ook bekritiseerd vanwege de – vermeend – lastig te controleren macht die een overheid daardoor verkrijgt over de keuzes van haar burgers.⁶⁹⁶ De macht die een overheid door een verbod of gebod over haar burgers verkrijgt, is vaak relatief eenvoudig te controleren omdat een verbod en gebod gemakkelijk te herkennen zijn. Een nudge is echter niet altijd gemakkelijk te herkennen. Ten eerste omdat daarvoor soms specialistische kennis over nudging nodig is en, ten tweede, omdat een keuzearchitectuur die een

692 Zie bijvoorbeeld artikel 6 Richtlijn 2014/17/EU. Die richtlijn beschermt niet alleen de consument bij hypothecair krediet, maar bepaalt ook dat lidstaten maatregelen moeten treffen ter bevordering van de financiële educatie van de consument. Zie verder over die laatste doelstelling: Braspenning & Mak 2015, p. 76-78.

693 Hortal 2020, p. 312.

694 Tully 2019, p. 7.

695 Loewenstein & Haisley 2008, p. 214.

696 Hausman & Welch 2010, p. 135; Grüne-Yanoff 2012, p. 638.

keuze beïnvloedt niet altijd een nudge is, maar ook toevallig tot stand kan zijn gekomen. De kritiek dat de toepassing van nudging lastig is te controleren, dient bij de bescherming van zwakkere partijen in ogenschouw te worden genomen, omdat het ook daarbij van belang is dat de macht van de overheid gecontroleerd kan worden. In deze paragraaf wordt beargumenteerd dat om deze reden echter geen extra voorwaarden dienen te gelden specifiek voor de toepassing van nudging ter bescherming van zwakkere partijen. De algemene eisen die gelden omtrent de openbaarheid van wetgeving en rechtspraak zorgen ervoor dat voldoende controle kan worden uitgeoefend over de macht die een overheid door de toepassing van nudging ter bescherming van zwakkere partijen verkrijgt (par. 7.5.2 en 7.5.3).

7.5.2 *Transparantie*

Om te voorkomen dat de toepassing van nudging onder de radar verdwijnt, stelt een aantal auteurs dat transparantie over het gebruik ervan vereist is.⁶⁹⁷ Thaler en Sunstein stellen dat een nudge aan het – van Rawls afkomstige⁶⁹⁸ – *publicity principle* moet voldoen, hetgeen een overheid verbiedt beleid toe te passen dat zij niet publiekelijk kan of wil verdedigen tegenover haar burgers.⁶⁹⁹ Op basis van deze voorwaarde is het strikt genomen niet vereist dat een overheid daadwerkelijk kenbaar maakt dat nudging wordt toegepast. Enkel erkenning van het *publicity principle* leidt daarom tot te weinig transparantie om de toepassing van nudging te kunnen controleren. Ter beantwoording van de vraag wat voor transparantie daarvoor wel nodig is, wordt door Bovens onderscheid gemaakt tussen *type interference transparency* en *token interference transparency*. Van *type interference transparency* is sprake als kenbaar wordt gemaakt dat bepaalde soorten nudges worden toegepast.⁷⁰⁰ Van *token interference transparency* is sprake als ook specifiek wordt aangegeven wanneer welke nudges worden toegepast.⁷⁰¹ Volgens Bovens kan deze laatste vorm van transparantie problematisch zijn omdat – zo veronderstelt hij – het effect van een nudge daardoor kan afnemen.⁷⁰² Relatief recent onderzoek toont echter aan dat transparantie het effect van een nudge in beginsel niet beïnvloedt (zie eerder par. 7.2.3). Dit pleit ervoor bij nudging *token interference transparency* te vereisen, aangezien die het beste inzicht biedt in welke nudges om welke reden worden toegepast. De vervolgvraag die dat echter oproept, is hoe die transparantie concreet gestalte moet krijgen. Moet elke keer worden ver-

697 Zie bijvoorbeeld: Thaler & Sunstein 2008, p. 243-246; Bovens 2009, p. 216-217; Ivanković & Engelen 2019, p. 43-73.

698 Zie verder: Rawls 1971, p. 133.

699 Thaler & Sunstein 2008, p. 243-246.

700 Bovens 2009, p. 216.

701 Bovens 2009, p. 216.

702 Bovens 2009, p. 217.

meld dat er genudged wordt, of is het voldoende als een persoon – gemakkelijk – kan achterhalen in welke situaties er genudged wordt? Dit eerste zou op praktische bezwaren kunnen stuiten. Als bijvoorbeeld ter voorkoming van *information overload* de belangrijkste informatie als eerste onder de aandacht wordt gebracht, zou die nudge zijn doel voorbijschieten als daarbij ook vermeld wordt dat ter voorkoming van *information overload* bepaalde informatie als eerste wordt weergegeven. Tegelijkertijd kan het, om ervoor te zorgen dat personen zich daadwerkelijk kunnen onttrekken aan de sturing van een nudge, in bepaalde situaties wellicht juist wenselijk zijn om bij een nudge expliciet te vermelden dat die wordt toegepast (zie verder par. 8.2). Omwille van het hier bestudeerde doel van transparantie – de macht van een overheid kunnen controleren – is het echter voldoende als het voor iemand gemakkelijk te achterhalen is in welke situaties er genudged wordt. Een zogeheten *watchful* persoon heeft dan de mogelijkheid de macht te controleren die een overheid door middel van nudging verkrijgt, en eventuele misstanden aan te kaarten.⁷⁰³

7.5.3 *Zijn wetgeving en rechtspraak voldoende transparant?*

Omwille van transparantie over de toepassing van nudging ter bescherming van zwakkere partijen hoeft geen specifieke toepassingsvoorwaarde te gelden, omdat er al algemene openbaarheidsvereisten gelden voor wetgeving en rechtspraak. Van formele wetgeving is vereist dat zij gepubliceerd wordt in het Staatsblad (artikel 1 e.v. Bekendmakingswet) of, als het om Europese wetgeving gaat, in het Publicatieblad (artikel 297 VWEU). Verder dient van wetgeving in beginsel ook de parlementaire geschiedenis openbaar te zijn (artikel 1 e.v. Woo).⁷⁰⁴ Een rechter doet daarnaast, behoudens uitzonderingen, in het openbaar uitspraak (artikel 121 Gw).

7.6 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is onderzocht of er gezien de principiële kritiek op nudging voorwaarden dienen te gelden voor de toepassing daarvan ter bescherming van zwakkere partijen. Daaruit volgen vier conclusies:

703 Bovens 2009, p. 217; Ivanković & Engelen 2019, p. 59-69. Hierbij wordt ervan uitgegaan dat nudges *one-size-fits-all* zijn. Aan gepersonaliseerde nudges dienen mogelijk aanvullende eisen te worden gesteld. *Token interference transparency* is overigens niet alleen vereist om de macht van de overheid te kunnen controleren, maar ook omdat het voor een sterkere partij anders niet duidelijk is wanneer en op welke manier zij een zwakkere partij moet nudgen.

704 Zie verder ook: Verordening 1049/2001/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie.

1. Voor een sturende nudge dienen twee toepassingsvoorwaarden te gelden omdat anders sprake kan zijn van manipulatie. Ten eerste dient een sturende nudge alleen te worden toegepast als een keuze door een gebrek beïnvloed wordt. Een sturende nudge kan anders rationele besluitvorming ondermijnen. Ten tweede dient een sturende nudge alleen te worden toegepast als minder indringende beschermingstechnieken, zoals fraternalistische beschermingstechnieken en nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken, onvoldoende bescherming bieden. Anders kan de procedurele rationaliteit van een zwakkere partij onder druk worden gezet zonder dat dit strikt noodzakelijk is.
2. Zolang eigen verantwoordelijkheid het uitgangspunt blijft van het contractenrecht is er omwille van respect voor menselijke waardigheid en zelfrespect geen bezwaar tegen het gebruik van nudging ter bescherming van zwakkere partijen. Het persoonsbegrip wordt dan namelijk niet – te veel – vermenselijkt. Wel dienen nudges pas te worden toegepast als fraternalistische beschermingstechnieken onvoldoende bescherming bieden, omdat anders de beperkte cognitieve capaciteit van zwakkere partijen als uitgangspunt kan worden genomen zonder dat dit strikt noodzakelijk is.
3. Voor nudging dient de toepassingsvoorwaarde te gelden dat zwakkere partijen laten leren – van hun fouten – bescherming niet onnodig maakt. Vaak is aan deze toepassingsvoorwaarde voldaan omdat het (langetermijn)effect van educatie regelmatig beperkt is en personen, als zij al van hun fouten kunnen leren, daar lang niet altijd de ruimte voor hebben.
4. De eisen die gelden voor de openbaarheid van wetgeving en rechtspraak zorgen ervoor dat de toepassing van nudging ter bescherming van zwakkere partijen voldoende transparant is om de macht die een overheid door nudging ter bescherming van zwakkere partijen krijgt, te kunnen controleren.

Het stroomschema biedt een nader overzicht van de toepassingsvoorwaarden (zie annex).

8 DE UITVOERBAARHEID VAN NUDGING

8.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk wordt onderzocht of de kritiek op de uitvoerbaarheid van nudging grenzen – en dus voorwaarden – stelt aan het gebruik daarvan ter bescherming van zwakkere partijen.⁷⁰⁵ Daarvoor wordt achtereenvolgens ingegaan op de kritiek dat nudges in werkelijkheid geen keuzevrijheid behouden (par. 8.2), dat niet kan worden vastgesteld naar of weg van welke optie een keuze gestuurd moet worden om bescherming te bieden (par. 8.3), en dat er nog onvoldoende kennis is over de wijze waarop nudges keuzes beïnvloeden (par. 8.4). Dit hoofdstuk sluit af met de conclusie dat vanwege de kritiek op de uitvoerbaarheid van nudging twee voorwaarden dienen te gelden voor de toepassing daarvan ter bescherming van zwakkere partijen (par. 8.5).

8.2 NUDGING EN HET BEHOUD VAN KEUZEVRJHEID

8.2.1 *Inleiding*

In dit onderzoek is tot dusver ervan uitgegaan dat nudges niet alleen op papier, maar ook in werkelijkheid keuzevrijheid behouden. Voorts is verondersteld dat nudges de materiële contractsvrijheid van zwakkere partijen behouden. Volgens een aantal auteurs behouden nudges in werkelijkheid echter geen keuzevrijheid.⁷⁰⁶ Zij stellen dat een nudge een dergelijk sterk effect kan hebben dat het voor een persoon onmogelijk is om zich daaraan te onttrekken. In deze paragraaf wordt beargumenteerd dat deze kritiek berust op een misvatting en ook geen steun vindt in recent onderzoek naar het effect van nudges. Daarvoor wordt eerst ingegaan op de vraag wanneer nudges keuzevrijheid behouden (par. 8.2.2), vervolgens op de kritiek dat nudges geen keuzevrijheid behouden (par. 8.2.3), en daarna op empirisch onderzoek naar het effect van nudges (par. 8.2.4). Op basis daarvan wordt geconcludeerd dat nudges niet alleen keuzevrijheid behouden, maar ook de materiële contractsvrijheid van zwakkere partijen (par. 8.2.5).

705 Hierbij geldt ook dat de toepassing van nudging als legitiem wordt beschouwd als die bijdraagt aan de bescherming van zwakkere partijen, en als illegitiem als die daaraan niet bijdraagt of zelfs afbreuk doet. Zie eerder: par. 7.1.

706 Grüne-Yanoff 2012, p. 636-640; Rebonato 2014, p. 369-371; Viale 2018, p. 61-67; Kipper 2020, p. 285-303.

8.2.2 Keuzevrijheid

Van behoud van keuzevrijheid is sprake als aan twee voorwaarden is voldaan, zo blijkt uit de wijze waarop Thaler en Sunstein het begrip keuzevrijheid gebruiken.⁷⁰⁷ De eerste voorwaarde is dat het aantal keuzeopties gelijk blijft – of vergroot wordt⁷⁰⁸ – ten opzichte van de eerdere situatie.⁷⁰⁹ Voor behoud van keuzevrijheid is geen ‘unfettered liberty of choice’⁷¹⁰ vereist. Als iemand zonder een nudge uit drie opties kan kiezen, is voor behoud van keuzevrijheid vereist dat diegene dezelfde drie keuzeopties heeft als er wel een nudge is. De tweede voorwaarde voor behoud van keuzevrijheid is dat het effect van een nudge ‘easy and cheap to avoid’⁷¹¹ is. Op de vraag wanneer een nudge dat is, gaan Thaler en Sunstein niet nader in. Zij stellen enkel het volgende: ‘[W]e do not have a clear definition of “easily avoided,” (...) Our goal is to allow people to go their own way at the lowest possible cost.’⁷¹² Saghai gaat wel nader in op de vraag wanneer keuzebeïnvloeding gemakkelijk kan worden vermeden – of zoals hij het stelt: ‘substantially noncontrolling’⁷¹³ is. Hij beargumenteert dat een nudge *substantially noncontrolling* is als aan drie voorwaarden is voldaan.⁷¹⁴ Ten eerste moet de genudgede persoon over de capaciteiten beschikken om op te merken dat zijn keuze beïnvloed wordt – hij moet, in de woorden van Saghai, voldoende ‘attention-bringing capacities’⁷¹⁵ hebben. Ten tweede moet de genudgede persoon over de capaciteiten beschikken om weerstand te bieden tegen de invloed die op hem wordt uitgeoefend – hij moet, in de woorden van Saghai, voldoende ‘inhibitory capacities’ hebben.⁷¹⁶ Ten derde moet de genudgede persoon weerstand kunnen bieden tegen factoren die zijn *attention-bringing capacities* en *inhibitory capacities* kunnen ondermijnen. Het opvoeren van (tijds)druk kan onder omstandigheden een dergelijke factor zijn.

8.2.3 Kritiek op nudging vanwege het effect ervan

Volgens onder meer Rebonato kan een nudge in de praktijk zo’n sterk effect hebben dat, hoewel het aantal keuzeopties behouden blijft, de invloed die wordt uitgeoefend zo sterk

707 Thaler & Sunstein 2008, p. 249. Zie tevens: Saghai 2013, p. 488.

708 Het kan zo zijn dat een gebod of verbod niet meer nodig is omdat een nudge voldoende bescherming biedt. In dat geval wordt het aantal opties waaruit kan worden gekozen zelfs vergroot.

709 Sunstein & Thaler 2003, p. 1162.

710 Sunstein & Thaler 2003, p. 1162.

711 Thaler & Sunstein 2008, p. 6.

712 Thaler & Sunstein 2008, p. 249.

713 Saghai 2013, p. 488.

714 Saghai 2013, p. 488.

715 Saghai 2013, p. 489.

716 Saghai 2013, p. 489.

is dat die niet ‘substantially noncontrolling’⁷¹⁷ is.⁷¹⁸ Ter onderbouwing van dit standpunt wijst hij onder meer op een onderzoek uit 2003 waaruit blijkt dat in Duitsland destijds 12% van de bevolking orgaandonor was, terwijl in Oostenrijk maar liefst 99,8% van de bevolking orgaandonor was.⁷¹⁹ Sunstein haalt dit onderzoek ook aan ter illustratie van het effect dat een nudge kan hebben, omdat in Oostenrijk destijds donorregistratie de standaardoptie was en in Duitsland niet.⁷²⁰ Volgens Rebonato illustreert dit verschil echter niet alleen dat een nudge een effect kan hebben, maar ook dat een nudge een dergelijk sterk effect kan hebben, dat in werkelijkheid keuzevrijheid niet behouden blijft.⁷²¹ Ook Kipper stelt dat het effect van een nudge kan aantonen dat die in werkelijkheid geen keuzevrijheid behoudt.⁷²² Hij stelt dat om te bepalen of gemakkelijk weerstand kan worden geboden tegen een nudge, het effect daarvan, gemeten in het aantal personen dat voor de optie kiest waarnaar genudged wordt, moet worden vergeleken met het aantal personen dat zonder een nudge zou hebben gekozen voor de optie waarnaar genudged wordt. Een groot verschil daartussen duidt volgens Kipper aan dat in werkelijkheid geen keuzevrijheid behouden blijft. Hij stelt:

‘How difficult it is to resist a nudge depends on how much it moves the probability of resisting it: that is, by how much the nudge decreases the likelihood that people act contrary to its intended effect.’⁷²³

Deze kritiek van Rebonato en Kipper berust op een misvatting. Zij nemen niet in ogen-schouw dat iemand geen reden kan hebben om zich aan de sturing van een nudge te onttrekken. Zij gaan ervan uit dat de personen die door een nudge beïnvloed worden – de zogeheten inconsistente kiezers⁷²⁴ – eigen wensen hebben die niet aansluiten bij de optie waarnaar zij genudged worden – eigen wensen die nudge-incongruent zijn.⁷²⁵ Dat is echter niet noodzakelijk zo. Onder de inconsistente kiezers kunnen zich ook personen bevinden zonder eigen wensen en personen met eigen wensen die aansluiten bij de optie waarnaar zij genudged worden – eigen wensen die nudgecongruent zijn.⁷²⁶ Als dat het geval is, hebben zij geen reden om zich aan de sturing van de nudge te onttrekken en is er daarom

717 Saghai 2013, p. 488.

718 Rebonato 2014, p. 370. Zie verder: Viale 2018, p. 62.

719 Johnson & Goldstein 2003, p. 1338-1339. Zie: Rebonato 2014, p. 383-384; Viale 2018, p. 61-67.

720 Sunstein 2014a, p. 4.

721 Rebonato 2014, p. 360.

722 Kipper 2020, p. 287-294.

723 Kipper 2020, p. 290.

724 Goldin 2015, p. 242.

725 Deze terminologie is ontleend aan: Venema e.a. 2019, p. 1.

726 Goldin 2015, p. 242.

ook geen reden om aan te nemen dat de nudge niet ‘substantially noncontrolling’⁷²⁷ is als blijkt dat die een sterk effect heeft. Het is bijvoorbeeld niet uitgesloten dat donorregistratie als standaardoptie in Oostenrijk zo effectief was omdat veel Oostenrijkers de wens hadden om orgaandonor te zijn, maar eerder simpelweg nog niet daarvoor hadden gekozen. Ook kan het zijn dat veel Oostenrijkers ten aanzien van donorregistratie geen (sterke) eigen wensen hadden. Dat zou voor hen namelijk ook een reden kunnen zijn geweest om zich niet aan de sturing van de nudge te onttrekken.

8.2.4 *Empirisch onderzoek naar keuzevrijheid en het effect van nudging*

Uit verschillende onderzoeken naar het effect van nudges blijkt dat zij met name van invloed zijn op keuzes als iemand geen (sterke) eigen wensen heeft.⁷²⁸ De Ridder omschrijft daarom samen met anderen de relatie tussen het effect van een nudge en de eigen wensen van een persoon als een ‘inverted U-shape’.⁷²⁹ Een nudge heeft doorgaans nauwelijks tot geen effect als een persoon sterke eigen wensen heeft die nudgecongruent of nudge-incongruent zijn. Als een persoon een sterke eigen wens heeft die nudgecongruent is, kiest hij vaak uit zichzelf voor de optie die daarbij aansluit, en als hij een sterke eigen wens heeft die nudge-incongruent is, onttrekt hij zich doorgaans aan de sturing van een nudge. Uit een experiment dat Venema samen met collega’s heeft uitgevoerd, blijkt bijvoorbeeld dat personen hun keuze voor een kleine, medium of grote frisdrankbeker niet laten beïnvloeden door de aanwezigheid van een *center-stage*-nudge die hun keuze naar een kleine frisdrankbeker stuurt, als zij zelf reeds een sterke voorkeur hebben voor een kleine frisdrankbeker.⁷³⁰ Uit een experiment dat Bronchetti samen met anderen heeft uitgevoerd, blijkt verder dat automatisch sparen als standaardoptie ook nauwelijks effect heeft als personen zelf al plannen hebben voor de besteding van hun geld.⁷³¹ Nudges hebben daarentegen doorgaans wel een effect als personen geen eigen wensen hebben, eigen wensen hebben die met elkaar conflicteren – zoals de wens minder vlees te eten en de voorkeur voor een hamburger –, of ‘medium-size’⁷³² eigen wensen hebben. Dit blijkt onder meer uit een onderzoek dat Venema heeft uitgevoerd naar het effect van een sociale-normnudge.⁷³³ Een sociale-normnudge bleek in dat onderzoek van invloed op de antwoorden op de vraag of een kleur groen of blauw is – een kwestie ten aanzien waarvan personen in beginsel geen sterke voorkeur hebben. Ook bleek in dat onderzoek een sociale-normnudge effect te heb-

727 Saghai 2013, p. 488.

728 De Ridder, Kroese & Van Gestel 2022, p. 351-353.

729 De Ridder, Kroese & Van Gestel 2022, p. 351.

730 Venema e.a. 2019, p. 1-8.

731 Bronchetti e.a. 2013, p. 609-634.

732 De Ridder e.a. 2020, p. 11.

733 Venema 2020, p. 71-89.

ben toen aan niet-vegetariërs werd gevraagd of zij zouden kiezen voor een product met of zonder vlees. Dat nudges met name effect hebben als personen geen eigen wensen hebben, eigen wensen hebben die met elkaar conflicteren, of ‘medium-size’⁷³⁴ eigen wensen hebben, en juist geen effect hebben als personen sterke eigen wensen hebben, duidt erop dat nudges in beginsel ‘substantially noncontrolling’⁷³⁵ zijn en daarom keuzevrijheid behouden. Dit kan overigens, zo stelt De Ridder samen met anderen, enkel nog maar voorzichtig worden geconcludeerd.⁷³⁶ Het aantal onderzoeken dat verricht is naar de vraag hoe het effect van een nudge samenhangt met de eigen wensen van personen, is namelijk nog maar beperkt. Daar staat echter tegenover dat de onderzoeken die daarnaar zijn verricht, wel allemaal min of meer hetzelfde concluderen. Bovendien wordt die conclusie indirect onderschreven door onderzoek dat niet nudging als onderwerp heeft, maar daar wel relevant voor is, zoals dat naar *priming*.⁷³⁷

8.2.5 *Keuzevrijheid en contractsvrijheid*

Dat nudges in beginsel keuzevrijheid behouden, roept de vraag op of zij ook de materiële contractsvrijheid van zwakkere partijen behouden. Het antwoord op deze vraag is voor dit onderzoek relevant, omdat als dat niet zo is, nudging geen alternatief is voor de toepassing van fraternalistische beschermingstechnieken. Nudging behoudt in beginsel echter niet alleen keuzevrijheid, maar ook de materiële contractsvrijheid van zwakkere partijen. Een nudge behoudt namelijk de keuzeopties. Bovendien is het effect ervan in beginsel ‘substantially noncontrolling’.⁷³⁸ Dat voor behoud van keuzevrijheid bij nudging geen ‘unfettered liberty of choice’⁷³⁹ vereist is, is voor het behoud van materiële contractsvrijheid verder niet relevant. Ook de materiële contractsvrijheid is altijd beperkt, in die zin dat de beschikbare keuzeopties afhankelijk zijn van het beschikbare aanbod.

8.3 NUDGING EN DE OPTIE WAARNAAR EEN KEUZE GESTUURD MOET WORDEN

8.3.1 *Inleiding*

Een van de meest bediscussieerde vragen omtrent nudging is – naast de vraag of nudges manipuleren (zie eerder par. 7.2) – hoe moet worden vastgesteld naar of weg van welke

734 De Ridder e.a. 2020, p. 11.

735 Saghai 2013, p. 488.

736 De Ridder, Kroese & Van Gestel 2022, p. 351.

737 Zie bijvoorbeeld: Verwijmeren e.a. 2012, p. 107-115.

738 Saghai 2013, p. 488.

739 Sunstein & Thaler 2003, p. 1162.

optie een keuze gestuurd moet worden.⁷⁴⁰ Deze vraag speelt ook bij nudging ter bescherming van zwakkere partijen. Stel, het blijkt dat de keuze van een consument bij aanschaf van een bepaald complex financieel product beïnvloed wordt door een gebrek aan cognitieve capaciteit en dat minder indringende beschermingstechnieken dan sturende nudges onvoldoende bescherming bieden. Hoe moet dan worden vastgesteld naar of weg van welke optie een keuze gestuurd moet worden zodat die consument beschermd wordt? Thaler en Sunstein betogen dat keuzes gestuurd moeten worden naar de optie ‘that will make choosers better off, as judged by themselves.’⁷⁴¹ Dat roept echter verschillende vragen op. Want hoe kan worden vastgesteld welke optie dat is? En naar welke optie moet een keuze worden gestuurd als een nudge *one-size-fits-all* is en zwakkere partijen verschillende eigen wensen hebben? Ter beantwoording van deze vragen wordt beargumenteerd dat sturende nudges alleen mogen worden toegepast als de meerderheid van zwakkere partijen een optie zou kunnen aanvaarden als de beste optie of als een optie die niet moet worden gekozen. Daarvoor wordt eerst ingegaan op de factoren die het vaststellen van de optie die bescherming biedt bemoeilijken (par. 8.3.2), en wordt vervolgens ingezoomd op de in de literatuur ontwikkelde benaderingen om vast te stellen waarnaar een keuze gestuurd moet worden (par. 8.3.3), en de benaderingen die in het geldende recht worden toegepast voor soortgelijke problemen (par. 8.3.4). Op basis van een analyse van die benaderingen wordt beargumenteerd dat de hiervoor genoemde toepassingsvoorwaarde dient te gelden (par. 8.3.5).

8.3.2 *Factoren die het vaststellen van de optie die bescherming biedt bemoeilijken*

8.3.2.1 **Inleiding**

Het abstracte antwoord op de vraag naar of weg van welke optie een keuze ter bescherming van een zwakkere partij moet worden gestuurd, volgt uit het doel van de nudge in kwestie. Ter bescherming van een zwakkere partij die eigen wensen heeft, maar het niet lukt om een contractuele keuze te maken die bij die wensen aansluit, moet een keuze worden gestuurd naar de optie die aansluit bij haar eigen wensen of weg van een optie die dat niet doet (zie eerder par. 6.3.3). Ter bescherming van een zwakkere partij die geen (specifieke) eigen wensen heeft, moet daarnaast een keuze worden gestuurd naar de meest verstandige optie of weg van een onverstandige optie (zie eerder par. 6.3.4). Welke opties dat zijn, is echter vanwege drie factoren lastig te bepalen.

740 Zie instemmend: Fabbri & Faure 2018, p. 243.

741 Thaler & Sunstein 2008, p. 6.

8.3.2.2 Factor I: de beperkte betrouwbaarheid van door keuzes onthulde wensen

De eerste factor is epistemologisch van aard en houdt in dat door keuzes onthulde eigen wensen – ook wel: *revealed preferences* – niet altijd de werkelijke wensen van personen weergeven. Binnen de neoklassieke economie wordt echter wel daarvan uitgegaan.⁷⁴² Hoewel erkend wordt dat in theorie onderscheid kan worden gemaakt tussen wensen en keuzes, wordt dat onderscheid in de praktijk als irrelevant beschouwd. Op basis van de economische rationaliteitsconceptie wordt namelijk verondersteld dat personen in principe altijd keuzes maken die aansluiten bij hun eigen wensen.⁷⁴³ Om verschillende redenen is dat echter lang niet altijd zo. Ten eerste kan aan een keuze een onjuiste opvatting ten grondslag liggen.⁷⁴⁴ Als iemand gezond wil eten, maar niet weet dat friet ongezond is, kan uit diens keuze voor friet niet worden afgeleid dat hij de wens heeft om gezond te eten. Ten tweede kan de keuze die het best aansluit bij iemands eigen wensen niet beschikbaar zijn. Stel, iemand heeft de voorkeur voor mandarijnen, maar in de supermarkt zijn enkel appels en peren verkrijgbaar. Als diegene voor een appel kiest, blijkt uit die keuze enkel een relatieve voorkeur, niet dat hij in werkelijkheid de voorkeur heeft voor mandarijnen. Ten derde kan ook, zo tonen gedragswetenschappelijke inzichten aan, de beperkte cognitieve capaciteit van mensen ertoe leiden dat iemand een keuze maakt die niet aansluit bij zijn eigen wensen – ook wel *endogenous preferences* genoemd.⁷⁴⁵ Zo kan de beperkte cognitieve capaciteit van mensen bijvoorbeeld ervoor zorgen dat iemand een bepaalde optie kiest, enkel omdat die het meest in het oog springt en niet omdat hij eigen wensen heeft die daarbij aansluiten.⁷⁴⁶ Als een supermarkt bijvoorbeeld zo is ingericht dat appels meer in het oog springen dan peren, kan uit iemands keuze voor een appel niet worden afgeleid dat diegene ook de voorkeur heeft voor een appel.⁷⁴⁷ De implicatie hiervan is dat om te bepalen naar of weg van welke optie een keuze gestuurd moet worden, niet altijd de – eerdere – keuzes van een persoon geobserveerd kunnen worden. Goldin vat dit probleem als volgt samen:

‘Using nudges to make people better off requires knowing people’s preferences, but the very fact that people respond to nudges means that one can’t learn their preferences simply by observing their choices.’⁷⁴⁸

742 Fabbri & Faure 2018, p. 249-250.

743 Whitman & Rizzo 2015, p. 417. Zie tevens: Bernheim 2016, p. 16.

744 Hausman 2011, p. 23-33.

745 Zie bijvoorbeeld: Bowles 1998, p. 75-111.

746 Kroese, Marchiori & De Ridder 2016, p. 133-137.

747 Fabbri & Faure 2018, p. 249-254.

748 Goldin 2015, p. 229-230.

8.3.2.3 Factor II: het risico op (te veel) perfectionisme

De tweede factor die het lastig maakt om vast te stellen naar of weg van welke optie een keuze gestuurd moet worden, is moreel van aard.⁷⁴⁹ Hoewel volgens Thaler en Sunstein nudging compatibel is met het liberalisme omdat keuzevrijheid daardoor behouden blijft (zie eerder par. 6.2.5), stelt een aantal auteurs dat bepalen naar of weg van welke optie een keuze gestuurd moet worden altijd – in ieder geval enigszins – leidt tot perfectionisme (zie eerder par. 3.4.4.2).⁷⁵⁰ Op basis van empirisch onderzoek kan namelijk niet altijd worden vastgesteld welke wensen iemand heeft (zie eerder par. 8.3.2.2), en als dat wel kan, kunnen er praktische bezwaren zijn om dat onderzoek uit te voeren. Daarom moeten voor de toepassing van sturende nudges doorgaans aannames worden gedaan over de eigen wensen van personen. Het gevaar daarvan is dat degene die bepaalt naar of weg van welke optie een keuze gestuurd moet worden, geneigd kan zijn om zijn eigen opvattingen over wat een goede keuze is als uitgangspunt te nemen. Dat leidt dan snel tot perfectionisme. Zo stelt Glod zeer sceptisch:

‘Choice architecture meant to correct for inconsistent preferences does not tell us which we should opt for, so the architect often employs her favored default as a proxy for what the target agent is assumed to prefer.’⁷⁵¹

Dit gevaar bestaat ook als besloten wordt om keuzes naar de economisch rationele optie te sturen. Volgens Thaler en Sunstein moet daarvoor worden vastgesteld welke optie personen zouden kiezen: ‘if they had paid full attention and possessed complete information, unlimited cognitive abilities, and complete self-control.’⁷⁵² Ook voor een dergelijke vorm van wat Sugden noemt ‘preference purification’⁷⁵³ moeten echter aannames worden gedaan.⁷⁵⁴ Economische rationaliteit is op zichzelf namelijk inhoudelijk leeg (zie eerder par. 5.2.1).⁷⁵⁵ Economische rationaliteit stelt eisen aan de wijze waarop een persoon zijn eigen wensen nastreeft – dat moet zo efficiënt mogelijk –, maar stelt in beginsel geen eisen aan de wensen zelf die hij nastreeft. Ook om een keuze naar de economisch rationele optie te sturen moeten daarom aannames worden gedaan over de eigen wensen van personen, hetgeen altijd enigszins tot perfectionisme leidt.

749 Zie tevens: Engelen 2019a, p. 50.

750 Glod 2015, p. 599-617; Infante, Lecouteux & Sugden 2016, p. 1-25.

751 Glod 2015, p. 614.

752 Thaler & Sunstein 2008, p. 5.

753 Sugden 2015, p. 583. Grüne-Yanoff gebruikt de term *preference reconstruction* ter aanduiding van hetzelfde. Zie: Grüne-Yanoff 2012, p. 642. Zie verder kritisch op de benadering van Thaler en Sunstein: Hausman 2022, p. 1-12.

754 Zie tevens: Congiu & Moscati 2022, p. 198-199.

755 Bouwmeester 2017, p. 5-6.

8.3.2.4 Factor III: nudges zijn doorgaans *one-size-fits-all*

De derde factor die het lastig maakt om te bepalen naar of weg van welke optie een keuze gestuurd moet worden, is in hoofdzaak van praktische aard. Idealiter zijn nudges gepersonaliseerd, hetgeen betekent dat de optie waarnaar een keuze gestuurd wordt individueel is afgestemd op de eigen wensen van de genudgede persoon (zie eerder par. 5.4.4). Nudges kunnen – vooralsnog – doorgaans echter slechts *one-size-fits-all* zijn, hetgeen betekent dat een en dezelfde nudge op meerdere personen tegelijkertijd van toepassing is. Dit kan een probleem zijn, omdat niet iedereen altijd hetzelfde wil. De reden dat nudges doorgaans slechts *one-size-fits-all* kunnen zijn, is dat het vaak simpelweg onmogelijk is of te veel moeite kost om een keuzearchitectuur aan te passen aan de eigen wensen van de persoon die genudged wordt. In een supermarkt kan bijvoorbeeld niet telkens een ander product op ooghoogte worden neergelegd, afhankelijk van de persoon die langs het schap loopt. Uitzonderingen hierop zijn digitale keuzeomgevingen. Daarin is het vaak wel mogelijk om de keuzearchitectuur te personaliseren. De vraag is dan echter hoe bepaald kan worden wat de eigen wensen van personen zijn. Zowel epistemologische als normatieve bezwaren kunnen eraan in de weg staan om dat op basis van *big data* vast te stellen.⁷⁵⁶

8.3.3 Reeds ontwikkelde benaderingen

8.3.3.1 Inleiding

Hoe kan ondanks de drie hiervoor toegelichte factoren toch worden bepaald naar of weg van welke optie een keuze moet worden gestuurd? In de literatuur zijn hiervoor verschillende suggesties gedaan. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen empirische benaderingen, waarbij de nadruk ligt op het achterhalen van de eigen wensen van de personen die genudged worden (par. 8.3.3.2), en normatieve benaderingen, waarbij de nadruk ligt op het vaststellen van normatieve criteria aan de hand waarvan bepaald kan worden naar of weg van welke optie een keuze gestuurd moet worden (par. 8.3.3.3).

8.3.3.2 Empirische benaderingen

Een empirische benadering die onder meer door Loewenstein en Ubel wordt besproken, is keuzes sturen naar de optie die een persoon het meest ‘*experienced utility*’ oplevert.⁷⁵⁷ Het begrip *experienced utility* is in 1997 door Kahneman samen met anderen geïntroduceerd als alternatief voor *decision utility*, de notie van nut die binnen de neoklassieke economie wordt toegepast (zie eerder par. 5.2.1).⁷⁵⁸ Geïnspireerd door het werk van de Engelse filosoof Bentham (1748-1832) beargumenteert Kahneman dat niet, zoals bij *decision*

⁷⁵⁶ Vergelijk instemmend: Bender 2020, p. 366-409. Zie verder over de bezwaren: Mills 2022, p. 154-157.

⁷⁵⁷ Loewenstein & Ubel 2008, p. 1797-1798. Zie tevens: Fabbri & Faure 2018, p. 255-256; Weimer 2020, p. 119.

⁷⁵⁸ Kahneman, Wakker & Sarin 1997, p. 375-406.

utility, moet worden nagegaan of keuzes voorkeuren realiseren, maar of die leiden tot geluk. Geluk kan volgens Kahneman worden gekwantificeerd door zelfrapportages en vragenlijsten. Keuzes sturen naar de optie die een persoon het meest gelukkig maakt, heeft als voordeel dat niet – ten onrechte (zie eerder par. 8.3.2.2) – ervan wordt uitgegaan dat de keuzes die personen maken indirect een graadmeter zijn voor wat hen gelukkig maakt. Uit onderzoek blijkt echter dat ook *experienced utility* niet altijd een betrouwbare graadmeter is voor geluk.⁷⁵⁹

Thaler en Sunstein bepleiten het gebruik van drie verschillende empirische benaderingen om vast te stellen naar of weg van welke optie een keuze gestuurd moet worden. Door die benaderingen wordt telkens getracht vast te stellen welke optie het best aansluit bij de eigen wensen van meerdere personen. De eerste benadering, de *minimizing opt-outs*-benadering, houdt in dat een keuze gestuurd moet worden naar de optie waarbij zo min mogelijk personen zich aan de sturing van de nudge onttrekken.⁷⁶⁰ De tweede benadering, de *following majority choices*-benadering, houdt in dat een keuze gestuurd moet worden naar de optie waarvoor de meeste personen de voorkeur hebben.⁷⁶¹ Ondanks dat keuzes niet altijd voorkeuren onthullen, kan volgens Thaler en Sunstein worden vastgesteld welke optie aansluit bij de eigen wensen van de meeste personen als, ongeacht de optie waarnaar een keuze gestuurd wordt, de meerderheid van personen voor dezelfde optie kiest. De derde benadering die Thaler en Sunstein bepleiten, de *active choosing*-benadering, houdt in dat personen actief gevraagd wordt om een keuze te maken, terwijl die keuze zo neutraal mogelijk gepresenteerd wordt.⁷⁶² De *active choosing*-benadering kan om twee redenen worden toegepast.⁷⁶³ Ten eerste kan *active choosing* op zichzelf een nudge zijn. Door een persoon op een bepaald moment actief te vragen om een keuze te maken, kan bijvoorbeeld bescherming worden geboden tegen *inertia* (zie verder par. 9.5).⁷⁶⁴ Ten tweede kan *active choosing* worden toegepast om de eigen wensen van een aantal personen vast te stellen – idealiter een representatieve steekproef –, om vervolgens aan de hand daarvan te bepalen voor welke optie de meeste personen de voorkeur hebben.

De Amerikaanse jurist en econoom Goldin beargumenteert dat door de drie empirische benaderingen die Thaler en Sunstein bepleiten niet werkelijk wordt nagegaan naar of weg

759 Onderzoek toont bijvoorbeeld aan dat personen met een chronische ziekte zichzelf over het algemeen niet als minder gelukkig omschrijven dan personen zonder een chronische ziekte. Uit het bedrag dat zij bereid zouden zijn om aan hun genezing uit te geven, blijkt echter dat zij wel degelijk veel waarde hechten aan een betere gezondheid. Zie met verdere verwijzingen: Loewenstein & Ubel 2008, p. 1799-1800.

760 Sunstein & Thaler 2003, p. 1195.

761 Sunstein & Thaler 2003, p. 1194.

762 Sunstein & Thaler 2003, p. 1194-1195. Zie tevens: Sunstein 2016, p. 45-46.

763 Goldin 2015, p. 254.

764 Zie uitgebreid: Sunstein 2014b, p. 28-45.

van welke optie de keuze van meerdere personen het best gestuurd kan worden. Hij maakt daarvoor onderscheid tussen consistente en inconsistente kiezers.⁷⁶⁵ Consistente kiezers zijn de personen van wie de keuze niet beïnvloed wordt door een nudge, en inconsistente kiezers zijn de personen van wie de keuze daardoor wel wordt beïnvloed. Volgens Goldin zijn enkel de eigen wensen van de inconsistente kiezers relevant om te bepalen naar of weg van welke optie een keuze gestuurd moet worden.⁷⁶⁶ De eigen wensen van de consistente kiezers zijn daarvoor niet relevant, omdat die kiezers sowieso, ongeacht de optie waarnaar zij gestuurd worden, kiezen voor de optie die bij hun eigen wensen aansluit. De fout die volgens Goldin zowel bij de *minimizing opt-outs*-benadering als bij de *following majority choices*-benadering wordt gemaakt, is dat enkel rekening wordt gehouden met de eigen wensen van de consistente kiezers. Want wiens eigen wensen bepalen hoeveel *opt-outs* er zijn? Dat zijn de eigen wensen van de consistente kiezers. Zij zijn namelijk de personen die kiezen voor een *opt-out* als dat in lijn is met hun eigen wensen.⁷⁶⁷ En wiens eigen wensen zorgen ervoor dat de meerderheid voor een bepaalde optie kiest? Ook dat zijn de eigen wensen van de consistente kiezers. Als de meerderheid van personen, ongeacht de optie waarnaar zij gestuurd worden, kiest voor dezelfde optie, betekent dat namelijk alleen dat de meerderheid van de consistente kiezers eigen wensen heeft die bij die optie aansluiten.⁷⁶⁸ De fout die volgens Goldin verder aan de *active choosing*-benadering ten grondslag ligt, is dat daarbij ook geen onderscheid wordt gemaakt tussen consistente en inconsistente kiezers. Daardoor worden bij die benadering niet alleen de eigen wensen van de inconsistente kiezers meegewogen om te bepalen naar of weg van welke optie een keuze gestuurd moet worden, maar ook die van de consistente kiezers.⁷⁶⁹

Zelf bepleit Goldin het gebruik van twee benaderingen waarbij wel onderscheid wordt gemaakt tussen consistente en inconsistente kiezers: de *augmented revelatory frame*-benadering en de *demographic extrapolation*-benadering. De *augmented revelatory frame*-benadering houdt in dat als de gemiddelde eigen wens van een groep personen kan worden vastgesteld door middel van *active choosing*, vervolgens door personen naar verschillende keuzes te sturen kan worden vastgesteld wat de gemiddelde eigen wens is van enkel de inconsistente kiezers.⁷⁷⁰ Bij de *demographic extrapolation*-benadering wordt bepaald wat de gemiddelde eigen wens van de inconsistente kiezers is door, als achterhaald is wat de eigen wensen zijn van de consistente kiezers, op basis van observeerbare demografische

765 Goldin 2015, p. 242.

766 Goldin 2015, p. 243-246.

767 Goldin 2015, p. 249-251.

768 Goldin 2015, p. 251-253.

769 Goldin 2015, p. 253-257. Dit is overigens ook het geval als *experienced utility* gebruikt wordt om te bepalen naar welke optie een keuze gestuurd moet worden.

770 Zie verder: Goldin 2015, p. 260-265.

verschillen tussen de consistente kiezers bij benadering vast te stellen wat de eigen wensen van de inconsistente kiezers zijn.⁷⁷¹ Door Sunstein wordt echter terecht opgemerkt dat door deze twee benaderingen enkel rekening wordt gehouden met dat keuzes beïnvloed kunnen worden door de wijze waarop zij gepresenteerd worden⁷⁷² – door Weimer de ‘*ancillary decision factors*’ genoemd.⁷⁷³ Wat niet in ogenschouw wordt genomen, is dat keuzes ook beïnvloed kunnen worden door andere factoren dan de wijze waarop een keuze gepresenteerd wordt, zoals het *endowment*-effect en overmatig optimisme.⁷⁷⁴

8.3.3.3 Normatieve benaderingen

De normatieve benaderingen die ontwikkeld zijn in antwoord op de vraag naar of weg van welke optie een keuze gestuurd moet worden, hebben als gemeenschappelijk kenmerk dat zij een manier voorstaan om die vraag te beantwoorden zonder empirisch onderzoek uit te voeren. Thaler en Sunstein bepleiten naast de hiervoor besproken empirische benaderingen ook de toepassing van een normatieve benadering.⁷⁷⁵ Die benadering houdt – zoals eerder al kort aan bod kwam (par. 8.3.1) – in dat keuzes gestuurd moeten worden naar de optie ‘that will make choosers better off, as judged by themselves.’⁷⁷⁶ Daarvoor moet volgens hen worden onderzocht welke optie personen zouden hebben gekozen ‘if they had paid full attention and possessed complete information, unlimited cognitive abilities, and complete self-control.’⁷⁷⁷ In antwoord op de vraag hoe kan worden vastgesteld welke optie dat is, stelt Sunstein enkel dat het evident kan zijn welke optie dat is. Daarvan geeft hij het volgende voorbeeld:

‘Suppose that when confronted with a set of possible health insurance plans, choosers choose one that is more expensive than several others, but better along no dimension. In such cases, it is fair for choice architects to insist that actual judgments do not reflect informed choices.’⁷⁷⁸

Ook Loewenstein en Haisley stellen dat het evident kan zijn naar of weg van welke optie een keuze gestuurd moet worden. Zij maken onderscheid tussen drie situaties waarin dat

771 Zie verder: Goldin 2015, p. 266-269.

772 Sunstein 2021a, p. 8.

773 Weimer 2020, p. 120.

774 Sunstein 2021a, p. 8. Dit geldt overigens ook voor de empirische benaderingen die Thaler en Sunstein zelf bepleiten.

775 Thaler & Sunstein 2008, p. 6.

776 Thaler & Sunstein 2008, p. 6.

777 Thaler & Sunstein 2008, p. 5.

778 Sunstein 2016, p. 45.

het geval is.⁷⁷⁹ Ten eerste als personen ‘free money “on the table”⁷⁸⁰ laten liggen – zie het aangehaalde voorbeeld van Sunstein.⁷⁸¹ Ten twee als ‘the resulting outcomes are clearly undesirable, unintended, and not in the decision maker’s self-interests.’⁷⁸² Dit is volgens Loewenstein en Haisley bijvoorbeeld zo als iemand met zijn creditcard tegen een hoog rentetarief geld leent, terwijl hij ook nog spaargeld heeft. Ten derde is het volgens Loewenstein en Haisley evident naar welke optie een keuze moet worden gestuurd als personen tweede-ordewensen hebben, zoals gezonder eten of stoppen met roken. In dat geval moeten hun keuzes worden gestuurd naar opties die bij die tweede-ordewensen aansluiten.

Net als Sunstein en Loewenstein en Haisley stelt ook Engelen dat het evident kan zijn naar of weg van welke optie een keuze gestuurd moet worden.⁷⁸³ Om twee redenen moet daarbij volgens hem niet worden overschat hoe groot het risico op perfectionisme is (zie eerder par. 8.3.2.3). Ten eerste komt het volgens hem regelmatig voor dat personen geen sterke eigen wensen hebben. Er zijn dan verschillende opties die binnen, wat Engelen en Nys noemen, de ‘perimeters of autonomy’⁷⁸⁴ van een persoon vallen. Iemand die een snackbar betreedt, weet bijvoorbeeld vaak enkel globaal wat hij wil eten. Er zijn dan verschillende opties van het menu die binnen zijn *perimeters of autonomy* vallen. Als zijn keuze naar een van die opties gestuurd wordt, is er geen sprake van perfectionisme. Ten tweede moet volgens Engelen niet worden vergeten dat nudges keuzevrijheid behouden.⁷⁸⁵ Van een persoon met sterke eigen wensen is het onwaarschijnlijk dat hij zich laat beïnvloeden door een nudge (zie eerder par. 8.2.4), waardoor een nudge ten opzichte van hem niet perfectionistisch is.

Fabbri en Faure stellen tot slot dat, in afwezigheid van een empirische of normatieve benadering die een bevredigend antwoord geeft op de vraag naar of weg van welke optie een keuze gestuurd moet worden,⁷⁸⁶ “constitutional-type” guiding principles⁷⁸⁷ moeten worden opgesteld, waaruit de voorwaarden blijken ‘under which behavioral policy-making would be possible.’⁷⁸⁸ Die principes dienen in ieder geval vier onderwerpen te bestrijken. Ten eerste moet duidelijk zijn onder welke voorwaarden een overheid gedragsweten-

779 Loewenstein & Haisley 2008, p. 211.

780 Loewenstein & Haisley 2008, p. 211.

781 Loewenstein & Haisley 2008, p. 221-222.

782 Loewenstein & Haisley 2008, p. 222.

783 Engelen 2019b, p. 216.

784 Engelen & Nys 2019, p. 152.

785 Engelen 2019b, p. 217.

786 Fabbri & Faure 2018, p. 258-259.

787 Fabbri & Faure 2018, p. 259.

788 Fabbri & Faure 2018, p. 259.

schappelijke inzichten mag toepassen.⁷⁸⁹ Een onafhankelijk (overheids)orgaan dient dan vervolgens te controleren of telkens aan die voorwaarden is voldaan. Ten tweede moet worden gewaarborgd dat ‘meaningful public participation’⁷⁹⁰ kan plaatsvinden, zodat nudges niet ondemocratisch tot stand kunnen komen. Ten derde moeten er richtlijnen worden opgesteld per type situatie waarin nudging kan worden toegepast.⁷⁹¹ Tot slot stellen Fabbri en Faure dat door de wetgever gebruik moet kunnen worden gemaakt van *sunset clauses*, hetgeen tijdelijke wetten zijn.⁷⁹² *Sunset clauses* kunnen volgens hen de wetgever de ruimte bieden om te experimenteren met het gebruik van gedragswetenschappelijke inzichten.

8.3.4 Contractrechtelijke benaderingen

8.3.4.1 Inleiding

In het contractenrecht spelen twee vragen die nauw verwant zijn aan de vraag naar of weg van welke optie een keuze gestuurd moet worden door middel van nudging. Die vragen zijn: wat de inhoud van het aanvullend recht moet zijn (par. 8.3.4.2) en welke inhoud paternalistische beschermingstechnieken moeten hebben om zwakkere partijen te beschermen (par. 8.3.4.3). Ter beantwoording van deze vragen hanteert de wetgever in beginsel een normatieve benadering.

8.3.4.2 De inhoud van aanvullend recht

Het contractenrecht bestaat voor een belangrijk deel uit aanvullend recht omdat contractspartijen anders, om te voorkomen dat een contract leemten kent, zouden moeten onderhandelen over alle relevante onderwerpen en situaties die zich kunnen voordoen.⁷⁹³ Dat zou voor contractspartijen dusdanig veel tijd en moeite kunnen kosten, dat het voor hen onaantrekkelijk wordt om met elkaar te contracteren (zie eerder par. 2.4.2). Aanvullend recht maakt het voor contractspartijen mogelijk om enkel te onderhandelen over de onderwerpen die voor hen van wezenlijk belang zijn, zoals de prijs en hoeveelheid van een product.⁷⁹⁴ Aanvullend recht dicteert dan de overige contractsinhoud.⁷⁹⁵ Idealiter is de inhoud van aanvullend recht hetgeen contractspartijen zouden zijn overeengekomen,

789 Fabbri & Faure 2018, p. 260-261.

790 Fabbri & Faure 2018, p. 262.

791 Fabbri & Faure 2018, p. 262-264.

792 Fabbri & Faure 2018, p. 264-265.

793 Aanvullend recht kan overigens tot op zekere hoogte als een nudge worden beschouwd, namelijk als standaardoptie. Zie: Sunstein 2016, p. 23. Zie verder: Craswell 1989, p. 489-529. De ratio van aanvullend recht verschilt echter van de ratio van een standaardoptie. Zie verder par. 10.2.

794 Zie verder: Van Boom 2020, p. 26-28.

795 Overigens vervult niet alleen aanvullend recht deze functie, maar bijvoorbeeld ook de uitleg van een contract en de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.

zouden zij wel over de onderwerpen in kwestie hebben onderhandeld. Om te bepalen welke contractsinhoud dat is, wordt in de juridische literatuur onderscheid gemaakt tussen een empirische benadering en een normatieve benadering.⁷⁹⁶ De empirische benadering – ook de meerderheidsbenadering genoemd – houdt in dat de inhoud van aanvullend recht wordt vastgesteld aan de hand van de contractsinhoud waarvoor de meeste contractspartijen de voorkeur hebben.⁷⁹⁷ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever deze benadering soms toepast. Zo wordt in de parlementaire geschiedenis bij artikel 7:404 BW opgemerkt dat opdrachtgevers doorgaans willen dat de opdrachtnemer de opdracht zelf uitvoert en dat het daarom aanvullend recht moet zijn dat de opdrachtnemer een opdracht zelf uitvoert.⁷⁹⁸ De door de wetgever meest gebruikte benadering om de inhoud van aanvullend recht vast te stellen, is echter de normatieve benadering.⁷⁹⁹ Deze benadering houdt in dat de inhoud van aanvullend recht wordt vastgesteld ‘met een beroep op rechtvaardigheid, of afgeleiden daarvan zoals de redelijkheid en billijkheid’.⁸⁰⁰ Deze benadering werd reeds door Scholten (1875-1946) bepleit. Hij meende dat de wetgever de inhoud van aanvullend recht dient vast te stellen aan de hand van ‘wat, gegeven de wilsverklaringen van partijen, billijk en rechtvaardig mag heten’.⁸⁰¹

8.3.4.3 De inhoud van paternalistische beschermingstechnieken

Bij een beperking van de contractsvrijheid ter bescherming van een zwakkere partij – hierna weer: de toepassing van een paternalistische beschermingstechniek – doet zich niet de vraag voor bij welke contractsinhoud beide contractspartijen het meest gebaat zijn, maar bij welke contractsinhoud de zwakkere partij het meest gebaat is. Hoewel in de juridische literatuur discussie bestaat over de vraag wanneer paternalistische beschermingstechnieken gerechtvaardigd zijn, bestaat er vrijwel geen discussie en theorievorming over de vraag op welke wijze de inhoud van een paternalistische beschermingstechniek moet worden vastgesteld. Op basis van een analyse van de rechtsregels die zwakkere partijen beschermen, is eerder in dit onderzoek beargumenteerd dat de benadering die in het huidige recht daarvoor impliciet gehanteerd wordt ook normatief is (zie eerder par. 4.7.3.5). Die benadering houdt in dat wordt vastgesteld welke contractsinhoud vrijwel alle zwakkere partijen zouden kunnen aanvaarden. Deze benadering is normatief omdat niet wordt vastgesteld of alle zwakkere partijen de contractsinhoud aanvaarden, maar of kan worden

796 Zie uitvoerig: Van Bijnen 2005, p. 139-166.

797 Van Bijnen 2005, p. 140-144.

798 Reehuis, Slob & Van Zeven (red.) 1991, p. 404 (TM).

799 Van Bijnen 2005, p. 161-163.

800 Van Bijnen 2005, p. 154.

801 Scholten 1931, p. 29. Valk sluit zich hierbij aan en stelt dat aanvullend recht daardoor ook een voorbeeld-functie heeft bij de uitleg van contracten. Zie: Valk 2016b, p. 78-79.

aangenomen dat zij die zouden kunnen aanvaarden – een vraag waarvoor de beantwoording een weging van argumenten vergt.

8.3.5 *De optie die de meerderheid van zwakkere partijen zou kunnen aanvaarden*

8.3.5.1 **Inleiding**

De in de literatuur ontwikkelde benaderingen ter beantwoording van de vraag naar of weg van welke optie een keuze moet worden gestuurd, hebben elk hun tekortkomingen. De empirische benaderingen houden geen rekening met de eigen wensen van de inconsistente kiezers of houden er geen rekening mee dat een keuze ook beïnvloed kan worden door andere factoren dan de presentatie van een keuze(optie) (zie eerder par. 8.3.3.2). De normatieve benaderingen hebben als tekortkoming dat zij weinig concreet zijn. De normatieve benaderingen beschouwen het soms als evident naar of weg van welke optie een keuze moet worden gestuurd. Dat kan echter leiden tot perfectionisme. Wat voor de een evident de beste optie is, is dat niet per se voor de ander. Een zekere mate van perfectionisme is weliswaar onvermijdelijk, maar het probleem van de normatieve benadering is dat zij geen duidelijke grenzen stelt aan wanneer iets evident is en wanneer niet. Dat in het huidige recht ter beantwoording van soortgelijke vragen als de vraag naar of weg van welke optie een keuze gestuurd moet worden door nudging, in hoofdzaak normatieve benaderingen worden toegepast, pleit ervoor ook een normatieve benadering toe te passen ter beantwoording van de vraag naar of weg van welke optie een keuze gestuurd moet worden door nudging. Een variatie op de benadering die bij paternalistische beschermingstechnieken gehanteerd wordt, ligt daarvoor het meest voor de hand. Die benadering krijgt bij sturende nudges die zwakkere partijen helpen met het maken van een contractuele keuze die aansluit bij eigen wensen een iets andere invulling (par. 8.3.5.2) dan bij sturende nudges die een zwakkere partij helpen de meest verstandige optie te kiezen (par. 8.3.5.3).

8.3.5.2 **Zwakkere partijen helpen met het maken van een keuze die aansluit bij eigen wensen**

Om zwakkere partijen door middel van nudging te helpen met het maken van een contractuele keuze die aansluit bij eigen wensen, dient hun keuze naar of weg van de optie gestuurd te worden door de keuze die de meerderheid van zwakkere partijen zou kunnen aanvaarden als de beste optie of als een optie die niet moet worden gekozen. Hoewel de ratio van deze normatieve benadering gelijk is aan de ratio van de normatieve benadering die bij paternalistische beschermingstechnieken impliciet wordt toegepast, verschillen deze benaderingen in hun uitwerking. Bij nudging dient enkel de meerderheid van zwakkere partijen – in plaats van vrijwel alle zwakkere partijen – een bepaalde optie te kunnen

aanvaarden als de beste optie of als een optie die niet moet worden gekozen. Nudges behouden namelijk, in tegenstelling tot paternalistische beschermingstechnieken, de materiële contractsvrijheid van zwakkere partijen. Daardoor kunnen zwakkere partijen met nudge-incongruente eigen wensen zich aan de sturing daarvan onttrekken. Dat wel de meerderheid van zwakkere partijen een optie zou moeten kunnen aanvaarden als de beste optie of als een optie die niet moet worden gekozen, heeft als reden dat het anders kan voorkomen dat meer zwakkere partijen zich aan de sturing van een nudge moeten onttrekken dan erdoor beschermd worden. Een nudge zou dan zijn doel voorbijschieten.

Door voor de toepassing van een sturende nudge de voorgestelde normatieve benadering te hanteren kunnen sturende nudges in meer situaties bescherming bieden tegen een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand dan paternalistische beschermingstechnieken. Eerder is gesteld dat paternalistische beschermingstechnieken bijvoorbeeld niet kunnen worden toegepast als blijkt dat consumenten vanwege een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit of een gebrek aan weerstand kiezen voor betalen in termijnen, terwijl dat minder voordelig is dan direct betalen, omdat er ook consumenten kunnen zijn die bewust voor in termijnen betalen kiezen (zie eerder par. 4.7.3.5). Met sturende nudges zou in een dergelijke situatie wel bescherming kunnen worden geboden tegen een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit of een gebrek aan weerstand, omdat kan worden aangenomen dat de meerderheid van zwakkere partijen direct betalen zou kunnen aanvaarden als de beste optie, omdat die voordeliger is. Als de keuzes van consumenten naar die optie worden gestuurd, kunnen consumenten die bewust ervoor kiezen om in termijnen te betalen dat alsnog doen, simpelweg door zich aan de sturing van de nudge te onttrekken.

Tegen de voorgestelde normatieve benadering voor sturende nudges kan worden ingebracht dat, hoewel empirisch onderzoek naar de eigen wensen van zwakkere partijen zijn tekortkomingen heeft, empirisch onderzoek desondanks de enige manier is om vast te stellen wat de eigen wensen van zwakkere partijen zijn zonder daarvoor aannames te doen, hetgeen tot perfectionisme kan leiden (zie eerder par. 8.3.2.3). Het eerste argument dat tegen dit bezwaar kan worden ingebracht, is dat – zoals ook Engelen stelt (zie eerder par. 8.3.3.3) – niet moet worden overschat hoe specifiek de eigen wensen van personen doorgaans zijn. Vaak zijn er verschillende opties die binnen de *perimeters of autonomy* van een persoon vallen.⁸⁰² De voorgestelde benadering om vast te stellen naar of weg van welke optie een keuze gestuurd moet worden, kan als gevolg hebben dat zwakkere partijen gestuurd worden naar een optie die zij zelf niet zouden hebben gekozen, indien hun keuze niet zou zijn beïnvloed door een gebrek. Die optie kan echter wel alsnog binnen hun *peri-*

802 Engelen & Nys 2019, p. 152.

meters of autonomy vallen, waardoor zij evengoed beschermd worden. Zij worden immers ook beschermd als zij door een nudge voor een optie kiezen die misschien niet optimaal aansluit bij hun eigen wensen, maar wel beter aansluit bij hun eigen wensen dan de optie die zij zonder bescherming zouden hebben gekozen. Het tweede argument dat kan worden ingebracht tegen het bezwaar dat een empirische benadering de voorkeur heeft, is dat het gebruik van een normatieve benadering het gebruik van empirische gegevens niet uitsluit. Soms is het, zoals Loewenstein en Haisley stellen, ‘relatively straightforward’⁸⁰³ welke optie de meeste zwakkere partijen zouden kunnen aanvaarden als de beste optie of als een optie die niet moet worden gekozen. Zo kan doorgaans worden aangenomen dat personen zo voordelig mogelijk uit willen zijn en streven naar financiële gezondheid op de lange termijn. Als er echter twijfel bestaat over het antwoord op de vraag of een bepaalde aanname veilig kan worden gemaakt, kunnen empirische gegevens – zoals opinie- of marktonderzoek – eventueel gebruikt worden als argument voor of tegen een bepaalde aanname. Het blijft dan echter een normatieve afweging die uiteindelijk bepaalt hoeveel gewicht er aan dat argument moet worden toegekend. Het derde argument dat kan worden ingebracht tegen het bezwaar dat een empirische benadering de voorkeur heeft, is dat door bescherming te contextualiseren vaak gemakkelijker veilig kan worden aangenomen dat de meerderheid van zwakkere partijen een bepaalde optie zou kunnen aanvaarden als de beste optie of als een optie die niet moet worden gekozen. Bescherming contextualiseren houdt in dat een rechtsregel enkel onder bepaalde – contextafhankelijke – voorwaarden van toepassing is (zie eerder par. 4.5.3.1). Hoewel dan nog steeds sprake is van *one-size-fits-all* bescherming, kan bescherming zo enigszins toegespitst worden op de specifieke zwakkere partijen die bescherming nodig hebben. Een voorbeeld van een rechtsregel die bescherming contextualiseert, is de rechtsregel dat bij optietransacties enkel een weigeringsplicht geldt voor de financiële instelling als de belegger niet aan zijn marginverplichting voldoet (zie eerder par. 3.4.4.2).

8.3.5.3 Zwakkere partijen helpen met het kiezen van de meest verstandige optie

Een zwakkere partij die ten aanzien van een bepaald onderwerp geen (specifieke) eigen wensen heeft, maar wel een keuze maakt of moet maken, kan worden beschermd door haar keuze naar de meest verstandige optie te sturen of weg van een onverstandige optie (zie eerder par. 6.3.4). Ook om vast te stellen naar of weg van welke optie daarvoor een keuze moet worden gestuurd, moet de meerderheid van zwakkere partijen een bepaalde optie kunnen aanvaarden als de beste optie of als een optie die niet moet worden gekozen. Voor toepassing van deze normatieve benadering is niet vereist dat zwakkere partijen een bepaalde optie daadwerkelijk aanvaarden als de beste optie of als een optie die niet moet worden gekozen, maar enkel dat zij dat zouden kunnen doen. Bij deze toepassing van

803 Loewenstein & Haisley 2008, p. 221.

nudging moet echter wel in ogenschouw worden genomen dat er geen empirische gegevens kunnen worden gebruikt ter nadere onderbouwing van welke optie de meeste zwakkere partijen zouden kunnen aanvaarden. Als zij geen (specifieke) eigen wensen hebben, kan immers ook niet bij benadering empirisch worden vastgesteld wat hun eigen wensen zijn. Het kan hierdoor voorkomen dat kan worden vastgesteld naar of weg van welke optie zwakkere partijen gestuurd moeten worden, zodat zij geholpen worden een keuze te maken die aansluit bij hun eigen wensen, maar dat niet kan worden vastgesteld naar of weg van welke optie zwakkere partijen gestuurd moeten worden zodat zij een verstandige optie kiezen. Als dat zo is, kunnen nudges die zwakkere partijen helpen bij het maken van een keuze die aansluit bij eigen wensen, slechts worden toegepast als er nauwelijks tot geen zwakkere partijen zijn zonder (specifieke) eigen wensen.⁸⁰⁴ Anders kunnen de keuzes van zwakkere partijen zonder eigen wensen ook worden gestuurd terwijl zij op die manier mogelijk niet beschermd worden.

8.4 NUDGING EN DE KENNIS OVER DE RANDVOORWAARDEN

8.4.1 *Inleiding*

De voorwaarden voor toepassing van nudging ter bescherming van zwakkere partijen die in dit hoofdstuk en het voorgaande hoofdstuk (hoofdstuk 7) in kaart zijn gebracht, hebben als functie te voorkomen dat het gebruik van nudging zijn doel voorbijschiet. Als blijkt dat aan die voorwaarden is voldaan, is de vervolgvraag welke nudge de gewenste bescherming kan bieden (zie verder hoofdstuk 9 en 10). Dat is echter niet altijd gemakkelijk vast te stellen. Nudges worden vaak gepresenteerd als “fast and furious” interventions that teams of behavioural science experts can easily add into existing policies as ready-to-use devices.⁸⁰⁵ Zowel voor- als tegenstanders van nudging stellen echter dat dit beeld te optimistisch is, mede omdat nog niet volledig in kaart is gebracht onder welke voorwaarden nudges effect hebben.⁸⁰⁶ In deze paragraaf wordt beargumenteerd dat, gezien de stand van de kennis over de wijze waarop nudges werken (par. 8.4.2), voor de toepassing van een nudge ter bescherming van een zwakkere partij empirisch moet worden onderzocht of de beoogde nudge ook in de context in kwestie de gewenste bescherming biedt (par. 8.4.3).

804 Of er in een bepaalde situatie weinig of veel zwakkere partijen zijn zonder eigen wensen kan worden onderzocht door vast te stellen hoeveel inconsistente kiezers er zijn. Het aantal inconsistente kiezers is doorgaans namelijk een indicatie van het aantal zwakkere partijen zonder eigen wensen. Dit komt doordat nudges het meeste effect hebben als personen geen eigen wensen hebben. Zie eerder: par. 8.2.4.

805 De Ridder e.a. 2020, p. 8. Zie tevens: Feitsma 2019, p. 55.

806 Szaszi e.a. 2018, p. 355-366; Venema 2020 p. 15-16; De Ridder e.a. 2020, p. 10-12.

8.4.2 *De kennis over de werking van nudges*

Psychologische fenomenen doorlopen doorgaans drie onderzoeksstadia.⁸⁰⁷ Het eerste stadium wordt gekenmerkt door onderzoek naar de vraag of een bepaald fenomeen effect heeft of niet, het tweede stadium door onderzoek naar de vraag wanneer het effect optreedt, en het derde stadium door onderzoek naar hoe het effect kan worden verklaard. Venema stelt dat het psychologisch onderzoek naar nudging het eerste stadium heeft doorlopen.⁸⁰⁸ Uit verschillende metastudies blijkt dat nudges statistisch significante effecten kunnen hebben (zie eerder par. 6.2.2.2). De vragen die behoren tot het tweede en derde onderzoeksstadium zijn echter nog niet volledig beantwoord.⁸⁰⁹ Nog niet van alle nudgetechnieken is volledig in kaart gebracht onder welke randvoorwaarden zij effect hebben, hetgeen de voorwaarden zijn waaraan moet zijn voldaan voordat een nudgetechniek het gewenste effect heeft. Er is bijvoorbeeld al veel kennis over de randvoorwaarden van standaardopties (zie verder par. 10.2), maar er is nog relatief weinig bekend over de randvoorwaarden van de *consider-the-opposite strategy* (zie verder par. 9.6.2).

8.4.3 *Hoe moeten kennisleemten in ogenschouw worden genomen?*

Dat er nog kennisleemten bestaan, betekent niet dat nudging (nog) niet kan of mag worden toegepast ter bescherming van zwakkere partijen. Omdat nudging positieve effecten kan hebben, zou het zonde zijn om daarmee te wachten. Belangrijk is wel dat een nudge enkel wordt toegepast als vooraf empirisch, bij voorkeur in een veldexperiment, komt vast te staan dat de beoogde nudge ook in de context in kwestie de gewenste bescherming biedt.⁸¹⁰ Dergelijk onderzoek naar de vraag of een empirische bevinding ook standhoudt in een andere – of bredere – context wordt *scaling* genoemd.⁸¹¹ Het belang van *scaling* blijkt onder meer uit een aantal onderzoeken dat aantoont dat een en dezelfde nudge in een andere context minder effect kan hebben.⁸¹² Dergelijke verschillen in effecten kunnen deels worden verklaard vanuit het feit dat nog niet van alle nudgetechnieken de randvoorwaarden volledig in kaart zijn gebracht, waardoor die ook niet in ogenschouw kunnen worden genomen bij de ontwikkeling van een nudge. Er kunnen echter ook altijd contextafhankelijke factoren zijn waarvan de invloed op het effect van een nudge niet kan worden vastgesteld, anders dan door de beoogde nudge in de context in kwestie toe te passen. Zo is van de sociale-normnudge bekend dat het effect daarvan zeer contextafhankelijk is en

807 Zanna & Fazio 1982, p. 283-284.

808 Venema 2020, p. 15.

809 Venema 2020, p. 15-16.

810 Zie over het belang van veldexperimenten bij nudging: Vasas 2022, p. 9-14.

811 Zie verder: Al-Ubaydli e.a. 2021, p. 2-49.

812 Zie verder: Hauser, Gino & Norton 2018, p. 15-16.

zelfs tegengesteld kan zijn (zie verder par. 10.3). Bovendien kan het zijn dat een nudge niet op elke persoon hetzelfde effect heeft,⁸¹³ hetgeen ook het belang benadrukt van empirisch onderzoek naar of een nudge ook in de context in kwestie de beoogde bescherming biedt.

8.5 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is onderzocht of er gezien de kritiek op de uitvoerbaarheid van nudging voorwaarden dienen te gelden voor de toepassing daarvan ter bescherming van zwakkere partijen. Daaruit volgen drie conclusies:

1. Nudging behoudt keuzevrijheid omdat het niet de opties beperkt waaruit een persoon kan kiezen en een persoon zich in beginsel kan onttrekken aan de sturing van een nudge. Dit betekent dat nudging ook de materiële contractsvrijheid van zwakkere partijen behoudt.
2. Om vast te stellen naar of weg van welke optie een keuze door een sturende nudge moet worden gestuurd, zodat zwakkere partijen worden beschermd, dient een normatieve benadering te worden toegepast. Die benadering houdt in dat moet worden vastgesteld of de meerderheid van zwakkere partijen een optie zou kunnen aanvaarden als de beste optie of als een optie die niet moet worden gekozen.
3. Omdat nog niet van alle nudgetechnieken de randvoorwaarden volledig in kaart zijn gebracht en het effect van een nudge kan afhangen van de context waarin die wordt toegepast, dient voor toepassing van een nudge ter bescherming van een zwakkere partij empirisch te worden onderzocht of de beoogde nudge ook in de context in kwestie de gewenste bescherming biedt.

Het stroomschema biedt een nader overzicht van de toepassingsvoorwaarden (zie annex).

⁸¹³ Zie bijvoorbeeld: Riley & Taha 2019, p. 288.

9 NUDGES DIE EEN PERSOON HELPEN OM ZELF EEN KEUZE TE MAKEN

9.1 INLEIDING

Nu de toepassingsvoorwaarden voor nudging ter bescherming van zwakkere partijen in kaart zijn gebracht, is de vervolgvraag waartegen en in welke situaties de verschillende nudgetechnieken bescherming kunnen bieden (deelvraag VI). Niet elke nudgetechniek heeft namelijk dezelfde randvoorwaarden en kan tegen dezelfde zwakheden beschermen. In dit hoofdstuk wordt door een literatuuronderzoek in kaart gebracht in welke situaties en tegen welke gebreken nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken, in potentie bescherming kunnen bieden.⁸¹⁴ Daarvoor wordt achtereenvolgens ingegaan op de bescherming die kan worden geboden door informatie te vertalen (par. 9.2), door andersoortige informatie zichtbaar te maken (par. 9.3), door een herinnering te sturen (par. 9.4), door actief te vragen om een keuze te maken (par. 9.5), en door een keuzehulpmiddel aan te bieden (par. 9.6). Daarnaast wordt ingegaan op de twee manieren waarop sturende nudges kunnen worden toegepast om een persoon te helpen om zelf een keuze te maken. Dat zijn: zelfnudging faciliteren (par. 9.7) en *debiasing*-nudges en *counter*-nudges toepassen (par. 9.8). Dit hoofdstuk sluit af met een conclusie (par. 9.9).

9.2 HET VERTALEN VAN INFORMATIE

9.2.1 *Inleiding*

Als nudgetechniek houdt het vertalen van informatie in dat informatie op een dergelijke wijze wordt aangeboden en gepresenteerd dat rekening wordt gehouden met de beperkte cognitieve capaciteiten van mensen en in het bijzonder met het feit dat *information overload* kan plaatsvinden (par 9.2.2). Door informatie te vertalen kunnen zwakkere partijen in potentie worden beschermd tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand om een geïnformeerde keuze te maken, en zo indirect ook tegen een gebrek

814 De vraag in welke situaties en waartegen sturende nudges bescherming kunnen bieden, komt in hoofdstuk 10 aan bod. Dat gebruik wordt gemaakt van een literatuuronderzoek betekent dat wordt vastgesteld welke bescherming in potentie kan worden geboden door nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken. Nader empirisch onderzoek is vereist om vast te stellen of de nudges ook in de beoogde context het gewenste effect hebben. Zie eerder: par. 8.4.

aan informatie. Het effect van het vertalen van informatie moet echter niet worden overschat (par. 9.2.3).

9.2.2 Informatie vertalen

9.2.2.1 Van informatie naar een geïnformeerde keuze: een hobbelige weg

De weg die iemand moet afleggen om aan de hand van informatie een geïnformeerde keuze te maken, is op zijn zachtst gezegd hobbelig (zie eerder par. 5.2.2.5). Een persoon moet niet alleen alle relevante informatie tot zich nemen, maar die ook begrijpen en op de juiste manier gebruiken.⁸¹⁵ Anders dan op basis van de rationele-keuzetheorie verondersteld wordt,⁸¹⁶ is het verre van vanzelfsprekend dat iemand dat altijd allemaal kan en ook daadwerkelijk doet. Uit gedragswetenschappelijk onderzoek blijkt onder meer dat *information overload* kan ontstaan, dat personen vaak moeite hebben met zich focussen op de meest relevante informatie, en dat zij informatie niet altijd juist interpreteren.⁸¹⁷ Inmiddels is er redelijk veel onderzoek verricht naar de vraag hoe informatieoverdracht kan worden verbeterd. Daaruit blijkt dat dit op grofweg twee manieren kan: door de hoeveelheid informatie te beperken (par. 9.2.2.2) en door de inhoud en presentatie van informatie te versimpelen (par. 9.2.2.3).

9.2.2.2 De hoeveelheid informatie beperken

Door de hoeveelheid informatie die gecommuniceerd wordt te beperken kan niet alleen *information overload* worden voorkomen, maar kunnen personen ook geholpen worden met focussen op de meest relevante informatie.⁸¹⁸ Illustratief voor hoe dat een keuze ten goede kan komen, is het onderzoek dat Vogrincic-Haselbacher samen met anderen heeft uitgevoerd naar de wijze waarop consumenten informatie over telefoonabonnementen lezen en gebruiken.⁸¹⁹ Daaruit blijkt onder meer dat de consumenten die zich enkel op de meest relevante informatie konden focussen het vaakst het in prijs en kwaliteit beste telefoonabonnement kozen, terwijl consumenten die alle informatie lazen vaker voor de suboptimale optie kozen. Dit kwam waarschijnlijk omdat zij last hadden van *information overload*. Ter voorkoming van *information overload* en om personen te helpen met focussen op de meest relevante informatie kan de hoeveelheid informatie die gecommuniceerd wordt op verschillende manieren worden beperkt. Allereerst kan dat door simpelweg informatie weg te laten. Dit roept echter de vraag op welke informatie dan moet worden

815 Braspenning 2017, p. 133-135.

816 Esposito 2017, p. 203-204.

817 Zie uitgebreid: Loewenstein, Sunstein & Golman 2014, p. 405-406.

818 BIT 2019a, p. 11-12.

819 Vogrincic-Haselbacher e.a. 2021, p. 1-15.

weggelaten – een vraag die met name lastig te beantwoorden is als voor elke persoon andere informatie relevant is. Ook kan ter voorkoming van *information overload* informatie beknopter worden geformuleerd. Het nadeel daarvan is echter dat het ten koste kan gaan van de begrijpelijkheid van de informatie, bijvoorbeeld omdat meer jargon gebruikt wordt.⁸²⁰ Er kan daarom ook voor worden gekozen om naast de volledige tekst een samenvatting aan te bieden. Onderzoek toont aan dat een samenvatting tot een beter begrip leidt van bijvoorbeeld algemene voorwaarden.⁸²¹ Het begrip van de algemene voorwaarden die niet in de samenvatting zijn opgenomen, verslechtert daardoor echter.⁸²² Voorts kan een persoon worden geholpen met focussen op de meest relevante informatie door die informatie in het oog te laten springen, bijvoorbeeld door deze in een tekst bovenaan te plaatsen of opvallender weer te geven dan de andere informatie. Uit onderzoek blijkt namelijk niet alleen dat personen een tekst meestal vanaf het begin lezen, in plaats van dat zij eerst bepalen wat de meest relevante informatie is, maar ook dat zij meer aandacht besteden aan opvallend weergegeven tekst.⁸²³

9.2.2.3 De inhoud en presentatie van informatie versimpelen

Informatieoverdracht kan ook worden verbeterd door de inhoud en presentatie van informatie te versimpelen.⁸²⁴ Dat kan uiteraard door het taalgebruik of het tekstniveau te vereenvoudigen,⁸²⁵ maar ook op verschillende andere manieren. Zo blijkt uit onderzoek dat het begrip van informatie kan worden verbeterd door die te presenteren als visualisatie, stroomschema, keuzeboom, *frequently asked questions*, of als een zogeheten *fact box*.⁸²⁶ Voorts blijkt dat personen risico's en onzekerheden beter kunnen duiden als die als frequenties worden aangeduid in plaats van als percentages.⁸²⁷ Daarnaast kan informatieoverdracht niet alleen worden verbeterd door de inhoud en presentatie van informatie te versimpelen, maar ook door het voor iemand makkelijker te maken om informatie tot zich te nemen. Personen lezen informatie online bijvoorbeeld eerder als die standaard in beeld wordt gebracht – of, als het om veel informatie gaat, in een *scrollable textbox* – dan als de informatie achter een uitklapmenu is geplaatst, waarop geklikt moet worden voordat de informatie verschijnt.⁸²⁸

820 BIT 2019b, p. 29.

821 BIT 2019b, p. 25-26.

822 BIT 2019b, p. 25-26.

823 Miller & Campbell 1959, p. 1-9. Zie verder: Ackert & Deavis 2010, p. 85-86.

824 Loewenstein, Sunstein & Golman 2014, p. 405-406.

825 Zie bijvoorbeeld: Van Boom, Desmet & Van Dam 2016, p. 187-197.

826 Zie bijvoorbeeld: McDowell e.a. 2016, p. 1-10; Grüne-Yanoff & Hertwig 2016, p. 160; BIT 2019b, p. 9-10; BIT 2019c, p. 8-16.

827 Gigerenzer & Hoffrage 1995, p. 684-704. Zie verder: McDowell & Jacobs 2017, p. 1273-1312.

828 BIT 2019a, p. 7-8.

9.2.3 *Informatie vertalen ter bescherming van een zwakkere partij*

De hiervoor beschreven wijzen waarop informatie kan worden vertaald ter verbetering van informatieoverdracht, kunnen in potentie worden toegepast ter bescherming tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit of een gebrek aan weerstand om een geïnformeerde keuze te maken, en zo ook indirect tegen een gebrek aan informatie. Of door informatie te vertalen bescherming wordt geboden tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit of een gebrek aan weerstand, hangt af van waarom een zwakkere partij moeite heeft met informatie lezen, begrijpen en gebruiken. Als dat primair komt doordat zij niet de cognitieve capaciteit heeft om bijvoorbeeld alle informatie tot zich te nemen, is er sprake van een gebrek aan cognitieve capaciteit, maar als dat primair komt doordat een sterkere partij bijvoorbeeld informatie onduidelijk presenteert, is er sprake van een gebrek aan weerstand (zie eerder par. 4.4.4 en 4.4.5). De hiervoor beschreven wijzen waarop informatie kan worden vertaald, kunnen niet alleen als transparantievereisten worden toegepast bij informatie die sterkere partijen op eigen initiatief verstrekken, maar ook als transparantievereisten bij informatie die zij op basis van een informatieplicht moeten verstrekken. Zo zou bijvoorbeeld ter voorkoming van *information overload* het communiceren van onnodig veel informatie als oneerlijke handelspraktijk kunnen worden aangemerkt (artikel 6:193a e.v. BW), en zou het transparantievereiste kunnen worden gesteld dat risico's enkel als frequenties mogen worden gepresenteerd.

Als dergelijke transparantievereisten worden gesteld, moet daarbij in het bijzonder de toepassingsvoorwaarde dat de beoogde nudge ook in de context in kwestie de gewenste bescherming biedt, in ogenschouw worden genomen (zie eerder par. 8.4). Het effect van het vertalen van informatie moet namelijk niet worden overschat. Volgens een aantal auteurs gebeurt dat echter al wel bij de huidige transparantievereisten (zie eerder par. 4.5.2.1), zo blijkt uit twee kritiekpunten daarop. Het eerste kritiekpunt is dat de huidige transparantievereisten niet streng en specifiek genoeg zijn om daadwerkelijk tot betere informatieoverdracht te leiden.⁸²⁹ Het HvJ EU heeft geoordeeld dat informatie 'duidelijk en begrijpelijk' is als zij de gemiddelde consument in staat stelt om de consequenties van zijn keuzes te voorzien (zie eerder par. 5.3.3).⁸³⁰ Niet alleen zijn door de verwijzing naar de gemiddelde consument de verwachtingen omtrent de capaciteiten van consumenten om informatie tot zich te nemen onrealistisch hoog, ook zijn de transparantievereisten niet streng en specifiek genoeg. De weg die iemand moet afleggen om aan de hand van informatie een geïnformeerde keuze te kunnen maken, kent meerdere hobbels (zie eerder par. 9.2.2.1).

⁸²⁹ Zie bijvoorbeeld: Seizov, Wulf & Luzak 2019, p. 153-154.

⁸³⁰ HvJ EU 30 april 2014, ECLI:EU:C:2014:282, r.o. 73-74 (*Kásler*). Zie verder: Hijma 2016, p. 49-50; Schmitz & Pavillon 2020, p. 192-195.

Door alleen de abstracte eis te stellen dat informatie duidelijk en begrijpelijk moet zijn, hetgeen inhoudt dat de gemiddelde consument daardoor de consequenties van zijn keuze kan voorzien, is het onrealistisch om te verwachten dat die weg volledig gerepareerd wordt. Sterker nog: onderzoek dat Van Boom samen met anderen heeft uitgevoerd naar het effect van informatie over het gebruik van gepersonaliseerde productprijzen, illustreert dat een informatieplicht zelfs een tegengesteld effect kan hebben als er geen strenge en specifieke transparantievereisten gelden. Daaruit blijkt namelijk dat een bepaalde formulering van de informatie dat de productprijzen gepersonaliseerd zijn, de intentie van een consument om een product te kopen zelfs kan vergroten.⁸³¹ Om concreter te kunnen toetsen of informatie duidelijk en begrijpelijk is, stellen Schmitz en Pavillon het gebruik van zogeheten leesbaarheidstesten voor.⁸³² Aan de hand van bepaalde criteria wordt dan vastgesteld of informatie duidelijk en begrijpelijk is. Schmitz en Pavillon hebben zelf een dergelijke test ontwikkeld om de duidelijkheid en begrijpelijkheid van algemene voorwaarden vast te stellen, maar die blijkt niet accuraat te functioneren. Hoge testcores correleren daarbij namelijk niet met het begrip van consumenten van algemene voorwaarden.⁸³³

Het tweede kritiekpunt op de huidige transparantievereisten is dat daarmee nog te veel aan het idee wordt vastgehouden dat het informatieparadigma in ere hersteld kan worden, waardoor alternatieven voor informatieplichten niet snel genoeg worden overwogen en toegepast.⁸³⁴ Net zoals 'de overtuiging dat informatieverstrekking een soort haarlemmerolie is'⁸³⁵ onjuist is, is ook de overtuiging onjuist dat het informatieparadigma in ere hersteld kan worden door transparantievereisten. Dat 'information disclosure has to move from a full disclosure approach to an optimal disclosure approach'⁸³⁶ betekent ook dat moet worden onderkend dat de bescherming die informatieplichten kunnen bieden minder groot is dan voorheen gedacht werd (zie eerder par. 5.3.3). Het is vaak onmogelijk om bij informatieplichten dergelijke precieze en strenge eisen te stellen dat informatie vrijwel gegarandeerd succesvol wordt overgedragen.⁸³⁷ Het is daarom belangrijk dat als blijkt dat een informatieplicht niet het gewenste effect heeft, dan snel genoeg wordt overwogen om bijvoorbeeld een sturende nudge toe te passen. Dat het vaak onmogelijk is om aan informatieplichten dergelijke precieze en strenge eisen te stellen dat informatie vrijwel gegarandeerd succesvol wordt overgedragen, blijkt overigens niet altijd duidelijk uit empirisch

831 Van Boom e.a. 2020, p. 331-351.

832 Schmitz & Pavillon 2020, p. 191-200.

833 Schmitz & Pavillon 2020, p. 195-200.

834 Sibony 2021, p. 124.

835 Van Boom 2020, p. 60.

836 Esposito 2017, p. 196. Zie verder voor een overzicht van Europese initiatieven die hierbij aansluiten: Seizov, Wulf & Luzak 2019, p. 157.

837 De Jager 2018, p. 277-279.

onderzoek naar het effect van het inkorten en versimpelen van informatie, aangezien dat vaak gecontroleerde experimenten zijn waarbij er slechts één variabele is. Van Boom stelt daarover het volgende:

‘Zou men het effect willen onderzoeken van vereenvoudiging van tekstniveau in informatieoverdracht, dan is het in een zuiver experimentele opzet gebruikelijk om respondenten aan kleinere hoeveelheden tekst bloot te stellen, zodat cognitieve uitputting wordt voorkomen. Ook komt het voor dat de verschillen in kwaliteit van de tekst worden uitvergroot: “enorm moeilijk” tegenover “enorm makkelijk”. Het moge duidelijk zijn dat als men onder die omstandigheden “in het laboratorium” een effect vindt van de vereenvoudiging van tekstniveau op de gerapporteerde begrijpelijkheid, de waarde van die bevinding in een beleidscontext minimaal is. In de echte wereld worden teksten niet zomaar van “enorm moeilijk” omgezet in “enorm makkelijk”, bijvoorbeeld omdat de tekst dan te lang wordt of te weinig precies.’⁸³⁸

9.3 ANDERSOORTIGE INFORMATIE ZICHTBAAR MAKEN

9.3.1 *Inleiding*

De meeste informatieplichten leggen sterkere partijen de verplichting op om zwakkere partijen te informeren over de kenmerken van een product of dienst, de voorwaarden waaronder gecontracteerd wordt, de rechten van de zwakkere partij, en de (contact)gegevens van de sterkere partij (zie eerder par. 4.5.2.1). Onderzoek toont aan dat ook andersoortige informatie zwakkere partijen kan beschermen, te weten: meta-informatie (par. 9.3.2) en gebruiksinformatie (par. 9.3.3).

9.3.2 *Meta-informatie*

Meta-informatie is informatie over de informatie die wordt geboden. Verschillende soorten meta-informatie kunnen iemand aanzetten tot het lezen van – meer – informatie. Zo wordt informatie vaker gelezen als daarbij vermeld wordt hoelang het ongeveer duurt om de informatie te lezen,⁸³⁹ en als vermeld wordt dat het de laatste mogelijkheid is om informatie te lezen voordat een definitieve keuze moet worden gemaakt.⁸⁴⁰ Door meta-infor-

838 Van Boom 2016, p. 98. Zie tevens: Vasas 2022, p. 9-11.

839 BIT 2019b, p. 20-21. Zie tevens: Elshout e.a. 2016, p. 68.

840 BIT 2019b, p. 22-23; BIN NL 2021, p. 116-118.

matie te communiceren kan in potentie bescherming worden geboden tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit om informatie te lezen, en zo indirect ook tegen een gebrek aan informatie.

9.3.3 Gebruiks informatie

Gebruiks informatie (*use-pattern information*) is informatie over hoe personen producten of diensten – dienen te – gebruiken.⁸⁴¹ Bar-Gill en Ferrari maken onderscheid tussen vier soorten gebruiks informatie. Ten eerste onderscheiden zij informatie over passend gebruik, hetgeen informatie is over hoe producten en diensten gebruikt moeten worden.⁸⁴² Een voorbeeld hiervan zijn instructies voor het dragen van een helm. Ten tweede onderscheiden zij informatie die de kenmerken van een product verduidelijkt aan de hand van gemiddeld gebruik.⁸⁴³ Een voorbeeld hiervan is informatie over hoe vaak een telefoon gemiddeld kan worden opgeladen met een powerbank. Dergelijke informatie stelt iemand beter in staat om te beoordelen of een product aansluit bij zijn wensen dan bijvoorbeeld enkel technische informatie over de batterij die in de powerbank zit. Ten derde onderscheiden Bar-Gill en Ferrari informatie over gemiddeld gebruik door anderen.⁸⁴⁴ Denk bijvoorbeeld aan informatie over hoe vaak personen gemiddeld een claim indienen bij een verzekeraar en welk schadebedrag zij gemiddeld uitgekeerd krijgen.⁸⁴⁵ Dergelijke informatie kan een persoon helpen met het maken van een inschatting van het economisch nut van een verzekering. Ten vierde onderscheiden Bar-Gill en Ferrari informatie over individueel gebruik, hetgeen informatie is over hoeveel een persoon zelf ergens gebruik van maakt.⁸⁴⁶ Denk bijvoorbeeld aan informatie over hoeveel iemand gemiddeld per maand belt, hetgeen hem kan helpen bij het uitkiezen van een nieuw telefoonabonnement.

In de Verenigde Staten zijn verschillende onderzoeken verricht naar het effect van informatie over gemiddeld gebruik en individueel gebruik op de aflossing van een creditcardlening. Daaruit blijkt dat consumenten eerder hun creditcardlening aflossen als zij geïnformeerd worden over hoeveel zij per maand moeten aflossen om de lening in drie jaar af te kunnen lossen.⁸⁴⁷ Uit een in Nederland uitgevoerd vignettenonderzoek blijkt daarnaast

841 Bar-Gill & Ferrari 2010, p. 94-95.

842 Bar-Gill & Ferrari 2010, p. 103-106.

843 Bar-Gill & Ferrari 2010, p. 106-109. Zie verder: Mertens, Hahnel & Brosch 2020, p. 25-46.

844 Bar-Gill & Ferrari 2010, p. 109-111. Deze vorm van gebruiks informatie kan overlappen met een sociale-normnudge, maar onderscheidt zich tegelijkertijd daarvan omdat die niet als doel heeft een keuze naar een bepaalde optie te sturen. Zie verder par. 10.3.

845 Zie verder: Riley & Taha 2019, p. 285-308.

846 Bar-Gill & Ferrari 2010, p. 111-112.

847 Salisbury 2014, p. 49-64; Agarwal e.a. 2015, p. 111-164.

dat door informatie te verstrekken over hoelang anderen gemiddeld doen over de aflossing van een lening consumenten verstandigere leenbeslissingen nemen.⁸⁴⁸ Verder zijn er verschillende onderzoeken waaruit blijkt dat inzicht in individueel gebruik een persoon kan helpen met zijn gedrag afstemmen op zijn eigen wensen. Zo blijkt dat realtime inzicht in energieverbruik personen helpt met het verminderen van energieverbruik.⁸⁴⁹

Door sterkere partijen te verplichten om gebruiksinformatie te communiceren kan in potentie bescherming worden geboden tegen een gebrek aan informatie, voor zover nieuwe informatie gecommuniceerd wordt, en tegen verschillende gebreken aan cognitieve capaciteit. Namelijk: tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit om te bepalen welke optie aansluit bij eigen wensen, tegen het bestaan van *present bias* – de neiging van personen om te focussen op de korte termijn (kosten) – en tegen het bestaan van overmatig optimisme – de neiging van personen om uit te gaan van goede kansen.⁸⁵⁰

9.4 EEN HERINNERING

9.4.1 *Inleiding*

Een herinnering (*reminder*) is een voorbeeld van een keuzebeïnvloedingstechniek die als nudgetechniek als het ware nieuw leven is ingeblazen. Gedragswetenschappelijke inzichten wijzen namelijk op verschillende, relatief nieuwe manieren waarop een herinnering kan worden toegepast en waardoor het effect daarvan kan worden vergroot (par. 9.4.2). De twee soorten herinneringen die er zijn, kunnen op verschillende manieren worden toegepast ter bescherming van zwakkere partijen (par. 9.4.3).

9.4.2 *Een herinnering als nudge*

Een herinnering brengt informatie opnieuw onder de aandacht. Een herinnering onderscheidt zich van een informatieplicht omdat die in beginsel geen nieuwe informatie communiceert.⁸⁵¹ Er zijn twee soorten herinneringen: herinneringen die een persoon helpen om – op het juiste moment – in actie te komen, en herinneringen die een persoon helpen om de juiste keuze te maken. Twee voorbeelden van herinneringen die een persoon hel-

848 Braspenning 2017, p. 310.

849 Zie bijvoorbeeld: Jessoe & Rapson 2014, p. 1417-1438.

850 Braspenning 2017, p. 172.

851 Münscher, Vetter & Scheuerle 2016, p. 519. Mede vanwege de vaak *one-size-fits-all* toepassing van herinneringen kan het voorkomen dat een persoon eerder niet op de hoogte was van de informatie waaraan hij herinnerd wordt. Strikt genomen is er dan geen sprake van een herinnering.

pen om – op het juiste moment – in actie te komen, zijn: een herinnering aan een tandartsafspraak en een herinnering aan het feit dat een abonnement binnenkort afloopt of juist automatisch wordt verlengd.⁸⁵² Een voorbeeld van een herinnering die een persoon helpt met de juiste optie kiezen, is het nogmaals onder de aandacht brengen van de criteria op basis waarvan een keuze gemaakt moet worden.⁸⁵³

Doorgaans zijn voor het effect van een herinnering twee factoren van belang: de timing ervan en de manier waarop die gecommuniceerd wordt. Qua timing is het van belang dat een persoon eraan herinnerd wordt in actie te komen nog voordat het te laat is om in actie te komen, maar ook niet veel eerder dan dat. Een persoon kan verder het best worden herinnerd aan de criteria op basis waarvan hij een keuze moet maken, vlak voordat hij de keuze maakt. Met de juiste timing kan een simpele herinnering al effect hebben. Onderzoek dat Haynes samen met anderen heeft uitgevoerd in Engeland toont bijvoorbeeld aan dat meer personen hun openstaande boete betalen als zij daar per sms aan herinnerd worden.⁸⁵⁴ Het effect van een herinnering kan echter worden vergroot door de herinnering op een bepaalde manier te communiceren. Zo blijkt uit het onderzoek van Haynes en collega's tevens dat als personen bij naam worden aangeschreven zij eerder hun openstaande boete betalen,⁸⁵⁵ en blijkt uit onderzoek van Hallsworth en anderen dat een sociale norm het effect van een herinnering vergroot.⁸⁵⁶ De sociale norm die zij hebben onderzocht, is 'nine out of ten people pay their tax on time'.⁸⁵⁷

9.4.3 *De toepassing van herinneringen ter bescherming van een zwakkere partij*

In lijn met het onderscheid tussen de twee soorten herinneringen kunnen herinneringen op twee verschillende manieren worden toegepast ter bescherming van een zwakkere partij. Ten eerste kan een zwakkere partij in situaties waarin zij in actie moet komen of het in haar belang zou kunnen zijn om dat te doen, daaraan worden herinnerd. Denk bijvoorbeeld aan de herinnering dat een contract bijna afloopt of juist automatisch verlengd wordt, en de herinnering dat een bedenktijd bijna verstrijkt. Dergelijke herinneringen kunnen zwakkere partijen beschermen tegen *inertia*, hetgeen in juridische zin kwalificeert als een gebrek aan cognitieve capaciteit. Ten tweede kunnen zwakkere partijen worden

852 Zie verder: Guy e.a. 2012, p. 614-632. Zie voor een meta-analyse over herinneringen bij inname van medicijnen: Vervloet e.a. 2012, p. 696-704.

853 Karlan e.a. 2016, p. 3393-3411.

854 Haynes e.a. 2013, p. 718-730.

855 Haynes e.a. 2013, p. 718-730.

856 Hallsworth e.a. 2017, p. 14-31.

857 Hallsworth e.a. 2017, p. 17.

beschermd door hen te herinneren aan informatie die relevant is voor de keuze die zij maken, hetgeen in het huidige recht tot op zekere hoogte al gebeurt. Artikel 6:230l sub e BW bepaalt dat een handelaar een consument bij een overeenkomst, anders dan op afstand of buiten de verkooppriimte, moet herinneren aan het recht op conformiteit. Een andere denkbare toepassing van een herinnering aan informatie die relevant is om een keuze te maken, is een zwakkere partij nogmaals wijzen op het risico van een keuzeoptie. Op die manier kan in potentie bescherming worden geboden tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit om informatie te onthouden en op het juiste moment te gebruiken. Omdat een dergelijke herinnering nauw verwant is aan een informatieplicht – en zich daarvan zelfs niet onderscheidt als een zwakkere partij eerder ergens niet van op de hoogte was – moet ook het effect daarvan niet worden overschat (zie eerder par. 9.2.3)

9.5 ACTIEF VRAGEN OM EEN KEUZE TE MAKEN

9.5.1 *Inleiding*

Een nudgetechniek die enige verwantschap vertoont met een herinnering is actief vragen om een keuze te maken – ook wel *active choosing*, *prompted choice* en gedwongen wilsbepaling genoemd.⁸⁵⁸ Actief vragen om een keuze te maken houdt in dat een persoon op een bepaald moment gevraagd wordt om een keuze te maken (par. 9.5.2). Zo kan in potentie bescherming worden geboden tegen *inertia* en onder bepaalde voorwaarden ook tegen onoplettendheid. Voorts kan actief vragen om een keuze te maken in potentie ook worden toegepast ter indirecte bescherming van zwakkere partijen. De vraag is echter of het voordeel daarvan opweegt tegen de nadelen daarvan (par. 9.5.3).

9.5.2 *Actief vragen om een keuze te maken als nudgetechniek*

Het maken van een keuze vergt doorgaans een bepaalde handeling. Iemand die een doorlopend abonnement wil opzeggen, dient bijvoorbeeld zijn wederpartij daarvan op de hoogte te stellen. Ter voorkoming van dat iemand geen keuze maakt, terwijl het wel in zijn belang is om dat te doen, kan hem actief worden gevraagd een keuze te maken. Een voorbeeld dat Sunstein hiervan geeft, is een nieuwe werknemer bij aanvang van zijn dienstverband vragen om een keuze te maken over zijn pensioen.⁸⁵⁹ Als hij dat niet doet, kunnen daaraan consequenties worden verbonden. Zo wijst Sunstein op de mogelijkheid om een nieuwe werknemer pas te laten beginnen met werken, nadat hij een pensioenkeuze heeft

858 Münscher, Vetter & Scheuerle 2016, p. 517; Van Boom 2017, p. 103.

859 Sunstein 2014b, p. 3.

gemaakt.⁸⁶⁰ Een onderzoek dat Carroll samen met anderen heeft uitgevoerd bij een groot Amerikaans bedrijf illustreert het effect dat actief vragen om een keuze te maken kan hebben.⁸⁶¹ Uit dat onderzoek blijkt dat 28% meer werknemers ervoor koos om voor hun pensioen te sparen toen zij bij aanvang van hun dienstverband gevraagd werden binnen dertig dagen een pensioenkeuze te maken, dan toen hun dat niet gevraagd werd en werknemers enkel de mogelijkheid hadden om voor hun pensioen te sparen. In dat veldexperiment waren er geen consequenties aan verbonden als een werknemer geen keuze maakte.

9.5.3 *De toepassing van actief vragen om een keuze te maken ter bescherming van een zwakkere partij*

Door actief te vragen om een keuze te maken kan allereerst bescherming worden geboden tegen *inertia*, hetgeen in juridische zin kwalificeert als een gebrek aan cognitieve capaciteit. Zo zouden consumenten kunnen worden beschermd tegen stilzwijgende verlenging van een abonnement, niet alleen door de maandelijks opzegbaarheid daarvan te verplichten (artikel 6:236 sub j BW), maar ook door de aanbieder te verplichten om voor verlenging van het abonnement de consument te vragen of hij het abonnement wil verlengen of niet.⁸⁶² Op basis van het financieel toezichtrecht geldt voor verzekeraars reeds een dergelijke verplichting, namelijk de zogeheten activatieplicht bij beleggingsverzekeringen die zijn aangegaan voor 1 januari 2013. Die plicht houdt in dat een verzekeraar zich aantoonbaar moet inspannen om zijn cliënt een weloverwogen keuze te laten maken over voortzetting, wijziging of stopzetting van zijn beleggingsverzekering (artikel 81b lid 1 BGfo).

Ten tweede kan door actief te vragen om een keuze te maken in potentie ook bescherming worden geboden tegen onoplettendheid. Door een sterkere partij bijvoorbeeld te verplichten bij een bepaald contractueel beding actief te vragen of de zwakkere partij daarmee akkoord gaat – ook wel *active consent* genoemd⁸⁶³ –, kan mogelijk worden voorkomen dat alleen onoplettendheid, hetgeen zowel door een gebrek aan cognitieve capaciteit als door een gebrek aan weerstand veroorzaakt kan worden, de reden is dat zij het beding in kwestie aanvaardt. Er moet voor de zwakkere partij dan echter wel daadwerkelijk een keuze uit verschillende opties zijn. Er mag geen sprake zijn van een adhesiecontract, waarbij een zwakkere partij enkel kan kiezen tussen het bezwarende beding aanvaarden en anders niet contracteren. In dat geval moet namelijk bescherming worden geboden tegen een gebrek

⁸⁶⁰ Sunstein 2014b, p. 3.

⁸⁶¹ Carroll e.a. 2009, p. 1648-1651.

⁸⁶² Zie verder over dergelijke abonnementen: Kovač & Vandenberghe 2015, p. 287-313.

⁸⁶³ Sunstein 2016, p. 132.

aan onderhandelingspositie in plaats van tegen onoplettendheid (zie eerder par. 4.4.2). Voorts mag deze toepassing van actief vragen om een keuze enkel spaarzaam worden gebruikt. Als te vaak om *active consent* wordt gevraagd, kan instemming namelijk haar betekenis verliezen. Volgens een aantal auteurs is dit bijvoorbeeld al het geval bij *active consent* voor het gebruik van cookies op websites.⁸⁶⁴

Ten derde kan actief vragen om een keuze te maken in potentie ook voor de indirecte bescherming van zwakkere partijen worden toegepast. Daarvoor pleit Karampatzos.⁸⁶⁵ Hij is voorstander van het *mandated-choice model*, hetgeen erop neerkomt dat zwakkere partijen actief wordt gevraagd welke mate van bescherming zij willen. Als voorbeelden daarvan geeft hij een consument zelf laten bepalen of hij een bedenktijd wil of niet, en hem zelf laten bepalen hoeveel garantie hij wil bij de koop van een product.⁸⁶⁶ De voordelen van het *mandated-choice model* zijn volgens hem dat zwakkere partijen niet meer beschermd worden dan zij zelf nodig achten, en dat zij ook niet indirect hoeven te betalen voor bescherming die zij niet nodig hebben.⁸⁶⁷ De vraag is echter of deze voordelen opwegen tegen het risico van indirecte bescherming. Zo zou de financiële prikkel die ontstaat om voor geen of weinig bescherming te kiezen ertoe kunnen leiden dat zwakkere partijen kiezen voor minder bescherming dan zij daadwerkelijk nodig hebben. De toepassing van een standaardoptie bij de indirecte bescherming van een zwakkere partij ligt daarom meer voor de hand (zie verder par. 10.2.3.3).

9.6 EEN KEUZEHULPMIDDEL

9.6.1 Inleiding

Een keuzehulpmiddel helpt een persoon met het kiezen van de optie die aansluit bij zijn eigen wensen. Een keuzehulpmiddel onderscheidt zich van andere nudgetechnieken doordat voor toepassing daarvan altijd enige inbreng is vereist van de persoon die genudged wordt.⁸⁶⁸ Er zijn twee soorten keuzehulpmiddelen die als nudge kwalificeren: keuzehulpmiddelen die een persoon helpen een keuze niet te laten beïnvloeden door irrelevant-

864 Schermer, Custers & Van der Hof 2014, p. 171-182.

865 Karampatzos 2020, p. 76-82.

866 Karampatzos 2020, p. 85-119.

867 Karampatzos 2020, p. 98.

868 Fagerlin e.a. 2013, p. 1. Overigens beschouwen Münscher, Vetter en Scheuerle keuzehulpmiddelen niet als een aparte categorie nudgetechnieken. Zie: Münscher, Vetter & Scheuerle 2016, p. 514-520. De recent toegevoegde aandacht voor het gebruik van keuzehulpmiddelen rechtvaardigt echter een aparte behandeling van deze categorie nudgetechnieken.

te factoren (par. 9.6.2), en keuzehulpmiddelen die een persoon helpen zijn situatie of wensen in kaart te brengen en soms ook een keuzeoptie aanbevelen (par 9.6.3).

9.6.2 De consider-the-opposite strategy en de elaborate strategy

Een persoon kan worden geholpen zijn keuze niet te laten beïnvloeden door irrelevante factoren door het gebruik van de *consider-the-opposite strategy* te faciliteren.⁸⁶⁹ Concreet houdt dit in dat een persoon gevraagd wordt om redenen te bedenken waarom zijn keuze of oordeel onjuist zou kunnen zijn. Door dat te doen kan de invloed van *framing*-effecten, *confirmation bias*, *overconfidence*, overmatig optimisme en het ankereffect worden tegengegaan.⁸⁷⁰ Zo blijkt uit onderzoek dat Cheng samen met anderen heeft uitgevoerd dat consumenten zich in een webwinkel minder laten beïnvloeden door de *attribute framing* van een product als zij vier alternatieven voor het product in kwestie moeten bedenken.⁸⁷¹ Voorts blijkt uit onderzoek naar de vraag hoe het ankereffect van de maximale leennormen bij hypothecair krediet kan worden tegengegaan, dat drie verschillende varianten van de *consider-the-opposite strategy* daarbij van nut kunnen zijn. Dat zijn: een variant waarbij respondenten zelf argumenten moeten aandragen waarom het onverstandig zou zijn om voor het maximale hypotheekbedrag te kiezen, een variant waarbij respondenten daarvoor relevante argumenten uit een lijst van mogelijk relevante argumenten moeten kiezen, en een variant waarbij mogelijk relevante argumenten slechts worden weergegeven.⁸⁷² Deze laatste variant leidde overigens in een grootschaliger onderzoek tot wisselende resultaten: sommige respondenten kozen daardoor voor een lager hypotheekbedrag, terwijl andere daardoor juist eerder persoonlijk hypotheekadvies negeerden.⁸⁷³ Vergelijkbaar met de *consider-the-opposite strategy* is de *elaborate strategy*, hetgeen inhoudt dat personen gevraagd wordt hun keuze met redenen toe te lichten.⁸⁷⁴ Ook daardoor kan in potentie de invloed van onder meer het ankereffect worden tegengegaan, maar de *elaborate strategy* heeft vaak minder effect dan de *consider-the-opposite strategy* en kan zelfs een tegengesteld effect hebben.⁸⁷⁵ Door het gebruik van de *consider-the-opposite strategy* en – eventueel ook – de *elaborate strategy* te faciliteren kunnen zwakkere partijen worden beschermd tegen de invloed die *framing*-effecten, *confirmation bias*, *overconfidence* en het ankereffect kunnen hebben op contractuele keuzes. Als op die psychologische fenomenen wordt ingespeeld door een sterkere partij, wordt op die manier bescherming geboden tegen een ge-

869 Zie met verdere verwijzingen: Cheng, Wu & Lin 2014, p. 58; Nagtegaal e.a. 2020, p. 567-568.

870 Nagtegaal e.a. 2020, p. 567-568.

871 Cheng, Wu & Lin 2014, p. 56-63.

872 Elsen e.a. 2020, p. 37.

873 Elsen e.a. 2020, p. 73.

874 Cheng, Wu & Lin 2014, p. 58.

875 Cheng, Wu & Lin 2014, p. 56-63. Zie verder: Christensen & Moynihan 2020, p. 1-22.

brek aan weerstand. Anders wordt op die manier bescherming geboden tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit.

9.6.3 *Keuzehulpmiddelen die een persoon helpen met zijn eigen wensen of situatie in kaart brengen*

Er zijn ook keuzehulpmiddelen die een persoon helpen met zijn situatie of wensen in kaart brengen en soms ook een optie aanbevelen. Een voorbeeld hiervan is een *fast and frugal tree*, een beslisboom waarbij een gesloten vraag wordt gesteld en één antwoord daarop de beste keuzeoptie aanduidt en het andere antwoord leidt tot een gesloten vervolgvraag.⁸⁷⁶ Uit onderzoek blijkt dat het gebruik van dergelijke beslisbomen weinig cognitieve capaciteit vergt en tot een betere beoordeling van een situatie kan leiden.⁸⁷⁷ Een dergelijk keuzehulpmiddel kan in potentie worden toegepast ter bescherming van een zwakkere partij die (globale) eigen wensen heeft, maar het vanwege een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit of een gebrek aan psychologische weerstand niet lukt om een keuze te maken die daarbij aansluit.⁸⁷⁸

9.7 ZELFNUDGING

9.7.1 *Inleiding*

Een persoon kan een nudgetechniek of een andere keuzebeïnvloedingstechniek ook op zichzelf toepassen, hetgeen zelfnudging wordt genoemd.⁸⁷⁹ Hoewel zelfnudging op zichzelf geen eenduidige nudgetechniek is, kan het faciliteren van zelfnudging wel iemand helpen met het uitoefenen van zelfcontrole. Onderscheid kan worden gemaakt tussen zelfnudging in enge zin en zelfnudging in ruime zin (par. 9.7.2). Zelfnudging heeft waarschijnlijk echter weinig relevantie voor de bescherming van zwakkere partijen (par. 9.7.3).

876 Gigerenzer 2004, p. 81-82. Zie verder: Phillips e.a. 2017, p. 344-368.

877 Green & Mehr 1997, p. 219-226.

878 Een vraag die bij de toepassing van beide soorten keuzehulpmiddelen kan spelen, is in hoeverre het gebruik ervan verplicht kan worden gesteld, hetgeen zou betekenen dat zwakkere partijen niet voor een bepaalde optie mogen kiezen zonder eerst gebruik te hebben gemaakt van het keuzehulpmiddel in kwestie. Als het verplicht is een keuzehulpmiddel te gebruiken, is in principe nog steeds sprake van een nudge zolang zwakkere partijen de uitkomst van een keuzehulpmiddel ook mogen negeren.

879 Tiemeijer & Anderson 2014, p. 138.

9.7.2 *Zelfnudging in enge zin en zelfnudging in ruime zin*

Van zelfnudging in enge zin is sprake als een persoon een nudgetechniek op zichzelf toepast.⁸⁸⁰ Zo kan iemand een keuzeoptie zelf zo *framen* dat die minder aantrekkelijk wordt, zodat hij minder snel voor die optie kiest.⁸⁸¹ Een nudgetechniek die iemand enkel op zichzelf kan toepassen, is een implementatie-intentie.⁸⁸² Om gewoonten af te leren of nieuwe gewoonten aan te leren kan een persoon zich voornemen hoe hij in een bepaalde situatie zal handelen. Zo zou iemand om meer fruit te eten zich kunnen voornemen om als hij in de bus terug van werk zit, een banaan te eten. Door een dergelijke implementatie-intentie worden niet alleen situaties om de gewenste handeling te verrichten eerder herkend, ook zorgt de ‘als, dan’-structuur daarvan ervoor dat het initiatief om het gewenste gedrag te vertonen bij een situatie ligt en niet bij iemand zelf.⁸⁸³ Uit een meta-analyse van Gollwitzer en Sheeran blijkt dat implementatie-intenties gemiddeld een middelgroot effect hebben.⁸⁸⁴

Van zelfnudging in ruime zin is sprake als een persoon een keuzebeïnvloedingstechniek op zichzelf toepast. Welke keuzebeïnvloedingstechniek daarvoor wordt gebruikt, maakt niet uit. Dat kan een verbod zijn, maar bijvoorbeeld ook een financiële prikkel. Het meest klassieke voorbeeld van zelfnudging in ruime zin is Odysseus die zich aan de mast van zijn schip liet vastbinden ter bescherming tegen de sirenen.⁸⁸⁵ Een hedendaags voorbeeld van zelfnudging in ruime zin is een gokverslaafde die zichzelf verbiedt om naar het casino te gaan. Idealiter kan een dergelijk zelfopgelegd verbod extern worden gehandhaafd, bijvoorbeeld doordat een gokverslaafde zichzelf op de zwarte lijst van een casino kan zetten.⁸⁸⁶ Ondanks dat de keuzevrijheid van de gokverslaafde dan beperkt wordt, is er wel sprake van (zelf)nudging, omdat hij het verbod zichzelf heeft opgelegd.

9.7.3 *De beperkte relevantie van zelfnudging voor de bescherming van een zwakkere partij*

Door zelfnudging te faciliteren, bijvoorbeeld door een zelfopgelegd verbod te handhaven of kennis te delen over implementatie-intenties, kunnen zwakkere partijen in potentie worden beschermd als zij beperkte zelfcontrole hebben, hetgeen in juridische zin kwalificeert als bescherming tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit of een gebrek aan weer-

880 Reijula & Hertwig 2020, p. 1-31.

881 Zie voor meer voorbeelden: Reijula & Hertwig 2020, p. 6-7.

882 Adriaanse e.a. 2011, p. 503.

883 Adriaanse e.a. 2011, p. 503.

884 Gollwitzer & Sheeran 2006, p. 92.

885 Homerus 2012, p. 528-538.

886 Thaler & Sunstein 2008, p. 233.

stand. Vooralsnog worden zwakkere partijen in het contractenrecht echter niet of nauwelijks beschermd tegen beperkte zelfcontrole. Denkbaar is wel dat als een sterkere partij contractueel een zwakkere partij ertoe verplicht om bepaald gedrag te vertonen, dan de sterkere partij ook de plicht kan hebben om zelfnudging te faciliteren. De toepassing van zelfnudging ter bescherming van zwakkere partijen is aldus in potentie mogelijk, maar ligt niet vaak voor de hand.

9.8 DEBIASING-NUDGES EN COUNTER-NUDGES

9.8.1 Inleiding

Een andere manier om een persoon te helpen om zelf een keuze te maken die op zichzelf geen eenduidige nudgetechniek is, betreft de toepassing van *debiasing*-nudges en *counter*-nudges (par. 9.8.2). *Debiasing*-nudges en *counter*-nudges kunnen in potentie bescherming bieden tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand (par. 9.8.3).

9.8.2 *Debiasing-nudges en counter-nudges: kenmerken*

Een *debiasing*-nudge gaat de invloed van een *bias* op een keuze tegen door een keuze weg te sturen van de optie waarnaar de bias hem stuurt.⁸⁸⁷ Door in te spelen op het ankereffect kan bijvoorbeeld in potentie de invloed van overmatig optimisme worden tegengegaan. Een *debiasing*-nudge stelt een persoon beter in staat om zelf een keuze te maken, omdat die ervoor zorgt dat zijn keuze niet wordt beïnvloed door een *bias*. Als specifiek de invloed van een *evil*-nudge (zie eerder par. 6.2.3) wordt tegengewerkt, is sprake van een *counter*-nudge.⁸⁸⁸ Een voorbeeld van een *counter*-nudge die in het huidige recht reeds wordt toegepast, is het eerder besproken verbod om als handelaar instemming met aanvullende dienstverlening af te leiden uit een standaardoptie (artikel 6:230j BW; zie eerder par. 4.4.5). Ook een *counter*-nudge stelt een persoon beter in staat om zelf een keuze te maken, omdat zijn keuze daardoor mogelijk niet beïnvloed wordt door een *evil*-nudge.

887 Hacker 2017a, p. 209.

888 Esposito 2018, p. 46.

9.8.3 De toepassing van debiasing-nudges en counter-nudges ter bescherming van een zwakkere partij

Met *debiasing*-nudges en *counter*-nudges kan in potentie bescherming worden geboden tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit om een keuze niet door een *bias* te laten beïnvloeden, en tegen een gebrek aan weerstand tegen handelspraktijken waarbij op een *bias* wordt ingespeeld of een *evil*-nudge wordt toegepast. Ondanks dat *debiasing*-nudges en *counter*-nudges op zichzelf sturende nudges zijn, stellen zij uiteindelijk een persoon beter in staat om zelf een keuze te maken. Het kan echter onduidelijk zijn of een nudge een *debiasing*-nudge of *counter*-nudge is, of dat een nudge eigenlijk een keuze naar of weg van een bepaalde optie stuurt. Het is evident dat een verbod voor een handelaar om instemming met aanvullende dienstverlening af te leiden uit een standaardoptie een *counter*-nudge is (artikel 6:230j BW). Geen gebondenheid aan aanvullende dienstverlening is namelijk de situatie waarin personen zich normaliter bevinden. Dat is echter niet altijd evident. Om onderscheid te maken tussen enerzijds *debiasing*-nudges en *counter*-nudges en anderzijds nudges die een keuze naar of weg van een bepaalde optie sturen, kan worden aangehouden dat er sprake is van een *debiasing*-nudge of *counter*-nudge als het evident is dat de optie waarnaar een keuze gestuurd wordt, de optie is die de uitgangspositie zou zijn geweest als een keuze niet door een *bias* of *evil*-nudge zou zijn beïnvloed. Als dat niet evident is of daarover twijfel bestaat, is er sprake van een sturende nudge, waarvoor meer toepassingsvoorwaarden gelden dan voor nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken.

9.9 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is de vraag beantwoord in welke situaties en tegen welke zwakheden nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken, in potentie bescherming kunnen bieden. Geconcludeerd kan worden dat door informatie in te korten en te versimpelen informatieoverdracht kan worden verbeterd. Op die manier kan bescherming worden geboden tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand om een geïnformeerde keuze te maken, en indirect daardoor ook tegen een gebrek aan informatie. De bescherming die door informatie in te korten en te versimpelen kan worden geboden, moet echter niet worden overschat. Door meta-informatie te communiceren – informatie over de informatie die wordt geboden – kan bescherming worden geboden tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit om informatie te lezen, en indirect ook tegen een gebrek aan informatie. Door gebruiksinformatie te communiceren – informatie over gemiddeld gebruik, over gemiddeld gebruik door anderen of over individueel gebruik – kan bescherming worden geboden tegen een gebrek aan informatie en tegen verschillende soorten

van gebrek aan cognitieve capaciteit. Een herinnering kan een zwakkere partij beschermen tegen *inertia* als die haar eraan herinnert om – op tijd – in actie te komen, hetgeen in juridische zin niet alleen kan kwalificeren als bescherming tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit, maar ook als bescherming tegen een gebrek aan weerstand. Een herinnering kan daarnaast in potentie een zwakkere partij beschermen tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit om informatie te onthouden en op het juiste moment te gebruiken, en zo indirect ook tegen een gebrek aan informatie, als die haar op het juiste moment aan relevante informatie doet denken. Door een zwakkere partij actief te vragen om een keuze te maken kan bescherming worden geboden tegen *inertia* en onoplettendheid. Beide zwakheden kwalificeren in juridische zin als een gebrek aan cognitieve capaciteit of een gebrek aan weerstand. Voorts kan een zwakkere partij indirect worden beschermd door haar actief te vragen welke mate van bescherming zij wenst. Het voordeel daarvan weegt echter waarschijnlijk niet op tegen de nadelen daarvan. Door het gebruik van de *consider-the-opposite strategy* en *elaborate strategy* te faciliteren kunnen zwakkere partijen worden beschermd tegen de invloed die *framing*-effecten, *confirmation bias*, *overconfidence* en het anker-effect op contractuele keuzes kunnen hebben, waardoor bescherming wordt geboden tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit of een gebrek aan weerstand. *Fast and frugal trees* kunnen worden toegepast ter bescherming van een zwakkere partij die (globale) eigen wensen heeft, maar het vanwege een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit of een gebrek aan psychologische weerstand niet lukt om een keuze te maken die daarbij aansluit. Met zelfnudging kan in potentie bescherming worden geboden tegen beperkte zelfcontrole, hetgeen in juridische zin niet alleen als bescherming tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit, maar ook als bescherming tegen een gebrek aan weerstand kan kwalificeren. Zelfnudging heeft waarschijnlijk echter weinig relevantie voor de bescherming van zwakkere partijen. Tot slot kunnen *debiasing*-nudges en *counter*-nudges zwakkere partijen helpen om zelf een keuze te maken, doordat zij kunnen beletten dat irrelevante factoren van invloed zijn op hun keuzes. Zij kunnen op die manier bescherming bieden tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand.

10 NUDGES DIE EEN KEUZE NAAR OF WEG VAN EEN BEPAALDE OPTIE STUREN

10.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk wordt aan de hand van een literatuuronderzoek in kaart gebracht in welke situaties en waartegen sturende nudges in potentie bescherming kunnen bieden.⁸⁸⁹ Terwijl nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken, bescherming kunnen bieden tegen verschillende specifieke soorten van gebrek aan cognitieve capaciteit en gebrek aan weerstand, en indirect soms ook tegen een gebrek aan informatie (zie hoofdstuk 9), kunnen sturende nudges in potentie bescherming bieden tegen een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand in het algemeen. Sturende nudges kunnen dat door een keuze te sturen naar een optie die aansluit bij eigen wensen of het meest verstandig is, en door een keuze weg te sturen van een optie die niet aansluit bij eigen wensen of onverstandig is. In welke situaties sturende nudges dat kunnen, wordt in dit hoofdstuk in kaart gebracht door achtereenvolgens in te gaan op het hanteren van een standaardoptie (par. 10.2), het communiceren van een sociale norm (par. 10.3), het aanpassen van de presentatie van informatie of een keuze(optie) (par. 10.4) en het inspelen op het feit dat mensen gevolgen hyperbolisch verdisconteren (par. 10.5). Dit hoofdstuk sluit af met een conclusie (par. 10.6).

10.2 EEN STANDAARDOPTIE

10.2.1 Inleiding

Een standaardoptie (*default*) is een vooraf geselecteerde optie die een persoon automatisch kiest als hij geen andere optie kiest. Besluit hij een andere optie te kiezen, dan kiest hij voor een *opt-out*. Er zijn verschillende soorten standaardopties en standaardopties kunnen op verschillende wijzen een keuze beïnvloeden (par. 10.2.2). Standaardopties kunnen zwakkere partijen in potentie zowel direct als indirect beschermen (par. 10.2.3).

⁸⁸⁹ Dat gebruik wordt gemaakt van een literatuuronderzoek betekent dat wordt vastgesteld welke bescherming in potentie kan worden geboden door nudges die een persoon helpen zelf een keuze te maken. Nader empirisch onderzoek is vereist om vast te stellen of de nudges ook in de beoogde context het gewenste effect hebben. Zie eerder: par. 8.4.

10.2.2 Een standaardoptie als nudge

Er bestaan verschillende soorten standaardopties.⁸⁹⁰ Een voor dit onderzoek relevant onderscheid is dat tussen zachte en harde standaardopties.⁸⁹¹ Van een zachte standaardoptie is sprake als een standaardoptie wordt toegepast in een door de genudgede persoon zelf geïnitieerd keuzeprocess. Denk bijvoorbeeld aan een reeds aangevinkte optie, een vooraf ingevuld tekstvlak of een vooraf ingestelde schuifbalk bij een keuze omtrent het eigen risico van een telefoonverzekering. Zachte standaardopties helpen iemand door als het ware een optie aan te bevelen. Van een harde standaardoptie is sprake als een standaardoptie wordt toegepast zonder dat de genudgede persoon een daaraan gerelateerd initiatief heeft genomen. Denk bijvoorbeeld aan automatische deelname aan een pensioenregeling en automatische donorregistratie.⁸⁹² Harde standaardopties worden doorgaans toegepast als iemand zelf geen keuze maakt, vanwege bijvoorbeeld *inertia* of onoplettendheid.

Uit een meta-analyse die Jachimowicz samen met anderen heeft uitgevoerd, blijkt dat standaardopties gemiddeld een middelgroot effect hebben,⁸⁹³ en het effect van standaardopties gemiddeld het grootst is bij consumentenbeslissingen.⁸⁹⁴ In de literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen drie factoren die het effect van standaardopties kunnen verklaren.⁸⁹⁵ De eerste factor is gemak. Aangezien niets doen minder moeite kost dan kiezen voor een *opt-out*, kan een persoon geneigd zijn zagezegd te kiezen voor de standaardoptie. De tweede factor is de impliciete aanbeveling die uit een standaardoptie blijkt. Jachimowicz en collega's stellen dat: 'the more decision-makers believe that the default reflects a trusted recommendation, the more effective the default is likely to be.'⁸⁹⁶ De derde factor is de invloed die *loss aversion* en het *endowment*-effect kunnen hebben op een keuze (zie eerder par. 5.2.2.3). Door de toepassing van een standaardoptie heeft de genudgede persoon als het ware al voor een optie gekozen. Omdat kiezen voor een *opt-out* betekent dat wordt afgeweken van de door de standaardoptie gecreëerde *status quo*, kan iemand dat beschouwen als een verlies – van bezit – en daarom onbewust meewegen in zijn beslissing. Uit de metastudie die Jachimowicz samen met anderen heeft uitgevoerd, blijkt dat het effect van standaardopties niet alleen kan worden verklaard door de impliciete aanbeveling

890 Johnson & Goldstein 2013, p. 423-424.

891 Zijlstra, De Bresser & Knoef 2020, p. 21.

892 Thaler & Benartzi 2004, p. 168-169; Thaler & Sunstein 2008, p. 175-182. Zie verder: Johnson & Goldstein 2003, p. 1338-1339.

893 Jachimowicz e.a. 2019, p. 164.

894 Jachimowicz e.a. 2019, p. 171.

895 Jachimowicz e.a. 2019, p. 172-173. Zie verder: Sunstein 2014a, p. 17-24; Van Gestel, Adriaanse & De Ridder 2020b, p. 4-5.

896 Jachimowicz e.a. 2019, p. 172.

die uit een standaardoptie blijkt, maar ook door *loss aversion* en het *endowment*-effect.⁸⁹⁷ Uit die metastudie blijkt daarnaast dat *inertia* geen significant effect heeft op de invloed van een standaardoptie, hetgeen betekent dat daardoor waarschijnlijk niet het effect van standaardopties kan worden verklaard.⁸⁹⁸

10.2.3 De toepassing van een standaardoptie ter bescherming van een zwakkere partij

10.2.3.1 Inleiding

In zekere zin worden standaardopties in het contractenrecht reeds toegepast. Aanvullend recht is een standaardoptie omdat het bepaalt aan welke contractsinhoud contractspartijen gebonden zijn als zij zelf niets anders afspreken (zie eerder par. 8.3.4.2). De ratio van aanvullend recht is echter anders dan de ratio van een standaardoptie als nudge. Aanvullend recht bestaat om een economische reden, namelijk transactiekosten voorkomen. Een standaardoptie als nudge heeft daarentegen als doel een keuze naar of weg van een bepaalde optie sturen. Zo kan een standaardoptie zwakkere partijen zowel direct (par. 10.2.3.2) als indirect (par. 10.2.3.3) beschermen.

10.2.3.2 Directe toepassing van een standaardoptie

Een standaardoptie beschermt zwakkere partijen direct als die een keuze stuurt naar de optie die aansluit bij hun eigen wensen of het meest verstandig is, zodat die keuze niet wordt beïnvloed door een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit of een gebrek aan weerstand. Zo kan bij een verzekering, ter voorkoming van overschatting van het nut van een laag eigen risico, het hoogste eigen risico als standaardoptie worden aangewezen (zie verder par. 13.5.7.3). Hoewel een standaardoptie in theorie ook kan worden toegepast om een keuze weg te sturen van een bepaalde optie door een andere optie aan te wijzen als de standaardoptie, ligt dat in de praktijk vaak niet voor de hand. Daarvoor moet namelijk worden vastgesteld welke optie dan moet worden aangewezen als de standaardoptie. Als er meer dan twee keuzeopties zijn, leidt dat automatisch tot de vraag welke optie aansluit bij eigen wensen of het meest verstandig is, en als dat kan worden vastgesteld, kan een keuze uiteindelijk beter naar die optie gestuurd worden.

⁸⁹⁷ Jachimowicz e.a. 2019, p. 171-174.

⁸⁹⁸ Jachimowicz e.a. 2019, p. 171-174. Opgemerkt moet worden dat Jachimowicz en zijn collega's de onderzoeken gecodeerd hebben op basis van hun soms vermoedelijke werkingsmechanismen, omdat de vraag welke werkingsmechanismen een rol spelen niet altijd onderdeel was van de experimenten die zij hebben geanalyseerd. Enige voorzichtigheid ten aanzien van de conclusie dat *inertia* niet van invloed is op het effect van standaardopties is daarom geboden. Zie verder: Van Gestel, Adriaanse & De Ridder 2020b, p. 5.

Als een standaardoptie wordt toegepast voor de directe bescherming van een zwakkere partij, dient in ogenschouw te worden genomen dat doorgaans alleen zachte standaardopties kunnen worden toegepast. In theorie kan een harde standaardoptie een zwakkere partij beschermen die bijvoorbeeld door *inertia* verzuimt om te contracteren, terwijl dat wel in haar belang is. Een harde standaardoptie kan haar dan beschermen door ervoor te zorgen dat zij automatisch contracteert, tenzij zij aangeeft dat niet te willen – een positieve toepassing van *inertia selling*.⁸⁹⁹ Gezien de toepassingsvoorwaarden die gelden voor sturende nudges is het echter onwaarschijnlijk dat dergelijke harde standaardopties legitiem zijn. Allereerst zouden zij een groot deel van de eigen verantwoordelijkheid van zwakkere partijen ontnemen om zelf te bepalen of, waarover en met wie zij contracteren. Een dergelijke uitzondering op eigen verantwoordelijkheid als uitgangspunt van het contractenrecht is niet snel gerechtvaardigd (zie eerder par. 4.7.3.3). Daarnaast roept de toepassing van een harde standaardoptie de vraag op met wie een zwakkere partij dan automatisch dient te contracteren. Niet alleen is het onwaarschijnlijk dat dit kan worden vastgesteld door te onderzoeken of de meerderheid van zwakkere partijen een bepaalde wederpartij zou kunnen aanvaarden als de beste wederpartij (zie eerder par. 8.3.5), ook zou dat betekenen dat dan van overheidswege bepaald wordt wie met wie contracteert. Dat zou op gespannen voet staan met het ideaal van een vrije markt waarin contractspartijen tot elkaar komen op basis van vraag en aanbod (zie eerder par. 3.3.3). Bij zachte standaardopties spelen deze problemen niet, omdat die per definitie slechts worden toegepast nadat een zwakkere partij eerst zelf interesse heeft getoond in het aanbod van een sterkere partij.

10.2.3.3 Indirecte toepassing van een standaardoptie

Om te voorkomen dat zwakkere partijen te veel beschermd worden en zij indirect moeten betalen voor bescherming die zij niet nodig hebben, kan hun worden gevraagd welke mate van bescherming zij wensen (zie eerder par. 9.5.3). Het risico daarvan is echter dat zij voor minder bescherming kunnen kiezen dan zij nodig hebben, bijvoorbeeld omdat zij hun eigen capaciteiten overschatten of zij zich laten (ver)leiden door de financiële prikkel om voor weinig of geen bescherming te kiezen.⁹⁰⁰ Om dat risico te beperken, maar zwakkere partijen wel zelf te laten kiezen hoeveel zij beschermd worden, kunnen standaardopties worden toegepast ter indirecte bescherming. Een standaardoptie biedt dan een zwakkere partij bescherming bij de keuze omtrent hoeveel bescherming zij wil. Zo stelt Van Dyck voor om bij bepaalde financiële beslissingen de standaardoptie te hanteren dat een consument professioneel financieel advies inwint.⁹⁰¹

899 Zie verder over *inertia selling*: Asser/Hijma 7-I 2019/275.

900 Zie verder over zelfoverschatting: Moore & Healy 2008, p. 502-517.

901 Van Dyck 2010, p. 102. Zie tevens: Tereszkiewicz 2016, p. 169-196.

10.3 EEN SOCIALE-NORMNUDGE

10.3.1 Inleiding

Een nudgetechniek die steeds meer aandacht krijgt, is de sociale-normnudge.⁹⁰² De toepassing van een sociale-normnudge houdt in dat de keuzes die anderen maken of de normen die zij onderschrijven zichtbaar worden gemaakt, zodat iemand zijn keuze daarop afstemt (par. 10.3.2). Bij de toepassing van een sociale-normnudge ter bescherming van een zwakkere partij moet in het bijzonder in ogenschouw worden genomen dat sociale-normnudges een tegengesteld effect kunnen hebben als zij verkeerd worden toegepast (par. 10.3.3).

10.3.2 Een sociale norm als nudge

Omdat de beperkte cognitieve capaciteit van mensen het doorgaans niet toelaat dat zij alle keuzeopties tegen elkaar afwegen, stemmen zij regelmatig hun keuzes af op die van anderen – ook wel het *bandwagon*-effect en *herd behavior* genoemd.⁹⁰³ Onder het motto ‘when in doubt, follow the crowd’⁹⁰⁴ doen zij dat met name wanneer zij niet (specifiek) weten wat zij willen of waar zij hun keuze op moeten baseren.⁹⁰⁵ Daarnaast zijn personen ook geneigd zich aan sociale normen te committeren vanwege het belang dat zij hechten aan sociale relaties en de goedkeuring van anderen.⁹⁰⁶ Sociale-normnudges spelen in op allebei deze ‘*human motivations*’.⁹⁰⁷ Zij bestaan doorgaans uit twee elementen: een beschrijving van een keuzeoptie en een beschrijving van hoeveel personen die optie (niet) kiezen of vinden dat die (niet) moet worden gekozen.⁹⁰⁸ Als beschreven wordt hoeveel personen een bepaalde optie (niet) kiezen, is sprake van een empirische verwachting.⁹⁰⁹ Een voorbeeld van een empirische verwachting is de informatie dat 75% van de hotelgasten zijn handdoek hergebruikt.⁹¹⁰ Als beschreven wordt hoeveel personen vinden dat een optie (niet) moet worden gekozen, is sprake van een normatieve verwachting.⁹¹¹ Een voorbeeld daarvan is de informatie dat 75% van de hotelgasten vindt dat handdoeken moeten wor-

902 Zie bijvoorbeeld: Van der Linden 2018, p. 207-217. Zie tevens: Cialdini, Martin & Goldstein 2015, p. 24-31; Bicchieri & Dimant 2019, p. 1-22.

903 Howard 2019, p. 21-56.

904 Venema 2020, p. 71.

905 Cialdini, Martin & Goldstein 2015, p. 22-23.

906 Cialdini, Martin & Goldstein 2015, p. 23-24. Zie verder: Elster 2011, p. 195-217.

907 Cialdini, Martin & Goldstein 2015, p. 26. Zie verder: Cialdini & Goldstein 2004, p. 591-621.

908 Bicchieri & Dimant 2019, p. 5.

909 Bicchieri & Dimant 2019, p. 5.

910 Goldstein, Cialdini & Griskevicius 2008, p. 472-482.

911 Bicchieri & Dimant 2019, p. 5.

den hergebruikt. Daarnaast kan ook een veranderde verwachting worden beschreven als een keuze gestuurd moet worden naar een optie die steeds meer personen (niet) kiezen.⁹¹² Een voorbeeld daarvan is de informatie dat steeds meer hotelgasten hun handdoek hergebruiken. Een sociale-normnudge kan een keuze zowel naar een bepaalde optie sturen als weg van een bepaalde optie. Gecommunicerd kan worden waarvoor anderen kiezen of vinden dat moet worden gekozen, maar ook waarvoor anderen niet kiezen of vinden dat niet moet worden gekozen. Bij een sociale-normnudge kan het zogeheten referentienetwerk, de groep van personen naar wiens keuzes of opvattingen verwezen wordt, verder variëren. Zo kan bijvoorbeeld worden vermeld dat 75% van de hotelgasten zijn handdoek hergebruikt, maar ook dat 75% van de hotelgasten die in dezelfde hotelkamer verbleven, zijn handdoek heeft hergebruikt.

Sociale-normnudges kunnen (zeer) effectief zijn.⁹¹³ Het hiervoor gebruikte voorbeeld van het percentage hotelgasten dat zijn handdoek hergebruikte, bleek in een studie die Goldstein samen met anderen heeft uitgevoerd bijvoorbeeld effectiever dan de boodschap dat het hergebruiken van handdoeken beter is voor het milieu.⁹¹⁴ Het effect van een sociale-normnudge is van verschillende factoren afhankelijk. Als daarmee onvoldoende rekening wordt gehouden, kan een sociale-normnudge ook geen effect hebben of zelfs een tegengesteld effect. Een factor die het effect van een sociale-normnudge beïnvloedt, is allereerst de aard van de keuze die genudged wordt.⁹¹⁵ Belangrijk is dat personen de keuzes die anderen maken als referentie gebruiken. Dit is meestal het geval als het om een complexe keuze gaat of als sociale acceptatie door anderen een rol speelt bij de keuze in kwestie. Ook bij bepaalde simpelere keuzes – zoals het hergebruiken van handdoeken – kunnen sociale-normnudges echter effect hebben. Een andere factor die het effect van een sociale-normnudge beïnvloedt, is de gecommunicerde verwachting. Empirische verwachtingen hebben doorgaans meer effect dan normatieve verwachtingen.⁹¹⁶ Als een empirische en normatieve verwachting niet met elkaar overeenstemmen, kan het zelfs zo zijn dat een normatieve verwachting geen effect heeft. Stel, gecommunicerd wordt dat de meerderheid van de bewoners van een wijk tegen zwerfafval is, maar er ligt in die wijk wel veel zwerfafval. In dat geval is het onwaarschijnlijk dat een normatieve verwachting veel effect zal hebben.⁹¹⁷ Een andere factor die in ogenschouw moet worden genomen, is dat ongewenst gedrag door een sociale-normnudge niet genormaliseerd wordt. Zo bleek in een onderzoek dat Schultz samen met anderen heeft uitgevoerd dat huishoudens die min-

912 Sparkman, Howe & Walton 2021, p. 537-540.

913 Bicchieri & Dimant 2019, p. 8. Zie verder: Cialdini & Goldstein 2004, p. 591-621.

914 Goldstein, Cialdini & Griskevicius 2008, p. 472-482.

915 Bicchieri & Dimant 2019, p. 4.

916 Bicchieri & Dimant 2019, p. 4.

917 Bicchieri & Dimant 2019, p. 3.

der energie gebruiken dan gemiddeld door een sociale-normnudge die een empirische verwachting communiceerde, juist meer energie gingen gebruiken.⁹¹⁸ Ter voorkoming van een dergelijk tegengesteld effect kan naast een empirische verwachting ook een normatieve verwachting worden gecommuniceerd. Een factor die tot slot ook van invloed is op het effect van een sociale-normnudge, is het referentienetwerk waarnaar verwezen wordt. Als een persoon geen belang hecht aan de keuzes of verwachtingen van het referentienetwerk – hij identificeert zich daar bijvoorbeeld niet mee – heeft een sociale-normnudge vaak weinig effect.⁹¹⁹ Hoe meer iemand zich met het referentienetwerk identificeert, des te effectiever is de sociale-normnudge doorgaans. In het onderzoek dat Goldstein samen met anderen heeft uitgevoerd naar het hergebruik van handdoeken bleek de sociale-normnudge bijvoorbeeld effectiever toen gecommuniceerd werd dat 75% van de hotelgasten die in dezelfde hotelkamer hadden verbleven, zijn handdoek had hergebruikt, dan toen gecommuniceerd werd dat 75% van de hotelgasten dat had gedaan.⁹²⁰

10.3.3 *De toepassing van sociale-normnudges ter bescherming van een zwakkere partij*

Sociale-normnudges kunnen worden toegepast om de keuze van een zwakkere partij naar of weg van een bepaalde optie te sturen. Omdat sociale-normnudges met name een effect hebben als personen niet precies weten wat zij willen, kan een sociale-normnudge in hoofdzaak bescherming bieden als zwakkere partijen geen (sterke) eigen wensen hebben. Zo zou een sociale-normnudge kunnen worden toegepast om een consument zonder een sterke voorkeur voor een risicovol beleggingsproduct voor een ander beleggingsproduct te laten kiezen (zie verder par. 11.5.7.4). Bij de toepassing van een sociale-normnudge moeten twee aspecten in het bijzonder in ogenschouw worden genomen. Ten eerste kan een sociale-normnudge slechts worden toegepast als de inhoud daarvan overeenstemt met wat anderen daadwerkelijk doen of vinden. De keuzes van zwakkere partijen worden anders namelijk op basis van onwaarheden gestuurd, hetgeen niet alleen om morele redenen bezwaarlijk zou zijn, maar ook – als uitkomt dat onwaarheden worden gecommuniceerd – het effect van een sociale-normnudge kan ondermijnen. Ten tweede moet in ogenschouw worden genomen dat, zoals reeds vermeld, een sociale-normnudge ook een tegengesteld effect kan hebben. Bij een sociale-normnudge is het daarom in het bijzonder van belang dat empirisch wordt onderzocht of de beoogde nudge ook in de context in kwestie de gewenste bescherming biedt (zie eerder par. 8.4.3). Bicchieri en Dimant benadrukken het bijzondere belang daarvan als volgt: '[C]ompared to other traditional nudges,

918 Schultz e.a. 2007, p. 433.

919 Bicchieri & Dimant 2019, p. 8-9.

920 Goldstein, Cialdini & Griskevicius 2008, p. 477.

norm-nudges require a different and nuanced approach in order to be effective, and failing to do so will doom the intervention to failure.⁹²¹

10.4 DE PRESENTATIE VAN INFORMATIE EN DE KEUZE(OPTIES)

10.4.1 Inleiding

De presentatie van zowel informatie als een keuze(optie) kan door in te spelen op het *framing*-effect, het ankereffect, of een ander effect een keuze naar of weg van een bepaalde optie sturen (par. 10.4.2). Die nudgetechnieken kunnen op verschillende manieren worden toegepast ter bescherming van zwakkere partijen (par. 10.4.3).

10.4.2 De presentatie van informatie en een keuze(optie) als nudge

10.4.2.1 Drie soorten *framing*-nudges

Een keuze kan allereerst naar of weg van een bepaalde optie worden gestuurd door in te spelen op het *framing*-effect. Van dit effect is sprake als verschillende formuleringen van informatie die logisch equivalent zijn, leiden tot een andere beoordeling van de keuzeopties.⁹²² In de literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen *risky-choice framing*, *attribute framing* en *goal framing*.⁹²³ Van *risky-choice framing* kan sprake zijn bij een keuze tussen een zekere optie en een onzekere optie.⁹²⁴ Personen kiezen eerder voor de onzekere optie als die zo is geformuleerd dat daardoor een zeker verlies kan worden vermeden, dan als die zo is geformuleerd dat daardoor een onzeker voordeel kan worden behaald. Een bekend voorbeeld van het effect dat *risky-choice framing* kan hebben, is het zogeheten *Asian disease problem*.⁹²⁵ Het *Asian disease problem* is een experiment waarbij Tversky en Kahneman personen de volgende vraag hadden voorgelegd:

‘Imagine that the U.S. is preparing for the outbreak of an unusual Asian disease, which is expected to kill 600 people. Two alternative programs to combat

921 Bicchieri & Dimant 2019, p. 2.

922 Kühberger 2017, p. 79. Zie verder uitgebreid over de verschillende definities van *framing*: Sher & McKenzie 2011, p. 35-63. In deze paragraaf wordt alleen aandacht besteed aan *framing* in enge zin. Zie over *framing* in ruime zin, hetgeen elke manier is om informatie anders te presenteren zodat een keuze gestuurd wordt: par. 10.4.2.3. Zie verder over het onderscheid tussen *framing* in enge zin en *framing* in ruime zin: Krüger, Vogel & Wänke 2017, p. 355.

923 Levin, Schneider & Gaeth 1998, p. 152-178.

924 Levin, Schneider & Gaeth 1998, p. 152-158. Zie tevens: Kühberger 2017, p. 84-85; Krüger, Vogel & Wänke 2017, p. 350-351.

925 Tversky & Kahneman 1981, p. 453.

the disease have been proposed. Assume that the exact scientific estimate of the consequences of the programs are as follows: If Program A is adopted, 200 people will be saved. If Program B is adopted, there is 1/3 probability that 600 people will be saved, and 2/3 probability that no people will be saved. Which of the two programs would you favor?⁹²⁶

Een aantal andere personen stelden Tversky en Kahneman dezelfde vraag, maar dan met de volgende twee opties:

‘If Program C is adopted 400 people will die. If Program D is adopted there is 1/3 probability that nobody will die, and 2/3 probability that 600 people will die.’⁹²⁷

Van de personen die optie A en B kregen voorgelegd, koos 72% voor optie A en 28% voor optie B. Hoewel optie C en D logisch equivalent zijn aan optie A en B, koos van de personen die optie C en D kregen voorgelegd slechts 22% voor optie C en maar liefst 78% voor optie D.⁹²⁸ Uit een meta-analyse van Kühberger en anderen over *risky-choice framing* blijkt dat de grootte van dit *framing*-effect onder meer afhangt van het voordeel en de onzekerheid in kwestie.⁹²⁹ Hoe groter het voordeel is dat behaald kan worden, des te risicoaverser zijn personen doorgaans, en hoe meer onzekerheid er is, des te eerder zijn personen geneigd – afhankelijk van de gebruikte *framing* – juist wel of niet voor de onzekere optie te kiezen.

Van *attribute framing* kan sprake zijn als een kenmerk zowel positief als negatief geformuleerd kan worden.⁹³⁰ Als een kenmerk positief wordt geformuleerd, waarderen personen dat kenmerk eerder positief dan wanneer hetzelfde kenmerk negatief geformuleerd wordt. Een bekend voorbeeld van *attribute framing* is dat patiënten optimistischer zijn over de kans van slagen van een operatie als hun wordt medegedeeld dat die kans 90% is, dan wanneer hun wordt medegedeeld dat de kans dat de operatie mislukt 10% is.⁹³¹ Een ander bekend onderzoek dat verricht is naar *attribute framing* – dat eerder al is aangehaald (par. 5.2.2.5) – toont aan dat consumenten de kwaliteit van biefstuk hoger inschatten als vermeld wordt dat die 75% vetvrij is, dan als vermeld wordt dat die 25% vet bevat.⁹³²

926 Tversky & Kahneman 1981, p. 453.

927 Tversky & Kahneman 1981, p. 453.

928 Tversky & Kahneman 1981, p. 453.

929 Kühberger, Schulte-Mecklenbeck & Perner 1999, p. 219-223.

930 Levin, Schneider & Gaeth 1998, p. 158-167. Zie verder: Kühberger 2017, p. 80; Krüger, Vogel & Wänke 2017, p. 351-352.

931 Wilson, Kaplan & Schneiderman 1987, p. 53-55.

932 Levin & Gaeth 1988, p. 374-378.

Van *goal framing* kan sprake zijn als de consequenties van een keuze als een voordeel kunnen worden weergegeven, maar ook als een nadeel.⁹³³ Personen kiezen eerder voor een bepaalde optie als daardoor een nadeel kan worden voorkomen, dan als daardoor een voordeel kan worden behaald. Zo stappen consumenten waarschijnlijk eerder over van energieleverancier als benadrukt wordt dat zij bij hun huidige energieleverancier onnodig veel betalen, dan als benadrukt wordt dat zij geld kunnen besparen door over te stappen.⁹³⁴

10.4.2.2 Ankernudges

Om een keuze naar of weg van een bepaalde optie te sturen kan ook worden ingespeeld op het ankereffect (*anchoring effect*). Van het ankereffect is sprake als een persoon zijn oordeel of keuze sterker laat beïnvloeden door een – doorgaans numerieke – waarde dan dat daar een goede reden voor is.⁹³⁵ Illustratief voor het ankereffect zijn de resultaten van een experiment dat Tversky en Kahneman hebben uitgevoerd.⁹³⁶ Voor dat experiment vroegen zij een aantal personen in te schatten hoeveel procent van de landen van de Verenigde Naties zich op het Afrikaanse continent bevindt. Voordat die personen op die vraag antwoord gaven, werd hun gevraagd aan een rad te draaien met daarop de getallen 0 tot en met 100. Het rad was zo in elkaar gezet dat het enkel stopte bij de getallen 10 en 65. Gemiddeld schatten de personen bij wie het rad op 10 stopte het percentage Afrikaanse landen op 24%, terwijl dat bij de personen bij wie het rad op 65 stopte 45% was. Dit experiment illustreert het robuuste effect dat ankers kunnen hebben.⁹³⁷ Er bestaan verschillende verklaringen voor het ankereffect.⁹³⁸ Een veelgebruikte verklaring is dat personen een anker, bewust of onbewust, gebruiken als referentieniveau en vervolgens hun keuze of oordeel onvoldoende bijstellen.⁹³⁹ Een andere invloedrijke verklaring is dat een anker informatie activeert die daarmee in overeenstemming is.⁹⁴⁰ Een hoge strafeis activeert volgens deze theorie bijvoorbeeld bij een rechter informatie die in lijn is met de strafeis, waardoor hij geneigd is daarin mee te gaan. Een relatief recent ontwikkelde verklaring is dat personen door ankers een andere schaal gebruiken voor het maken van een keuze of inschatting.⁹⁴¹ Uit onderzoek blijkt dat deze verschillende verklaringen voor het ankereffect in

933 Levin, Schneider & Gaeth 1998, p. 167-178. Zie verder: Kühberger 2017, p. 83-84; Krüger, Vogel & Wänke 2017, p. 352-353.

934 Krüger, Vogel & Wänke 2017, p. 352.

935 Furnham & Boo 2011, p. 35. Zie tevens: Tversky & Kahneman 1974, p. 1128-1130; Dhami 2016, p. 1370-1375.

936 Tversky & Kahneman 1974, p. 1128.

937 Zie verder over het robuuste effect van ankers: Furnham & Boo 2011, p. 35-36; Dhami 2016, p. 1373; Bahnik, Englich & Strack 2017, p. 225-226.

938 Furnham & Boo 2011, p. 37. Zie verder: Bahnik, Englich & Strack 2017, p. 229-236; Elsen e.a. 2020, p. 9-10.

939 Tversky & Kahneman 1974, p. 1128-1130. Zie verder: Furnham & Boo 2011, p. 37.

940 Mussweiler & Strack 1999, p. 136-164.

941 Frederick & Mochon 2012, p. 124-133.

hoofdzak verschillende manieren beschrijven waarop het van invloed kan zijn.⁹⁴² Hoewel uit onderzoek verder blijkt dat het effect van het ankereffect per persoon kan verschillen, is het nog onduidelijk welke persoonskenmerken van invloed zijn op het ankereffect.⁹⁴³ Voorts tonen verschillende onderzoeken aan dat een waarschuwing voor het ankereffect het effect daarvan niet tegengaat, maar er zijn ook enkele onderzoeken waaruit het tegendeel blijkt.⁹⁴⁴

Door in te spelen op het ankereffect kunnen keuzes naar of weg van bepaalde opties worden gestuurd. Illustratief is een experiment van de AFM naar keuzes over de hoogte van krediet. Daaruit blijkt dat consumenten lagere leenbedragen kiezen als enkel het minimale leenbedrag wordt weergegeven en niet ook het maximale leenbedrag.⁹⁴⁵ Dit resultaat ligt in lijn met het resultaat van een onderzoek dat is uitgevoerd door de Dienst Uitvoering Onderwijs. Daaruit blijkt dat studenten minder geld gingen lenen toen het maximale leenbedrag niet meer standaard in beeld werd gebracht bij de vraag hoeveel geld zij wilden lenen, omdat dat bedrag als anker functioneerde.⁹⁴⁶

10.4.2.3 De presentatie van keuzeopties

Ook keuzeopties kunnen op verschillende manieren zo gepresenteerd worden dat zij een keuze naar of weg van een bepaalde optie sturen. Zo zorgt het *center-stage*-effect ervoor dat personen geneigd zijn de optie te kiezen die in het midden staat. Als personen bijvoorbeeld de keuze hebben uit drie verschillende maten frisdrankbekers zijn zij geneigd de beker te kiezen die in het midden staat, ook al is dat niet de middelgrote optie.⁹⁴⁷ Nauw verwant aan het *center-stage*-effect is het *compromise*-effect. Dit effect verwijst naar het gegeven dat personen een afkeer hebben van extremen en daarom geneigd zijn de optie te kiezen die bijvoorbeeld in kwaliteit of prijs in het midden ligt.⁹⁴⁸ In een experiment dat Simonson en Tversky hebben uitgevoerd, werden twee fotocamera's, waarvan de een goedkoper was dan de ander, even vaak gekozen.⁹⁴⁹ Toen vervolgens een duurdere derde optie werd toegevoegd, koos maar liefst 72% voor de fotocamera die in prijs in het midden lag. Als opties niet gerangschikt zijn op basis van kwaliteit of prijs, kan hiernaast het *primacy*-effect ervoor zorgen dat personen geneigd zijn voor de eerste optie te kiezen.⁹⁵⁰ Afhankelijk van de context kan het *primacy*-effect echter ook ervoor zorgen dat iemand ge-

942 Furnham & Boo 2011, p. 37-38.

943 Furnham & Boo 2011, p. 40; Elsen e.a. 2020, p. 10-11.

944 Zie verder met verdere verwijzingen: Elsen e.a. 2020, p. 12.

945 AFM 2015, p. 21.

946 BIN NL 2021, p. 77-79.

947 Venema e.a. 2019, p. 1-8.

948 Zamir & Teichman (red.) 2014, p. 83-85.

949 Simonson & Tversky 1992, p. 281-295.

950 Van Raaij 2016, p. 222-223.

neigd is te kiezen voor de optie die hij als laatste heeft gezien.⁹⁵¹ Het *decoy*-effect doet zich voor als de toevoeging van een inferieure optie ervoor zorgt dat personen eerder kiezen voor de optie die daarop lijkt en daaraan superieur is.⁹⁵² Voorts zorgt het *proximity*-effect ervoor dat personen geneigd zijn de optie te kiezen die dichtbij is.⁹⁵³ Een optie kan op verschillende manieren dichtbij zijn. Een optie kan fysiek dicht bij de persoon zijn die de keuze maakt, maar ook het meest in het oog springen of het meest voor het grijpen liggen. Een veldexperiment van Van Gestel en anderen toont aan dat personen in een stationskiosk eerder gezonde producten kopen als die dicht bij de kassa liggen.⁹⁵⁴ Uit een literatuuronderzoek van Bucher en anderen uit 2016 blijkt dat bij alle negen experimenten die tot dan toe verricht waren naar het stimuleren van gezonde voedselkeuzes door een zogeheten *proximity*-nudge, een positief effect gemeten werd.⁹⁵⁵

10.4.3 *De presentatie van informatie of een keuze(optie) aanpassen ter bescherming van een zwakkere partij*

Door sterkere partijen te verplichten om op een van de hiervoor beschreven wijzen een keuze naar of weg van een bepaalde optie te sturen kunnen zwakkere partijen worden beschermd. Wel moet daarbij ten eerste in ogenschouw worden genomen dat de effecten waarop ingespeeld kan worden om een keuze naar of weg van een bepaalde optie te sturen ook een reden kunnen zijn om zwakkere partijen te beschermen tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit of een gebrek aan weerstand. Het tegengaan van die effecten kan onder bepaalde voorwaarden kwalificeren als *debiasing*-nudging en *counter*-nudging, waarvoor minder toepassingsvoorwaarden gelden dan voor sturende nudges (zie eerder par. 9.8). Ten tweede moet in ogenschouw worden genomen dat het vaak sterk van de context afhangt of door de presentatie van informatie of een keuze(optie) daadwerkelijk gestuurd kan worden. Daardoor is het bij deze nudgetechnieken ook in het bijzonder van belang dat empirisch wordt onderzocht of de beoogde nudge ook in de context in kwestie de gewenste bescherming biedt (zie eerder par. 8.4.3).

951 Van Raaij 2016, p. 223.

952 Heath & Chatterjee 1995, p. 268.

953 Van Gestel, Adriaanse & De Ridder 2020a, p. 2.

954 Van Gestel, Kroese & De Ridder 2018, p. 800-809.

955 Bucher e.a. 2016, p. 2252-2263. Over de gemiddelde grootte van het effect konden geen uitspraken worden gedaan.

10.5 INSPELEN OP HET FEIT DAT PERSONEN GEVOLGEN HYPERBOLISCH VERDISCONTEREN

10.5.1 Inleiding

Door in te spelen op het feit dat personen gevolgen hyperbolisch verdisconteren, kan een keuze ook naar of weg van een bepaalde optie gestuurd worden (par. 10.5.2). Deze nudgetechniek kan ter bescherming van zwakkere partijen worden toegepast bij keuzes met langetermijngevolgen (par. 10.5.3).

10.5.2 Hyperbolisch verdisconteren

Personen hebben *intertemporal preferences*, hetgeen inhoudt dat zij de voorkeur hebben voor een direct voordeel in plaats van een voordeel dat zich pas later manifesteert. Dit komt door de onzekerheid die de toekomst met zich brengt. Zo stelt Bar-Gill: '[I]t is rational to discount future costs and benefits by the probability that they will never materialize.'⁹⁵⁶ Binnen de neoklassieke economie wordt aangenomen dat een constante beschrijft hoeveel groter het voordeel van een optie moet zijn waarvan de gevolgen zich pas later manifesteren, voordat iemand die optie kiest.⁹⁵⁷ Stel, iemand verkiest het verkrijgen van twee appels over een jaar en een week boven het verkrijgen van een appel over een jaar. Aangenomen wordt dat diegene dan ook ervoor kiest om over een week twee appels te ontvangen in plaats van vandaag een appel.⁹⁵⁸ Gedragwetenschappelijk onderzoek toont echter aan dat personen opties waarvan de gevolgen zich pas later manifesteren hyperbolisch verdisconteren, hetgeen inhoudt dat: 'the implicit discount rate over longer time horizons is lower than the implicit discount rate over shorter time horizons.'⁹⁵⁹ Iemand kiest daardoor eerder voor vandaag een appel dan voor twee appels over een week, ook al kiest hij tegelijkertijd ook voor twee appels over een jaar en een week in plaats van een appel over een jaar. Dat personen gevolgen hyperbolisch verdisconteren, zorgt ervoor dat zij *present-biased* zijn, hetgeen betekent dat zij geneigd zijn eerder te kiezen voor kleinere kortetermijnbeloningen dan voor grotere langetermijnbeloningen. Voorts heeft het uitstelgedrag tot gevolg. Daarover stellen Thaler en Benartzi: '[H]yperbolic agents procrastinate because they (wrongly) think that whatever they will be doing later will not be as

956 Bar-Gill 2012, p. 21.

957 Samuelson 1937, p. 155-161.

958 Thaler 1981, p. 201-202.

959 Frederick, Loewenstein & O'Donoghue 2002, p. 360. Zie verder: Loewenstein & Prelec 1992, p. 573-597; Urminsky & Zauberman 2015, p. 141-181; Ericson & Laibson 2019, p. 1-67.

important as what they are doing now.⁹⁶⁰ Op het feit dat personen gevolgen hyperbolisch verdisconteren, kan op verschillende manieren worden ingespeeld, zodat een keuze naar of weg van een bepaalde optie gestuurd wordt. Zo kunnen langetermijninvesteringen worden aangemoedigd door de kortetermijninvesteringen die daarvoor moeten worden gedaan zo klein mogelijk te maken. Uit onderzoek van Thaler en Benartzi blijkt bijvoorbeeld dat werknemers eerder ervoor kiezen om maandelijks een bedrag voor hun pensioen te sparen als zij daarmee niet direct hoeven te beginnen, maar pas bij hun volgende salarisverhoging.⁹⁶¹

10.5.3 *Inspelen op het feit dat personen gevolgen hyperbolisch verdisconteren ter bescherming van een zwakkere partij*

Door in te spelen op het feit dat personen gevolgen hyperbolisch verdisconteren, kunnen zwakkere partijen in potentie worden beschermd bij keuzes met langetermijngevolgen. Zo zou ter ontmoediging van een financieel risicovolle optie waarvan de gevolgen zich pas op de lange termijn manifesteren, de eis kunnen worden gesteld dat een bepaald geldbedrag moet worden gereserveerd om die optie te kunnen kiezen (zie verder par. 11.5.7.6). Zo heeft die keuze ook al direct negatieve kortetermijngevolgen.

10.6 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is de vraag beantwoord in welke situaties en waartegen sturende nudges bescherming kunnen bieden. Sturende nudges kunnen bescherming bieden tegen een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand in het algemeen, namelijk door een keuze te sturen naar de optie die aansluit bij eigen wensen of het meest verstandig is, en door een keuze weg te sturen van een optie die niet aansluit bij eigen wensen of onverstandig is. Een standaardoptie kan een keuze in beginsel slechts naar een bepaalde optie sturen. Bij de directe toepassing van een standaardoptie moet verder in ogenschouw worden genomen dat alleen zachte standaardopties kunnen worden toegepast. Een sociale-normnudge kan slechts worden toegepast als de sociale norm daadwerkelijk overeenstemt met wat anderen doen of vinden. Verder moet in ogenschouw worden genomen dat een sociale-normnudge ook een tegengesteld effect kan hebben, waardoor het bij deze nudgetechniek in het bijzonder van belang is om empirisch te onderzoeken of de beoogde nudge ook in de context in kwestie de gewenste bescherming biedt. Als de presentatie van informatie of een keuze(optie) wordt aangepast, kan als

960 Thaler & Benartzi 2004, p. 168.

961 Thaler & Benartzi 2004, p. 164-187.

aan bepaalde voorwaarden is voldaan sprake zijn van een *debiasing*-nudge of *counter*-nudge. Verder is het ook bij het aanpassen daarvan in het bijzonder van belang dat empirisch wordt onderzocht of de beoogde nudge in de context in kwestie de gewenste bescherming biedt. Tot slot kan op het feit dat personen gevolgen hyperbolisch verdisconteren, worden ingespeeld bij contractuele keuzes met langetermijngevolgen.

DEEL III
DE CASESTUDIES

11 NUDGING EN DE BIJZONDERE ZORGPLICHT VAN FINANCIËLE INSTELLINGEN BIJ COMPLEXE FINANCIËLE PRODUCTEN

11.1 INLEIDING

Het theoretisch kader dat in het tweede deel van dit onderzoek is ontwikkeld en aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of, en zo ja, op welke manier nudging kan worden toegepast ter bescherming van een zwakkere partij, wordt samengevat door het stroomschema (zie annex). Niet alleen ter illustrering van het theoretisch kader en het stroomschema, maar ook om concrete aanbevelingen te doen voor nudging ter bescherming van zwakkere partijen wordt in het derde deel van dit onderzoek de vraag beantwoord hoe nudging in een concrete situatie kan worden toegepast ter bescherming van een zwakkere partij (deelvraag VII). Daarvoor worden drie casestudies uitgevoerd. Dit hoofdstuk, de eerste casestudie, gaat over de privaatrechtelijke bijzondere zorgplicht van financiële instellingen bij complexe financiële producten (hierna: de bijzondere zorgplicht). Eerst wordt de juridische en maatschappelijke relevantie van dit onderwerp toegelicht (par. 11.2), niet alleen om de keuze voor dit onderwerp nader toe te lichten (zie eerder par. 1.5.8), maar ook om het verder te introduceren. Vervolgens wordt ingezoomd op het juridisch kader van de bijzondere zorgplicht (par. 11.3). Daarna wordt de vraag beantwoord waar er ruimte is voor verbetering van de bescherming die de bijzondere zorgplicht biedt (par. 11.4), en wordt aan de hand van het stroomschema (zie annex) onderzocht of die verbetering door nudging gerealiseerd kan worden (par. 11.5). Dit hoofdstuk sluit af met de conclusie dat een aantal nudgetechnieken in potentie een nieuwe invulling kan geven aan de bijzondere zorgplicht, maar dat nader empirisch onderzoek nodig is om vast te stellen of die nudgetechnieken daadwerkelijk de gewenste bescherming bieden (par. 11.6).

11.2 JURIDISCHE EN MAATSCHAPPELIJKE RELEVANTIE VAN DE BIJZONDERE ZORGPLICHT

De bijzondere zorgplicht van financiële instellingen is een in de jurisprudentie ontwikkelde abstracte gedragsnorm die bij met name complexe financiële beslissingen bescherming

biedt ‘tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht.’⁹⁶² Sinds de Hoge Raad in 1997 de bijzondere zorgplicht voor het eerst heeft toegepast, bestaat er in de juridische literatuur discussie over haar reikwijdte, (gewenste) effect en verhouding tot andere leerstukken en rechtsgebieden.⁹⁶³ Uit die discussie blijkt niet alleen dat de bijzondere zorgplicht opereert in een spanningsveld tussen het bieden van bescherming en het behouden van contractsvrijheid (zie eerder par. 4.7.2),⁹⁶⁴ maar ook dat voor effectieve(re) bescherming de beperkte cognitieve capaciteit van mensen in ogenschouw moet worden genomen.⁹⁶⁵ Over hoe dat kan worden gedaan terwijl tegelijkertijd recht wordt gedaan aan het beginsel van contractsvrijheid, bestaat discussie. Zo benadrukt Nieuwenhuis het belang van contractsvrijheid door te stellen dat een weigeringsplicht te veel eigen verantwoordelijkheid ontnemt en bovendien paternalistisch is.⁹⁶⁶ Du Perron stelt daarentegen dat een weigeringsplicht nodig kan zijn om voldoende bescherming te bieden. Daarbij verwijst hij naar gedragswetenschappelijke inzichten.⁹⁶⁷ In de literatuur wordt verder geopperd nudging toe te passen bij de bijzondere zorgplicht, omdat zo in potentie effectieve(re) bescherming kan worden geboden, terwijl tegelijkertijd contractsvrijheid behouden blijft.⁹⁶⁸ Busch spreekt zelfs de verwachting uit dat ‘recente ontwikkelingen op het gebied van nudging (...) in ieder geval op termijn zonder enige twijfel hun weerslag hebben op de bijzondere zorgplicht.’⁹⁶⁹ De vraag welke nieuwe invulling nudging precies aan de bijzondere zorgplicht kan geven, is echter nog onbeantwoord. Die vraag staat daarom in deze casestudie centraal.

Dat de bijzondere zorgplicht van financiële instellingen inmiddels door het financieel toezichtrecht, in de woorden van Cherednychenko, ‘een wat bescheidener rol in het normeren van gedrag van financiële dienstverleners’⁹⁷⁰ heeft gekregen, doet niet af aan de relevantie van bovengenoemde vraag. De rol die de bijzondere zorgplicht vervult, is weliswaar bescheidener geworden, maar niet minder belangrijk. De bijzondere zorgplicht zorgt ervoor dat, in de woorden van Broekhuizen, ‘de scherpe kantjes van het financiële toezicht-

962 Zie bijvoorbeeld: HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, r.o. 3.6.3, *NJ* 2005/103, m.nt. Du Perron (*Van Zuylen/Rabobank*).

963 De bijzondere zorgplicht werd voor het eerst aangenomen in: HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, *NJ* 1998/192, m.nt. Van Zeben (*Rabobank/Everaars*). Zie verder over de oorsprong van de bijzondere zorgplicht: De Vré 2014, p. 281-285; Janssen 2017, p. 132-135. Zie voor een overzicht van de omvang van de bijzondere zorgplicht en de discussies daarover: Busch 2020, p. 452-467.

964 Zie tevens: Jansen 2012, p. 512-527.

965 Zie bijvoorbeeld: Du Perron 2003, p. 192; Broekhuizen 2016, p. 160-197.

966 Nieuwenhuis 2009, p. 2257. Zie tevens: Hartlief 2003, p. 937.

967 Du Perron 2003, p. 192.

968 Zie bijvoorbeeld: Broekhuizen 2016, p. 31.

969 Busch 2020, p. 465.

970 Cherednychenko 2011, p. 15.

recht worden afgehaald.⁹⁷¹ Als de situatie daarom vraagt, kan op basis van de bijzondere zorgplicht namelijk meer bescherming worden geboden dan op basis van het financieel toezichtrecht.⁹⁷² Bovendien heeft de bijzondere zorgplicht vaak voorgelopen op het financieel toezichtrecht. Verschillende rechtsregels van het financieel toezichtrecht, zoals de ken-uw-cliënt-regels (artikel 4:23 e.v. Wft), zijn ontstaan in het kader van de bijzondere zorgplicht en later naar het financieel toezichtrecht omgezet.⁹⁷³ Op soortgelijke wijze zou een nieuwe invulling van de bijzondere zorgplicht waarbij nudging wordt toegepast uiteindelijk ook van invloed kunnen zijn op het financieel toezichtrecht.

De vraag welke nieuwe invulling nudging aan de bijzondere zorgplicht bij complexe financiële producten kan geven, is niet alleen juridisch, maar ook maatschappelijk relevant. Complexe financiële producten zijn combinaties van verschillende financiële producten, waarbij de waarde van ten minste één product afhangt van marktontwikkelingen (vergeleek artikel 1 BGfo). De financiële risico's daarvan zijn doorgaans zeer complex, terwijl de gevolgen van een onverstandige keuze groot kunnen zijn voor zowel individuen – zij kunnen geconfronteerd worden met (grote) verliezen – als de maatschappij als geheel.⁹⁷⁴ Illustratief daarvoor is de effectenlease-affaire, een van de zogeheten *mis-selling*-schandalen met complexe financiële producten dat zich heeft voorgedaan.⁹⁷⁵ Effectenleaseproducten zijn vrijwel geheel gestandaardiseerde financiële producten waarbij de afnemer geld leent van de aanbieder, de aanbieder voor rekening van de afnemer van het geleende geld aandelen koopt, en die aandelen als zekerheid dienen voor de aanbieder.⁹⁷⁶ Dergelijke producten werden in Nederland vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw op grote schaal verkocht onder wervende namen zoals 'Korting Kado', 'Koersextra' en 'WinstVerDriedubbelaar'. Begin 2001 waren er in Nederland maar liefst 700.000 actieve effectenleaseovereenkomsten met bij elkaar een contractwaarde van € 6,5 miljard.⁹⁷⁷ Doordat vanaf 2000 de beurskoersen daalden, werden veel afnemers na afloop van de contractperiode of bij tussentijdse opzegging geconfronteerd met een aanzienlijke restschuld, de schuld die overbleef na verkoop van de aandelen en afbetaling van de lening. Cliënten van Dexia, de rechtsopvol-

971 Broekhuizen 2016, p. 173. Er bestaat discussie over het antwoord op de vraag of op basis van de bijzondere zorgplicht meer bescherming kan worden geboden dan het financieel toezichtrecht biedt vanwege de harmonisatie die het Europees recht nastreeft. Zie verder: Asser/De Serière 2-IV 2018/745; Busch 2020, p. 454. Zie over deze kwestie in het kader van beleggingsverzekeringen: HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:166, JA 2022/115, m.nt. Wallinga (*Vereniging Woekerpolis.nl/Nationale Nederlanden*).

972 Zie bijvoorbeeld: HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, r.o. 4.5.8, NJ 2012/183, m.nt. Vranken (*Levob/Bolle*).

973 Cherednychenko 2011, p. 11-12.

974 Zie uitvoerig over de impact van schulden op de maatschappij in het algemeen: Madern 2015, p. 25-38.

975 Zie verder over effectenleaseproducten in het algemeen: AFM 2002; Keirse 2017, p. 78; Vranken 2020, p. 3144-3145.

976 AFM 2002, p. 7-8.

977 AFM 2002, p. 3.

ger van de grootste aanbieder van effectenleaseproducten, hadden bij elkaar bijvoorbeeld een restschuld van € 1,3 miljard.⁹⁷⁸ Omdat de aanbieders van effectenleaseproducten afnemers niet goed hadden gewezen op de kans dat een restschuld kon ontstaan, werd na onderhandelingen een schaderegeling getroffen – de Duisenberg-regeling –, waarmee het merendeel van de schadeclaims werd afgedaan.⁹⁷⁹ Ruim 24.000 afnemers van effectenleaseproducten vonden echter dat die regeling geen recht deed aan hun individuele situatie en besloten daarom naar de rechter te stappen.⁹⁸⁰ Van die zaken waren in 2020 naar schatting pas 5000 zaken afgedaan,⁹⁸¹ hetgeen illustreert hoe onvoldoende bescherming niet alleen individuen kan raken, maar ook (grote) maatschappelijke gevolgen kan hebben.⁹⁸²

Hoewel ter voorkoming van *mis-selling*-schandalen met complexe financiële producten inmiddels meer bescherming wordt geboden bij de aanschaf daarvan dan voorheen (zie verder par. 11.3), is de vraag hoe die bescherming kan worden verbeterd onverminderd relevant. Dit komt niet alleen doordat de huidige invulling van de bijzondere zorgplicht waarschijnlijk niet altijd het gewenste beschermingsniveau biedt (zie verder par. 11.4), maar ook doordat beleggen onverminderd populair is.⁹⁸³ Met name jongeren lijken steeds grotere beleggingsrisico's te nemen, waarvoor de AFM hen ook waarschuwt.⁹⁸⁴ Daarnaast worden er nog steeds complexe, risicovolle beleggingsproducten aangeboden. Een voorbeeld daarvan zijn turbo's, ook wel sprinters of speeders genoemd. Turbo's zijn financiële producten waarbij indirect wordt belegd op de onderliggende waarde van aandelen, obligaties of valuta. Omdat bij turbo's een deel van het ingelegde geld geleend wordt, kan een hefboomeffect ontstaan. Met relatief kleine bedragen kan een hoog rendement worden behaald, maar ook veel geld worden verloren. Uit onderzoek van de AFM blijkt dat in de periode van 1 juni 2017 tot 1 juli 2018 68% van de verkochte turbo's verliesgevend was. Gemiddeld hebben beleggers in die periode door turbo's € 2680 verlies geleden.⁹⁸⁵ Particuliere beleggers met financiële buffers kunnen dergelijke verliezen vaak lijden, maar om te voorkomen dat particuliere beleggers die dergelijke risico's niet kunnen en willen lopen dat ook niet doen, is effectieve(re) bescherming nodig.⁹⁸⁶

978 Hof Amsterdam 25 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ7033, r.o. 3.6, NJ 2007/427.

979 Naar schatting ruim 200.000 claims. Door het gerechtshof Amsterdam is de regeling verbindend verklaard. Zie: Hof Amsterdam 25 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ7033, NJ 2007/427.

980 Vranken 2020, p. 3145.

981 Vranken 2020, p. 3145.

982 Zie verder over de problematische en langdurige afwikkeling van de effectenlease-affaire: De Waal & Van der Hoek 2022, p. 1836-1843.

983 'Beleggen populair in 2020, vooral tijdens lockdowns', NOS 12 maart 2021.

984 'AFM waarschuwt beleggers voor overmoed nu beurzen record na record breken', *Nederlands Dagblad* 17 juli 2021.

985 AFM 2020, p. 3.

986 Zie tevens: 'Nibud waarschuwt voor beleggen zonder buffer', *Nibud* 15 juli 2021.

11.3 JURIDISCH KADER VAN DE BIJZONDERE ZORGPLICHT

11.3.1 *Inleiding*

De bijzondere zorgplicht van financiële instellingen is een abstracte gedragsnorm die veelal gebaseerd wordt op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW) en zich manifesteert via verschillende leerstukken van het verbintenissenrecht, zoals onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW), wanprestatie (artikel 6:74 BW) en de algemene zorgplicht van de opdrachtnemer (artikel 7:401 BW).⁹⁸⁷ De bijzondere zorgplicht is volgens Tjong Tjin Tai bijzonder omdat die kan leiden tot bescherming die ingaat tegen de wensen van de afnemer.⁹⁸⁸ Zoals reeds vermeld, heeft de bijzondere zorgplicht tot doel een afnemer te beschermen ‘tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht’.⁹⁸⁹ De bijzondere zorgplicht rust op financiële instellingen vanwege hun deskundigheid en de functie die zij vervullen in het maatschappelijk verkeer.⁹⁹⁰ In eerste instantie werd de bijzondere zorgplicht aangenomen bij banken. Verschillende producten en diensten die banken aanbieden, worden echter ook aangeboden door andere financiële instellingen, waardoor ook op deze instellingen de bijzondere zorgplicht rust.⁹⁹¹

11.3.2 *Inhoud en omvang van de bijzondere zorgplicht*

Hoever de bijzondere zorgplicht reikt, hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder:

‘(i) het bijzondere risico van een financiële dienst of financieel product, (ii) de mate van deskundigheid van de cliënt, (iii) diens inkomens- en vermogenspositie, (iv) de aard van de overeenkomst en (v) het toepasselijke financieel toezichtrecht’.⁹⁹²

987 Asser/De Serière 2-IV 2018/729. Schelhaas merkt op dat de Hoge Raad gestopt is met verwijzen naar de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid bij de bijzondere zorgplicht. Zie: Schelhaas 2017, p. 57.

988 Tjong Tjin Tai 2006, p. 191.

989 Zie bijvoorbeeld: HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, r.o. 3.6.3, NJ 2005/103, m.nt. Du Perron (*Van Zuylen/Rabobank*).

990 Zie bijvoorbeeld: HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, r.o. 3.6.2, NJ 1999/285, m.nt. Kleijn (*Mees Pierson/Ten Bos*).

991 Zie bijvoorbeeld: HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298, r.o. 3.4.2, NJ 2019/185, m.nt. Tjong Tjin Tai.

992 Busch 2020, p. 455. Busch verwijst daarbij naar: concl. A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2017:1057, par. 3.8.

Inmiddels heeft de Hoge Raad een bijzondere zorgplicht aangenomen bij onder meer het verrichten van vermogensbeheer,⁹⁹³ het bieden van beleggingsadvies,⁹⁹⁴ het aanbieden van beleggingshypotheek,⁹⁹⁵ het aanbieden van effectenleaseproducten⁹⁹⁶ en het uitvoeren van optiehandel.⁹⁹⁷ Deze verschillende vormen van beleggingsdienstverlening kunnen in vier categorieën worden onderverdeeld.⁹⁹⁸ Allereerst is er *execution only*-dienstverlening. De aanbieder voert dan enkel de orders van de afnemer uit en geeft geen advies. Vanwege de beperkte rol die de aanbieder dan heeft, is de bijzondere zorgplicht daarbij minder vaak relevant dan bij de hierna te bespreken typen dienstverlening. Toch kan ook bij *execution only*-dienstverlening de bijzondere zorgplicht een rol spelen. Zo stelt De Serière:

‘De eenmalige plotselinge opdracht van de spreekwoordelijke 75-jarige weduwe aan haar bank tot aankoop van pennystock in een zilvermijn in Ecuador, zal niet alleen de wenkbrouwen moeten doen fronsen maar (op zijn minst) tot waarschuwing nopen.’⁹⁹⁹

Daarnaast kan bij *execution only*-dienstverlening de bijzondere zorgplicht met zich brengen dat moet worden gecontroleerd of de afnemer aan zijn actuele verplichtingen kan voldoen, zoals bij optiehandel zijn marginverplichting (zie eerder par. 3.4.4.2).¹⁰⁰⁰ Het tweede type beleggingsdienstverlening is het aanbieden van gestandaardiseerde beleggingsproducten. Hierbij is de invloed van de financiële instelling intensiever dan bij *execution only*-dienstverlening en is de bijzondere zorgplicht daarom ook eerder relevant, zeker als het gaat om complexe financiële producten, zoals effectenleaseproducten.¹⁰⁰¹ Het

993 HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011/251 (*Fortis/Bourgonje*).

994 HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914, NJ 2012/95 (*Rabobank Vaart & Vecht/X*); HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497, m.nt. Hijma (*Van de Steeg c.s./Rabobank*).

995 HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, NJ 2017/363, m.nt. Tjong Tjin Tai (*SNS/Stichting Gedupeerden Overwaardeconstructie*).

996 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, NJ 2012/183, m.nt. Vranken (*Levob/Bolle*); HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182, m.nt. Vranken (*De Treek/Dexia*); HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, NJ 2012/184, m.nt. Vranken (*Aegon/GeSP*).

997 HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, NJ 2005/103, m.nt. Du Perron (*Van Zuylen/Rabobank*). Overigens kan de bijzondere zorgplicht ook strekken tot de behartiging van de belangen van derden. Zie: HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, NJ 1999/285, m.nt. Kleijn (*Mees Pierson/Ten Bos*); HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, NJ 2006/289, m.nt. Mok (*Safe Haven*).

998 Zie tevens: Asser/De Serière 2-IV 2018/764.

999 Asser/De Serière 2-IV 2018/763.

1000 HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, NJ 2005/103, m.nt. Du Perron (*Van Zuylen/Rabobank*). Zie verder: Neering 2013, p. 375. Overigens is het van belang dat *de facto* geen advies wordt gegeven. Wordt contractueel tussen de aanbieder en de afnemer vastgelegd dat sprake is van *execution only*-dienstverlening, maar wordt feitelijk wel advies gegeven, dan is dat laatste gegeven bepalend voor de bijzondere zorgplicht. Zie verder: Busch 2020, p. 460.

1001 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, NJ 2012/183, m.nt. Vranken (*Levob/Bolle*); HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182, m.nt. Vranken (*De Treek/Dexia*); HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:

derde type beleggingsdienstverlening is beleggingsadvies. Hoewel de belegger dan uiteindelijk nog zelf de beleggingsbeslissingen neemt, speelt de bijzondere zorgplicht daarbij vaak een rol. Die kan bijvoorbeeld met zich brengen dat moet worden gewaarschuwd voor de risico's van het advies.¹⁰⁰² Ten vierde is er ook vermogensbeheer. De financiële instelling beheert dan naar eigen inzicht het vermogen van de belegger binnen de afgesproken grenzen (vergelijk artikel 1:1 Wft). Ook hierbij is de bijzondere zorgplicht vaak relevant.¹⁰⁰³

De bijzondere zorgplicht wordt door de Hoge Raad zo ingevuld dat een financiële instelling drie verschillende plichten kan hebben. Allereerst kan zij een onderzoeks- en adviesplicht hebben.¹⁰⁰⁴ Gedurende de precontractuele fase kan een aanbieder de plicht hebben om onderzoek te doen naar de inkomens- en vermogenspositie van de afnemer, diens deskundigheid en diens doelstellingen. Als uit dat onderzoek blijkt dat de voorgenomen financiële keuze daarbij niet aansluit, dient de aanbieder die keuze af te raden. Deze adviesplicht is nauw verwant aan de ken-uw-cliënt-regels uit het financieel toezichtrecht (artikel 4:23 e.v. Wft). Ten tweede kan de bijzondere zorgplicht een waarschuwings- en vergewisplicht met zich brengen. Een aanbieder kan een afnemer op indringende wijze en in niet voor misverstand vatbare bewoordingen moeten waarschuwen voor de risico's van een financiële keuze.¹⁰⁰⁵ Daarbij kan ook een vergewisplicht gelden, hetgeen inhoudt dat de aanbieder moet nagaan of de afnemer de waarschuwing heeft begrepen.¹⁰⁰⁶ Ten derde kan de bijzondere zorgplicht in uitzonderlijke gevallen ook een weigeringsplicht met zich brengen, hetgeen betekent dat de aanbieder zijn dienst moet weigeren, zelfs als de afnemer nadrukkelijk aangeeft een bepaald risico te willen nemen (zie eerder par. 4.5.3.1). Vooralsnog wordt een weigeringsplicht enkel aangenomen in situaties waarin het financieel toezichtrecht de aanbieder feitelijk verplicht zijn dienst te weigeren.¹⁰⁰⁷ In een van de effectenlease-uitspraken heeft de Hoge Raad een weigeringsplicht van de hand gewezen omdat die, behoudens bijzondere omstandigheden, 'geen recht zou doen aan het beginsel van contractsvrijheid'.¹⁰⁰⁸

2009:BH2822, NJ 2012/184, m.nt. Vranken (*Aegon/GeSP*).

1002 Asser/*De Serière 2-IV* 2018/764.

1003 Asser/*De Serière 2-IV* 2018/764.

1004 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, r.o. 5.2.2, NJ 2012/182, m.nt. Vranken (*De Treek/Dexia*).

1005 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, r.o. 5.2.2, NJ 2012/182, m.nt. Vranken (*De Treek/Dexia*).

1006 HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914, r.o. 3.6.2, NJ 2012/95 (*Rabobank Vaart & Vecht/X*).

1007 Busch 2020, p. 456.

1008 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, r.o. 4.12.2, NJ 2012/182, m.nt. Vranken (*De Treek/Dexia*).

11.3.3 *De bijzondere zorgplicht en haar verhouding tot andere leerstukken en rechtsregels*

11.3.3.1 **Inleiding**

Voor een goed begrip van de bijzondere zorgplicht is het van belang stil te staan bij haar verhouding tot andere leerstukken en rechtsregels. Daarbij zijn de leerstukken dwaling en eigen schuld (par. 11.3.3.2) en de rechtsregels van het financieel toezichtrecht (par. 11.3.3.3) in het bijzonder relevant.

11.3.3.2 **Dwaling en eigen schuld**

De leerstukken dwaling (artikel 6:228 BW) en eigen schuld (artikel 6:101 BW) zijn voor een goed begrip van de bijzondere zorgplicht relevant omdat zij, zo beargumenteert Vranken in zijn annotatie bij de effectenlease-arresten uit 2009, een belangrijke kanttekening plaatsen bij de bescherming die de bijzondere zorgplicht biedt.¹⁰⁰⁹ In de effectenlease-arresten uit 2009 verwierp de Hoge Raad het beroep op dwaling, omdat de informatie die bij de effectenleaseproducten standaard verstrekt werd voldoende duidelijkheid bood over de kenmerken van effectenleaseproducten, waaronder ook dat er met geleend geld belegd werd en er een restschuld kon ontstaan.¹⁰¹⁰ Als dit voor een afnemer desalniettemin onduidelijk was, was het volgens de Hoge Raad zijn eigen verantwoordelijkheid om zich verder te verdiepen in de kenmerken van het effectenleaseproduct. Hierdoor maakt de Hoge Raad een strikt onderscheid tussen de mededelingsplicht in het kader van het leerstuk dwaling en de waarschuwingsplicht in het kader van de bijzondere zorgplicht. Dit onderscheid heeft tot veel kritiek geleid. Zo wordt gesteld dat het onderscheid gekunsteld is, dat dwaling daardoor aan betekenis verliest, en dat het leidt tot onvoldoende bescherming.¹⁰¹¹ Dat de Hoge Raad toch dit onderscheid heeft gemaakt – en daaraan ook vasthoudt¹⁰¹² –, vindt volgens sommigen zijn verklaring in het feit dat dwaling tot vernietigbaarheid leidt, terwijl aansprakelijkheid leidt tot schadevergoeding, waarbij een proportionele benadering mogelijk is.¹⁰¹³ Vranken meent echter dat de Hoge Raad het onderscheid tussen de mededelings- en waarschuwingsplicht heeft gemaakt vanwege de

1009 J.B.M. Vranken, annotatie bij HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, NJ 2012/184 (*Aegon/GeSP*), par. 12-18.

1010 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, r.o. 4.4.8, NJ 2012/183, m.nt. Vranken (*Levob/Bolle*); HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, r.o. 4.4.5, NJ 2012/182, m.nt. Vranken (*De Treek/Dexia*).

1011 Zie met verdere verwijzingen: Wallinga 2016, p. 609-613.

1012 HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, r.o. 3.5.5-3.5.6, NJ 2020/257, m.nt. Hijma; HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1499, r.o. 4.2.3, NJ 2020/258, m.nt. Hijma; HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1500, r.o. 4.2.2, NJ 2020/259, m.nt. Hijma

1013 Wallinga 2016, p. 609. Inmiddels is duidelijk dat vernietiging bij financiële producten niet betekent dat alle over en weer verrichte prestaties ongedaan moeten worden gemaakt. Dit blijkt uit het onderscheid dat de Hoge Raad in een van de uitspraken over renteswapovereenkomsten maakt tussen de geldstroomuitleg en risico-uitleg. Zie: HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, r.o. 3.6.4-3.6.12, NJ 2020/257, m.nt. Hijma.

‘tweeledige normstelling’¹⁰¹⁴ die daardoor ontstaat. Enerzijds wordt de afnemer vergaand beschermd op basis van de bijzondere zorgplicht, terwijl hij anderzijds tegelijkertijd ook duidelijk een eigen verantwoordelijkheid behoudt, zo blijkt uit de uitwerking van het leerstuk dwaling. Die eigen verantwoordelijkheid werkt verder door in het leerstuk eigen schuld (artikel 6:101 BW). Vranken stelt daarover:

‘Wat meteen opvalt, is dat de Hoge Raad het hoge beschermingsniveau van de bijzondere zorgplichten niet ten volle doortrekt naar de schadevergoeding, maar meteen begint met een rigoureuze beperking. Die rigoureuze beperking is dat alles wat in het kader van het oordeel over dwaling voor risico van De Treek resp. Bolle komt, aan hem als eigen schuld dient te worden toegekend.’¹⁰¹⁵

Als enkel wordt gefocust op de verplichtingen die de bijzondere zorgplicht voor een financiële instelling met zich brengt en niet tevens op de uitwerking van de bijzondere zorgplicht bij dwaling en eigen schuld, zou onterecht de indruk kunnen ontstaan dat een afnemer van een complex financieel product nauwelijks een eigen verantwoordelijkheid heeft. Hij heeft echter wel degelijk de eigen verantwoordelijkheid zich te verdiepen in de informatie die hem wordt verstrekt, aandachtig kennis te nemen van eventuele mondelinge toelichtingen, en vragen te stellen als hij iets niet begrijpt. Doet hij dat niet, dan zijn de gevolgen daarvan voor zijn eigen rekening.¹⁰¹⁶ Hierbij moet overigens wel de kanttekening worden geplaatst dat de Hoge Raad in 2019 in een arrest over een renteswapovereenkomst met een kleine ondernemer heeft geoordeeld dat, hoewel de hoofdregel is dat het verstrekken van bijvoorbeeld een brochure voldoende is om dwaling te voorkomen,¹⁰¹⁷ daarop uitzonderingen mogelijk zijn. Als een aanbieder bekend is met afwijkende kennis of ervaring van de afnemer, kan dat een reden zijn om aan te nemen dat dwaling niet kan worden voorkomen door bijvoorbeeld alleen een brochure te verstrekken.¹⁰¹⁸

1014 J.B.M. Vranken, annotatie bij HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, NJ 2012/184 (*Aegon/GeSP*), par. 19.

1015 J.B.M. Vranken, annotatie bij HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, NJ 2012/184 (*Aegon/GeSP*), par. 14. Zie verder over eigen schuld en effectenleaseproducten: Keirse & Van Onna 2014, p. 64-75; Keirse 2017, p. 77-84.

1016 In een van de effectenlease-arresten heeft de Hoge Raad bepaald dat 40% eigen schuld en 60% aansprakelijkheid als uitgangspunt kan worden genomen. Zie: HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, NJ 2012/183, r.o. 5.7, m.nt. Vranken (*Levob/Bolle*). Zie verder over standaardisering van overwegingen over eigen schuld bij de bijzondere zorgplicht: Keirse 2017, p. 77-84.

1017 HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, r.o. 3.5.5-3.5.6, NJ 2020/257, m.nt. Hijma; HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1499, r.o. 4.2.3, NJ 2020/258, m.nt. Hijma; HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1500, r.o. 4.2.2, NJ 2020/259, m.nt. Hijma.

1018 HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1499, r.o. 4.2.4, NJ 2020/258, m.nt. Hijma. Zie tevens: Wallinga 2020b, p. 189-191.

11.3.3.3 Het financieel toezichtrecht

Voor een goed begrip van de bijzondere zorgplicht is ook het financieel toezichtrecht relevant, omdat het een gezichtspunt is dat mede de inhoud en reikwijdte van de bijzondere zorgplicht bepaalt (zie eerder par. 11.3.2). Het financieel toezichtrecht bestaat uit verschillende (zeer) gedetailleerde publiekrechtelijke rechtsregels die zijn opgenomen in de Wet op het financieel toezicht en daaraan verbonden (lagere) regelgeving. De rechtsregels uit het financieel toezichtrecht zijn deels een implementatie van Richtlijn 2014/65/EU (MiFID II) en daaraan verwante EU-regelgeving. Een groot deel van het financieel toezichtrecht bestaat uit gedragstoezicht, hetgeen gericht is op 'ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten' (artikel 1:25 Wft) en wordt gehandhaafd door de AFM. Het gedragstoezichtrecht bepaalt onder andere welke verplichtingen financiële instellingen hebben bij het aanbieden van beleggingsdiensten. De onderwerpen die daarbij bestreken worden, zijn onder meer cliëntclassificatie (artikel 4:18a e.v. Wft), vergunningen (artikel 2:99 Wft), het ken-uw-client-beginsel (artikel 4:23 e.v. Wft), de loyaliteitsverplichting (artikel 4:90 lid 1 Wft) en de informatieplicht (artikel 4:19 e.v. Wft).

11.4 DE BIJZONDERE ZORGPLICHT BEZIEN VANUIT GEDRAGSWETENSCHAPPELIJK PERSPECTIEF

11.4.1 Inleiding

Ter beantwoording van de vraag welke nieuwe invulling nudging aan de bijzondere zorgplicht kan geven, moet worden vastgesteld waar er ruimte is voor verbetering van de huidige invulling van de bijzondere zorgplicht. Daarvoor wordt eerst het gebrek aan cognitieve capaciteit waartegen de bijzondere zorgplicht bescherming biedt nader gezien vanuit gedragswetenschappelijk perspectief (par. 11.4.2), waarna de waarschuwings- en vergewisplicht (par. 11.4.3) en de adviesplicht (par. 11.4.4) vanuit datzelfde perspectief gezien worden.¹⁰¹⁹ Daarbij wordt gebruik gemaakt van reeds bestaand onderzoek naar hoe mensen financiële beslissingen nemen.¹⁰²⁰

1019 De weigeringsplicht blijft onbesproken, ten eerste vanwege haar beperkte relevantie. Zie eerder: par. 11.3.2. Ten tweede omdat het effect daarvan buiten kijf staat. Zij ontnemt namelijk de contractsvrijheid van de afnemer om voor een bepaalde optie te kiezen.

1020 Dit heeft als risico dat problemen die specifiek bij de bijzondere zorgplicht optreden mogelijk onontdekt blijven, en – omgekeerd – problemen die daarbij niet optreden wel als mogelijk probleem beschouwd kunnen worden. Zie eerder over de keuze om in dit onderzoek geen eigen empirisch onderzoek te verrichten: par. 1.4.4.

11.4.2 *Eigen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht*

De bijzondere zorgplicht biedt bescherming tegen twee soorten gebreken aan cognitieve capaciteit, namelijk: lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht.¹⁰²¹ Over deze twee gebreken stelt Busch: '[H]et laatste (gebrek aan inzicht) is evident, het eerste (lichtvaardigheid) eigenlijk verrassend modern van onze Hoge Raad.'¹⁰²² De Hoge Raad, zo meent Busch, verwijst namelijk naar lichtvaardigheid om aan te geven dat rekening moet worden gehouden met het feit dat mensen niet altijd economisch rationeel handelen.¹⁰²³ Ook Verschuuren en Broekhuizen menen dat de Hoge Raad om deze reden de term lichtvaardigheid gebruikt, maar verschillen van mening over waarnaar die term precies verwijst. Volgens Verschuuren verwijst lichtvaardigheid naar zelfoverschatting. Hij stelt: '[H]et begrip "lichtvaardigheid" komt dicht in de buurt bij "overconfidence". Men zou kunnen stellen, dat lichtvaardigheid een gevolg is van *overconfidence*, dat méér uitingsvormen kan hebben.'¹⁰²⁴ Broekhuizen interpreteert de verwijzing naar lichtvaardigheid ruimer. Hij stelt:

'Naar ik meen neemt de Hoge Raad aldus niet een in zijn aard rationele persoon als uitgangspunt (die op zich kan worden gevoed met informatie ter vergroting van zijn inzicht), maar een persoon die kan kampen met beperkte rationaliteit (als gevolg van "intuïtief denken" à la (...) systeem 1) zoals lichtvaardigheid, hetgeen immers betekent ondoordachttheid, onbezonnenheid. Met behulp van de zorgplicht kan aldus rekening worden gehouden met (dit soort) beperkt rationeel gedrag.'¹⁰²⁵

Ervan uitgaande dat de Hoge Raad met het begrip lichtvaardigheid inderdaad verwijst naar het feit dat mensen niet altijd economisch rationeel handelen, is de vraag welke invloed de beperkte cognitieve capaciteit van mensen kan hebben op de beleggingsbeslissingen die zij nemen. Uit gedragswetenschappelijk onderzoek blijkt dat daarop verschillende factoren van invloed kunnen zijn.¹⁰²⁶ Zelfoverschatting is, zoals ook Verschuuren benadrukt, daar een van. Personen overschatten bij beleggingsbeslissingen vaak hun eigen kennis en kunde en vertrouwen daardoor meer op hun eigen inschattingen dan verstandig is.¹⁰²⁷ De gevolgen van zelfoverschatting worden vergroot doordat personen bij beleg-

1021 Zie bijvoorbeeld: HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, r.o. 3.6.3, *NJ* 2005/103, m.nt. Du Perron (*Van Zuylen/Rabobank*).

1022 Busch 2020, p. 454.

1023 Busch 2020, p. 454.

1024 Verschuuren 2007, p. 119.

1025 Broekhuizen 2016, p. 174.

1026 Zie verder: Barber & Odean 2013, p. 1533-1570; Van Raaij 2016, p. 89-111.

1027 Barber & Odean 2013, p. 1547-1549. Zie verder over zelfoverschatting in het algemeen: Moore & Healy 2008, p. 502-517.

gingsbeslissingen vaak ook moeite hebben met het inschatten van risico's en onzekerheden. Zo zijn zij bijvoorbeeld geneigd hun verwachtingen voor toekomstig rendement – onterecht – te baseren op in het verleden behaalde resultaten,¹⁰²⁸ en zijn zij vaak overmatig optimistisch, hetgeen betekent dat zij hun toekomst te rooskleurig inschatten.¹⁰²⁹ Bovendien kan *loss aversion* van invloed zijn op beleggingsbeslissingen, omdat die kan leiden tot het zogeheten *disposition-effect*, de neiging winstgevendende beleggingen snel te verkopen en verliesgevendende beleggingen juist lang aan te houden in de hoop op een gunstigere beurskoers.¹⁰³⁰ Du Perron meent dat dit effect verklaart waarom beleggers bij optietransacties in een verliesgevendende positie soms juist ervoor kiezen om nog meer risico te nemen.¹⁰³¹ Tot slot maken personen vaak beleggingsbeslissingen door naar de keuzes van anderen te kijken – een vorm van *herd behavior*.¹⁰³² Vranken meent dat dit ook een rol heeft gespeeld bij de populariteit van effectenleaseproducten. Hij stelt:

‘Meer in het algemeen geldt dat als de gedachte leeft en luid en duidelijk in eigen omgeving wordt uitgesproken dat men een dief is van de eigen portemonnee als men niet belegt, het moeilijk is weerstand te bieden. In bepaalde perioden van de jaren negentig van de vorige eeuw was dit, kan ik mij herinneren, het geval.’¹⁰³³

Dat afnemers bij beleggingsbeslissingen beschermd moeten worden tegen lichtvaardigheid wordt kortom bevestigd door gedragswetenschappelijke inzichten. Heeft de Hoge Raad het ook bij het juiste eind als het gaat om het gebrek aan inzicht dat personen bij beleggingsbeslissingen kunnen hebben? Busch meent dat dit evident is.¹⁰³⁴ Uit onderzoek naar de financiële geletterdheid van mensen (zie eerder par. 7.4.2) blijkt dat hij gelijk heeft. Dat het niet goed is gesteld met de financiële geletterdheid van – onder anderen – Nederlanders blijkt bijvoorbeeld uit een groot onderzoek van de Duitse verzekeraar *Allianz* uit 2017.¹⁰³⁵ Daaruit komt naar voren dat 57% van de Nederlandse respondenten de vragen over financiële basisconcepten juist had en slechts 12% de ingewikkeldere financiële vragen goed kon beantwoorden.

1028 Greenwood & Shleifer 2014, p. 714-746.

1029 Shepperd e.a. 2015, p. 232-237.

1030 Barber & Odean 2013, p. 1551-1559.

1031 Du Perron 2003, p. 192. Du Perron verwijst naar: HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686, NJ 1998/660, m.nt. Van Zeben (*Van der Klundert/Rabobank*).

1032 Van Raaij 2016, p. 97-99.

1033 J.B.M. Vranken, annotatie bij HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, NJ 2012/184 (*Aegon/GeSP*), par. 24.

1034 Busch 2020, p. 454.

1035 Allianz 2017.

11.4.3 De waarschuwings- en vergewisplicht

De vervolgvraag is of de waarschuwings- en vergewisplicht bescherming kunnen bieden tegen de hiervoor besproken gebreken. Gedragwetenschappelijk onderzoek toont aan dat dit in twijfel kan worden getrokken. De waarschuwingsplicht heeft als doel ‘de potentiële particuliere wederpartij te informeren over en te waarschuwen tegen het lichtvaardig op zich nemen van onnodige risico’s of van risico’s die hij redelijkerwijze niet kan dragen.’¹⁰³⁶ De Hoge Raad stelt een aantal eisen aan een waarschuwing. Die moet indringend zijn, ‘uitdrukkelijk en in niet voor misverstand vatbare bewoordingen.’¹⁰³⁷ Over de precieze invulling van deze eisen bestaat echter onduidelijkheid.¹⁰³⁸ De Hoge Raad heeft weliswaar bepaald dat ook de context van de waarschuwing in ogenschouw moet worden genomen om te bepalen of een waarschuwing voldoende in het oog springt,¹⁰³⁹ maar verder is het onduidelijk wanneer een waarschuwing bijvoorbeeld voldoende indringend is. Hetzelfde geldt in zekere zin voor de vergewisplicht. De Hoge Raad heeft in het kader van die plicht bepaald dat daaraan niet wordt voldaan door een afnemer een formulier te laten ondertekenen waarop staat dat hij de waarschuwing heeft begrepen.¹⁰⁴⁰ Wanneer wel aan de vergewisplicht is voldaan, is echter onduidelijk. Busch vraagt zich daarom het volgende af:

‘Aangenomen dat er voorafgaand aan het verlenen van een dienst of de verkoop van een financieel product persoonlijk contact is, is het dan afdoende als de adviseur de klant vraagt of hij alle waarschuwingen begrepen heeft? En als een klant dan glazig terugkijkt en zegt dat hij het allemaal wel begrepen heeft, heeft de bank dan voldaan aan de vergewisplicht? Of moet de bank verder

1036 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182, r.o. 5.2.2, m.nt. Vranken (*De Treek/Dexia*).

1037 HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, r.o. 3.4, NJ 2011/251, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*).

1038 Eerder constateerde Nieuwenhuis dit ook al. Zie: Nieuwenhuis 2009, p. 2259. Zie verder over de inhoud van de waarschuwingsplicht: Ettema & Jansen 2013, p. 71-125. Overigens is het niet verwonderlijk dat de Hoge Raad hierover nog geen duidelijkheid heeft geboden. Niet alleen beoordeelt de Hoge Raad vrijwel altijd achteraf of een financiële instelling aan haar bijzondere zorgplicht heeft voldaan, ook doet hij dat aan de hand van een individueel geschil. Hierdoor is er voor de Hoge Raad niet altijd een reden om algemene aanwijzingen te geven. Giesen constateert echter dat de Hoge Raad inmiddels wel steeds bewuster omgaat met zijn rechtsvormende taak en ook vaker zogezegd over het individuele geschil heen kijkt. Dit komt onder meer doordat het sinds 2012 mogelijk is om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad. Zie verder: Giesen 2020, p. 99-105. Zie verder over dat de Hoge Raad steeds bewuster omgaat met zijn rechtsvormende taak: De Jong & Giesen 2022, p. 45-56.

1039 HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914, r.o. 3.8.2, NJ 2012/95 (*Rabobank Vaart & Vecht/X*). Het is overigens geen strikt vereiste dat schriftelijk wordt gewaarschuwd. Dat kan ook mondeling gebeuren in bijvoorbeeld een adviesgesprek.

1040 HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914, r.o. 3.8.2, NJ 2012/95 (*Rabobank Vaart & Vecht/X*).

gaan door controlevragen [te; TB] stellen of zelfs te vragen of de klant in eigen woorden kan navertellen wat de risico's zijn?¹⁰⁴¹

Dat de eisen die gesteld worden aan de waarschuwings- en vergewisplicht niet specifiek zijn, is problematisch omdat het effect van een waarschuwingsplicht niet vanzelfsprekend is. De AFM en ASIC (*Australian Securities & Investments Commission*) waarschuwen zelfs dat waarschuwingen lang niet altijd het gewenste effect hebben.¹⁰⁴² Ter illustratie van het beperkte effect van waarschuwingen wijzen zij onder meer op het effect van de waarschuwing 'Let op! Geld lenen kost geld', die in Nederland wettelijk verplicht is bij reclame voor krediet (artikel 2:2 NRgfo). Uit onderzoek van de AFM blijkt dat die waarschuwing geen effect heeft op leenbeslissingen.¹⁰⁴³ Uit een vignettenonderzoek van Braspenning blijkt verder dat een waarschuwing voor de langetermijnrisico's van consumentenkrediet ook geen effect heeft op leenbeslissingen.¹⁰⁴⁴ Illustratief voor het beperkte effect van waarschuwingen op financiële beslissingen is verder de uitkomst van een gecontroleerd experiment dat Mercer, Palmiter en Taha hebben uitgevoerd.¹⁰⁴⁵ Een aantal participanten kreeg daarbij een brochure van een aandelenfonds met daarin de volgende, in de Verenigde Staten destijds wettelijk voorgeschreven, waarschuwing:

'Current performance may be lower or higher than the quoted past performance, which cannot guarantee future results. Share price, principal value, and return will vary, and you may have a gain or loss when you sell your shares.'¹⁰⁴⁶

Anderen kregen dezelfde brochure, maar met een andere waarschuwing:

'Do not expect the fund's quoted past performance to continue in the future. Studies show that mutual funds that have outperformed their peers in the past generally do not outperform them in the future. Strong past performance is often a matter of chance.'¹⁰⁴⁷

De eerste waarschuwing bleek geen effect te hebben. De participanten die de eerste waarschuwing kregen, hadden dezelfde risicopercepties en maakten dezelfde beleggingsbeslis-

1041 Busch 2020, p. 456.

1042 AFM & ASIC 2019, p. 45-50.

1043 AFM 2016, p. 22-23.

1044 Braspenning 2017, p. 310.

1045 Mercer, Palmiter & Taha 2010, p. 429-459.

1046 Mercer, Palmiter & Taha 2010, p. 445.

1047 Mercer, Palmiter & Taha 2010, p. 445.

singen als de controlegroep – de participanten die een brochure zonder waarschuwing kregen. De tweede waarschuwing had wel effect. Die zorgde ervoor dat de participanten minder hoge verwachtingen hadden van het rendement van het aandelenfonds. Waarschuwingen kunnen kortom bescherming bieden, maar het is niet vanzelfsprekend dat zij dat doen.

11.4.4 *De adviesplicht*

Het is verder ook niet vanzelfsprekend dat advies bescherming biedt, zo blijkt uit een Amerikaans onderzoek naar pensioenadvies.¹⁰⁴⁸ In een gecontroleerd experiment werden participanten onderverdeeld in drie groepen en werd hun gevraagd een beleggingsportfolio samen te stellen. De eerste groep, de controlegroep, moest deze taak uitvoeren zonder dat zij advies kregen, in de tweede groep kreeg iedereen advies, en in de derde groep kregen alleen de participanten advies die daarvoor hadden kozen. Wat bleek: bij de participanten die ongevraagd advies kregen, had het advies nagenoeg geen effect op hun keuzes. Zij negeerden het bijna volledig. De participanten die zelf konden kiezen of zij advies kregen en daarvoor ook kozen, maakten daarentegen wel betere keuzes.

Naast dit gecontroleerde experiment zijn er verschillende onderzoeken waaruit blijkt dat personen met een lage financiële geletterdheid minder snel om advies vragen dan personen met een hoge financiële geletterdheid, ook al is de drempel daarvoor laag – bijvoorbeeld omdat het advies gratis is of tegen zeer laag tarief.¹⁰⁴⁹ Dit duidt indirect ook erop dat het effect van financieel advies niet evident is.

11.5 DE BIJZONDERE ZORGPLICHT EN HET STROOMSCHEMA

11.5.1 *Inleiding*

Omdat het niet vanzelfsprekend is dat de waarschuwings- en adviesplicht de gewenste bescherming bieden, doet zich de vraag voor of, en zo ja, op welke manier met nudging een nieuwe invulling kan worden gegeven aan de bijzondere zorgplicht. Deze vraag wordt beantwoord aan de hand van het stroomschema (zie annex). De laatste vraag van het stroomschema – de vraag of empirisch is vastgesteld dat de nudge de gewenste bescherming biedt (vraag VIII) – blijft in deze casestudie onbeantwoord, omdat beantwoording daarvan buiten het bestek van dit onderzoek valt (zie eerder par. 1.4.4).

¹⁰⁴⁸ Hung & Yoong 2013, p. 182-212.

¹⁰⁴⁹ Calcagno & Monticone 2015, p. 363-380.

11.5.2 *Vraag I: het gebrek in kwestie*

De eerste vraag is of een contractuele keuze beïnvloed wordt door een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit of een gebrek aan weerstand. De bijzondere zorgplicht biedt bescherming tegen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht, hetgeen kwalificeert als een gebrek aan cognitieve capaciteit (zie eerder par. 11.4.2). Dat lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht van invloed kunnen zijn op contractuele keuzes over complexe financiële producten wordt bevestigd door gedragswetenschappelijke inzichten (zie eerder par. 11.4.2).¹⁰⁵⁰

11.5.3 *Vraag II: zwakkere partijen – van fouten – laten leren*

Omdat het antwoord op de eerste vraag bevestigend luidt, is de vervolgvraag of bescherming door nudging onnodig is omdat zwakkere partijen – van fouten – kunnen leren. Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend. Empirisch onderzoek toont aan dat financiële educatie de financiële geletterdheid van personen nauwelijks kan verbeteren (zie eerder par. 7.4.2).¹⁰⁵¹ Verder kunnen afnemers bij complexe financiële producten vaak niet van hun fouten leren. De aanschaf van een complex financieel product is – uitzonderingen daargelaten – voor de meeste personen geen dagelijkse kost. Daardoor hebben zij weinig gelegenheden om van hun fouten te kunnen leren, terwijl de negatieve gevolgen van één verkeerde keuze al zeer groot kunnen zijn.¹⁰⁵²

11.5.4 *Vraag III: bescherming door fraternalistische beschermingstechnieken*

De vervolgvraag is of fraternalistische beschermingstechnieken de gewenste bescherming kunnen bieden. Het antwoord op deze vraag luidt waarschijnlijk ontkennend. Het is niet vanzelfsprekend dat de waarschuwings- en adviesplicht voldoende bescherming bieden (zie eerder par. 11.4.3 en 11.4.4). Mogelijk kunnen daarom strengere en specifiekere eisen worden gesteld aan de wijze waarop moet worden gewaarschuwd en geadviseerd, maar ook dan moet het beschermingsniveau dat door een waarschuwings- en adviesplicht

1050 Dat een gebrek aan informatie ook van invloed kan zijn op een beleggingsbeslissing blijft hier onbesproken vanwege het strikte onderscheid dat de Hoge Raad maakt tussen de mededelingsplicht en de waarschuwingsplicht. Zie eerder: par. 11.3.3.

1051 Fernandes, Lynch & Netemeyer 2014, p. 1861-1883.

1052 Zie instemmend: AFM 2015, p. 25.

wordt geboden niet worden overschat. De AFM en ASIC waarschuwen niet voor niets dat: ‘warnings are not a cure-all for problems in financial services markets.’¹⁰⁵³

11.5.5 *Vraag IV: bescherming door nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken*

De vraag die hierna gesteld moet worden, is of tegen de gebreken in kwestie in potentie bescherming kan worden geboden door nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken. Dit is het geval. De *consider-the-opposite strategy* kan in potentie bescherming bieden tegen zelfoverschatting en door gebruiksinformatie te communiceren kan in potentie bescherming worden geboden tegen overmatig optimisme (zie annex, tabel 3).

11.5.6 *Vraag V: de optie waarnaar een keuze moet worden gestuurd*

Omdat de vierde vraag bevestigend kan worden beantwoord, moet de vijfde vraag worden overgeslagen, tenzij uit de beantwoording van de overige vragen blijkt dat nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken toch niet de gewenste bescherming kunnen bieden. Om echter het gehele stroomschema nader te illustreren, en omdat in deze case-studie niet empirisch wordt onderzocht of de nudges in kwestie de beoogde bescherming bieden, wordt in deze casestudie ook de vijfde vraag van het stroomschema beantwoord – de vraag of kan worden vastgesteld naar of weg van welke optie een keuze gestuurd moet worden om bescherming te bieden. Daarvoor moet worden onderzocht of de meerderheid van zwakkere partijen een bepaalde optie zou kunnen aanvaarden als de beste optie of als een optie die niet moet worden gekozen (zie eerder par. 8.3.5).

Bij de bijzondere zorgplicht moet daarvoor onderscheid worden gemaakt tussen twee situaties. Uit het onderzoek van de aanbieder van een complex financieel product naar de inkomens- en vermogenspositie van de potentiële afnemer kan allereerst blijken dat het product in kwestie ongeschikt is voor de afnemer. In dat geval is het evident naar welke optie de keuze van de afnemer moet worden gestuurd, namelijk naar het niet aanschaffen van het complexe financiële product in kwestie. Het kan immers veilig worden aangenomen dat de meerderheid van de afnemers zou kunnen aanvaarden dat als een complex financieel product voor hen ongeschikt is, het niet aanschaffen van dat product de beste optie is. Als daarentegen uit het onderzoek van de aanbieder naar de inkomens- en vermogenspositie van de potentiële afnemer blijkt dat het complexe financiële product in kwestie niet ongeschikt is, is het niet evident dat diens keuze naar of weg van een bepaalde

1053 AFM & ASIC 2019, p. 49.

optie gestuurd mag worden. Dat er in die situatie toch een reden kan zijn om de keuze van een afnemer te sturen naar het niet aanschaffen van een complex financieel product, blijkt uit de zelfstandige betekenis die de Hoge Raad toekent aan de waarschuwingsplicht.¹⁰⁵⁴ Ook als blijkt dat een complex financieel product geschikt is voor een afnemer bestaat er een waarschuwingsplicht voor de risico's van dat product. De Hoge Raad overweegt namelijk dat het zo kan zijn dat een afnemer het risico van een complex financieel product wel kan nemen, maar dat niet wil.¹⁰⁵⁵ Dit betekent niet direct dat de keuzes van afnemers gestuurd mogen worden naar het niet aanschaffen van een complex financieel product, maar wel dat er een reden kan zijn om dat te doen. Die reden is er als kan worden aangenomen dat de meerderheid van de afnemers voor wie een complex financieel product geschikt kan zijn, zou kunnen aanvaarden dat het niet aanschaffen van dat product de beste optie is. Daarvoor is de risicobereidheid van de potentiële afnemers relevant. Afnemers die overwegen om een complex financieel product te kopen, doen dat doorgaans omdat zij uit zijn op financieel gewin. Met complexe financiële producten kan vaak meer financieel gewin worden behaald dan met andere financiële producten, maar het risico de inleg – of zelfs meer – te verliezen is ook groter. Mijns inziens kan worden aangenomen dat de meeste potentiële afnemers de wens hebben om op een relatief veilige manier financieel gewin te realiseren. Daarom kunnen ook de keuzes van de afnemers voor wie het niet onverstandig is om een complex financieel product te kopen, worden gestuurd naar het niet aanschaffen van het complexe financiële product in kwestie. Eventueel kan dit nader worden onderbouwd – of ontkracht – door empirische gegevens over de risicobereidheid van potentiële afnemers (zie eerder par. 8.3.5.2).

11.5.7 Vraag VI: randvoorwaarden

11.5.7.1 Inleiding

De vervolgvraag is of in potentie aan de randvoorwaarden kan worden voldaan van de nudges die bescherming kunnen bieden in het kader van de bijzondere zorgplicht. Ter beantwoording van deze vraag wordt eerst ingegaan op de relevante nudges die een persoon kunnen helpen om zelf een keuze te maken (zie eerder par. 11.5.5). Dat zijn: de *consider-the-opposite strategy* faciliteren (par. 11.5.7.2) en gebruiksinformatie communiceren (par. 11.5.7.3). Vervolgens wordt ingegaan op de relevante sturende nudges. Dat zijn: de sociale-normnudge (par. 11.5.7.4), de nudges waarbij de presentatie van informatie of een keuze(optie) wordt aangepast (par. 11.5.7.5), en de nudges die inspelen op het feit dat personen gevolgen hyperbolisch verdisconteren (par. 11.5.7.6). De toepassing van een standaardoptie is binnen de context van de bijzondere zorgplicht niet relevant, omdat

1054 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, r.o. 5.2.2, NJ 2012/182, m.nt. Vranken (*De Treek/Dexia*).

1055 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, r.o. 5.2.2, NJ 2012/182, m.nt. Vranken (*De Treek/Dexia*).

daarmee een keuze in beginsel niet weg van een bepaalde optie gestuurd kan worden, hetgeen in het kader van de bijzondere zorgplicht wel van belang is (zie eerder par. 10.2.3.2).

11.5.7.2 De *consider-the-opposite strategy*

Voor een nieuwe invulling van de bijzondere zorgplicht zou de toepassing van de *consider-the-opposite strategy* (zie eerder par. 9.6.2) inhouden dat een aanbieder wordt verplicht een potentiële afnemer te vragen om aan te geven waarom zijn voorgenomen keuze onverstandig zou kunnen zijn en welke andere opties er zijn. Hoewel de *consider-the-opposite strategy* vergelijkbaar is met de vergewisplicht, verschilt die daar ook van. De vergewisplicht heeft als doel na te gaan of een waarschuwing wordt begrepen, terwijl de *consider-the-opposite strategy* op zichzelf een middel is om zelfoverschatting tegen te gaan. Er zijn verschillende onderzoeken verricht naar de *consider-the-opposite strategy*, maar slechts twee onderzoeken specifiek naar het effect van de *consider-the-opposite strategy* op zelfoverschatting. Zowel uit het onderzoek van Hoch als uit het onderzoek dat Koriat samen met anderen heeft uitgevoerd, blijkt dat als personen gevraagd wordt waarom een eerder gemaakte inschatting onjuist zou kunnen zijn, hun inschatting vervolgens accurater wordt.¹⁰⁵⁶ De resultaten van het onderzoek van Koriat en collega's konden echter niet worden gerepliceerd in een experiment dat door Fischhoff en MacGregor is uitgevoerd.¹⁰⁵⁷ Niet alleen om deze reden, maar ook omdat het in de onderzoeken van Hoch en Koriat en collega's niet ging om een financiële beslissing, is het nog onduidelijk of de *consider-the-opposite strategy* binnen de context van de bijzondere zorgplicht de gewenste bescherming kan bieden. Dat het desalniettemin aannemelijk is dat de *consider-the-opposite strategy* de gewenste bescherming kan bieden, volgt uit onderzoek waaruit blijkt dat die consumenten kan helpen bij het kiezen van een passender hypotheekbedrag.¹⁰⁵⁸

11.5.7.3 Gebruiks informatie

Ter bescherming tegen overmatig optimisme kan in potentie gebruiksinformatie worden gecommuniceerd (zie eerder par. 9.3.3). Concreet zou dat bijvoorbeeld betekenen dat een aanbieder informatie moet verstrekken over hoeveel beleggers gemiddeld verlies maken met het complexe financiële product in kwestie, zodat een potentiële afnemer het risico daarvan beter kan inschatten. Een dergelijke verplichting bestaat reeds op basis van het financieel toezichtrecht. Op basis daarvan zijn aanbieders van turbo's verplicht het volgende mede te delen:

¹⁰⁵⁶ Koriat, Lichtenstein & Fischhoff 1980, p. 107-118; Hoch 1985, p. 719-731.

¹⁰⁵⁷ Fischhoff & MacGregor 1982, p. 155-172.

¹⁰⁵⁸ Elsen e.a. 2020, p. 37.

‘Turbo’s zijn complexe instrumenten en brengen vanwege het hefboomeffect een hoog risico mee van snel oplopende verliezen. 7 op de 10 retailbeleggers verliest geld met de handel in turbo’s. Het is belangrijk dat u goed begrijpt hoe turbo’s werken en dat u nagaat of u zich het hoge risico op verlies kunt permitteren.’¹⁰⁵⁹

Dat informatie over gemiddeld gebruik van invloed kan zijn op financiële beslissingen, blijkt onder meer uit onderzoek van Braspenning. In het vignettenonderzoek dat hij heeft uitgevoerd, bleek gebruiksinformatie over gemiddeld gebruik de enige onderzochte beschermingstechniek die bij de leenbeslissing in kwestie de gewenste bescherming kon bieden.¹⁰⁶⁰

11.5.7.4 Sociale-normnudge

Om de keuze van een afnemer te sturen naar het niet aanschaffen van een complex financieel product kan in potentie een sociale-normnudge worden toegepast (zie eerder par. 10.3). Concreet zou dat bijvoorbeeld betekenen dat een aanbieder een potentiële afnemer het volgende moet mededelen: ‘U overweegt een risicovoller financieel product aan te schaffen dan waarvoor de meesten van onze klanten kiezen.’ Hierbij is het van belang dat de gecommuniceerde informatie feitelijk juist is. Als dat niet zo is, kan eventueel naar een normatieve of veranderende verwachting worden verwezen – voor zover die uiteraard wel feitelijk juist is en een keuze naar de juiste optie stuurt. Omdat het effect van een sociale-normnudge zeer contextafhankelijk is en zelfs tegengesteld kan zijn, is het bij een sociale-normnudge in het bijzonder van belang dat empirisch wordt onderzocht of de beoogde nudge de gewenste bescherming biedt.

11.5.7.5 De presentatie van informatie of een keuze(optie)

Informatie over een complex financieel product en de optie om dat product aan te schaffen kunnen in potentie op verschillende manieren zo gepresenteerd worden dat een keuze gestuurd wordt naar het niet aanschaffen van een complex financieel product. Allereerst kan daarvoor een *framing*-nudge worden toegepast (zie eerder par. 10.4.2.1), hetgeen zou inhouden dat de kenmerken van een complex financieel product die zowel negatief als positief *geframed* kunnen worden, enkel negatief *geframed* mogen worden. Een aanbieder

1059 AFM, Besluit van 30 juni 2021, houdende beperkingen aan het in Nederland op de markt brengen, verspreiden of het verkopen van turbo’s aan niet-professionele cliënten in verband met Verordening (EU) nr. 600/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 en de Wet op het financieel toezicht, Bijlage II.

1060 Braspenning 2017, p. 310. De andere onderzochte beschermingstechnieken waren een standaardformulier, een waarschuwing en een standaardoptie.

zou dan bijvoorbeeld niet mogen communiceren dat zeven op de tien beleggers winst maken met een financieel product, maar enkel dat drie op de tien beleggers verlies maken.

Voor een nieuwe invulling van de bijzondere zorgplicht kan verder in potentie ook een ankernudge worden toegepast (zie eerder par. 10.4.2.2). In zekere zin is dat in 2013 reeds door de Commissie Structuur Nederlandse Banken voorgesteld door te pleiten voor standaardproducten.¹⁰⁶¹ Standaardproducten zijn financiële producten die iedere aanbieder van een bepaald financieel product verplicht moet aanbieden en waarvan alle kenmerken wettelijk zijn vastgesteld behalve de prijs.¹⁰⁶² Het idee achter standaardproducten is dat zij consumenten kunnen helpen met het nemen van betere financiële beslissingen, niet alleen omdat consumenten daardoor opties beter met elkaar kunnen vergelijken, maar ook omdat de standaardproducten als anker kunnen fungeren bij het vergelijken van de keuzeopties. Uit onderzoek dat naar aanleiding van het voorstel van de Commissie Structuur Nederlandse Banken is verricht, blijkt echter dat standaardproducten geen sturend effect hebben op de keuzes van consumenten.¹⁰⁶³ Een ankernudge zou daarom op een andere manier moet worden toegepast om een keuze daadwerkelijk te sturen naar het niet aanschaffen van een complex financieel product. Wellicht kan de keuze voor een complex financieel product worden ontmoedigd door in rekenvoorbeelden lage getallen als ankers te gebruiken, zodat de winst die kan worden behaald minder snel wordt overschat.

Indien een complex financieel product naast andere keuzeopties gepresenteerd wordt, kan verder door de presentatie van de keuzeopties aan te passen een keuze in potentie gestuurd worden naar het niet aanschaffen van een complex financieel product. Zo zou wellicht kunnen worden ingespeeld op het *decoy*-effect en het *primacy*-effect (zie eerder par. 10.4.2.3). Op welk effect precies kan worden ingespeeld en op welke wijze dat kan, is echter sterk contextafhankelijk.

11.5.7.6 Inspelen op het feit dat personen gevolgen hyperbolisch verdisconteren

Tot slot zou om een contractuele keuze te sturen naar het niet aanschaffen van een complex financieel product ook kunnen worden ingespeeld op het feit dat personen gevolgen hyperbolisch verdisconteren. Tot op zekere hoogte gebeurt dit al. Bij sommige complexe financiële producten, zoals *contracts for differences*, en bij het uitvoeren van optietransacties (artikel 85 BGfo) heeft de afnemer de plicht om een bepaald bedrag te storten op een rekening of te reserveren.¹⁰⁶⁴ Een dergelijke (margin)verplichting geldt om ervoor te zor-

1061 Commissie Structuur Nederlandse Banken 2013, p. 18-19.

1062 Uittenbogaard & Toussaint 2017, p. 286.

1063 Elsen, Elshout & Van der Giessen 2016, p. 54.

1064 Artikel 86 BGfo en artikel 2 AFM, Besluit van 18 april 2019, houdende beperkingen aan het op de markt brengen, verspreiden of het verkopen van *contracts for differences* aan niet-professionele cliënten in ver-

gen dat eventuele verliezen door de belegger gedekt zijn, maar heeft mogelijk ook een psychologisch bijeffect. Als een financieel product kan worden aangeschaft zonder dat daarvoor direct (hoge) kosten moeten worden gemaakt, bestaat de kans dat de afnemer eventuele toekomstige verliezen hyperbolisch verdisconteert – hij weegt ze minder zwaar dan verstandig zou zijn, omdat die zich pas later manifesteren. Als er wel direct (hoge) kosten moeten worden gemaakt, zorgt dat mogelijk ervoor dat de koop van een complex financieel product, vanwege het feit dat personen gevolgen hyperbolisch verdisconteren, als een cognitief zwaardere optie wordt ervaren.

11.5.8 *Vraag VII: eigen verantwoordelijkheid*

De vervolgvraag is of de nudges die in kaart zijn gebracht voldoende eigen verantwoordelijkheid behouden. Voor het antwoord op die vraag is het niet alleen relevant hoeveel eigen verantwoordelijkheid afnemers bij de aanschaf van complexe financiële producten moeten behouden, maar ook hoeveel eigen verantwoordelijkheid de nudges in kwestie ontnemen. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad (zie eerder par. 11.3) blijkt dat de bijzondere zorgplicht twee grenzen kent. De eerste grens is de eigen verantwoordelijkheid van de afnemer om zich te verdiepen in het complexe financiële product in kwestie. Verdiept een afnemer zich niet daarin, dan dienen de gevolgen daarvan hem bij de vaststelling van de hoogte van schadevergoeding te worden aangerekend als eigen schuld (artikel 6:101 BW). De tweede grens wordt gemarkeerd door de contractsvrijheid. Enkel in uitzonderlijke situaties geldt er voor een aanbieder een weigeringsplicht en wordt de afnemer dusdanig veel eigen verantwoordelijkheid ontnomen dat hij onder geen beding voor het complexe financiële product in kwestie kan kiezen (zie eerder par. 11.3.2). Binnen deze twee grenzen kan een aanbieder van een complex financieel product op basis van de huidige invulling van de bijzondere zorgplicht de plicht hebben om een afnemer te waarschuwen en te adviseren. Daardoor blijft de uiteindelijke keuze die een afnemer maakt zijn eigen verantwoordelijkheid. Hij kan immers besluiten de waarschuwing te negeren en het advies naast zich neer te leggen. En als hij dat doet, zijn de gevolgen daarvan voor zijn eigen rekening.

De nudges die in potentie een nieuwe invulling kunnen geven aan de bijzondere zorgplicht (zie eerder par. 11.5.7) blijven binnen de hiervoor aangeduide grenzen. Daarom is er geen reden om aan te nemen dat die nudges te veel eigen verantwoordelijkheid ontnemen. De eerstgenoemde grens wordt niet overschreden, omdat geen van de hiervoor beschreven nudgetechnieken de eigen verantwoordelijkheid van de afnemer ontnemt om

band met Verordening (EU) nr. 600/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 en de Wet op het financieel toezicht.

zich te verdiepen in de kenmerken van het complexe financiële product in kwestie. Sterker nog: de *consider-the-opposite strategy* en gebruiksinformatie helpen hem zelfs om die verantwoordelijkheid te nemen. Daarnaast zorgen de nudges die de keuze van een afnemer sturen naar het niet aanschaffen van een complex financieel product alleen ervoor dat als een afnemer niet precies weet wat hij wil, of als zijn keuze beïnvloed wordt door lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht, hij eerder besluit geen complex financieel product aan te schaffen dan dat wel te doen. Verder wordt ook de tweede grens niet overschreden door het gebruik van nudging. Geen van de besproken nudges beperkt de contractsvrijheid om een complex financieel product aan te schaffen (zie eerder par. 8.2.5). Tot slot blijft ook bij de toepassing van nudging de uiteindelijke keuze van de afnemer om al dan niet een complex financieel product aan te schaffen zijn eigen verantwoordelijkheid. Als de bijzondere zorgplicht een nieuwe invulling krijgt door nudging en een financiële instelling aan die zorgplicht voldoet, zijn de gevolgen van het aanschaffen van een complex financieel product voor rekening van de afnemer.

11.6 CONCLUSIE

Met nudging kan in potentie een nieuwe invulling worden gegeven aan de bijzondere zorgplicht van financiële instellingen ter verbetering van de bescherming tegen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht. Specifiek ter bescherming tegen zelfoverschatting en overmatig optimisme, twee vormen van lichtvaardigheid, kunnen in potentie twee soorten nudges worden toegepast die een persoon helpen om zelf een keuze te maken. Dat zijn, respectievelijk, de *consider-the-opposite strategy* en de communicatie van gebruiksinformatie. Als blijkt dat deze nudges onvoldoende bescherming bieden, is ook de toepassing gelegitimeerd van nudges die een keuze sturen naar het niet aanschaffen van een complex financieel product. In het kader daarvan kan in potentie een sociale-normnudge worden toegepast, kan de presentatie worden aangepast van informatie over een complex financieel product en de optie om een complex financieel product aan te schaffen, en kan worden ingespeeld op het feit dat personen gevolgen hyperbolisch verdisconteren. Uit nader empirisch onderzoek zal nog moeten blijken of deze nudges daadwerkelijk de gewenste bescherming bieden.

12 NUDGING EN PARTICULIERE BORGTOCHT

12.1 INLEIDING

In deze tweede casestudie wordt de vraag beantwoord of, en zo ja, op welke manier nudging kan bijdragen aan de bescherming van de particuliere borg. Eerst worden de juridische en maatschappelijke relevantie van dit onderwerp toegelicht (par. 12.2), niet alleen om de keuze voor dit onderwerp nader toe te lichten (zie eerder par. 1.5.8), maar ook om het verder te introduceren. Vervolgens wordt in kaart gebracht hoe de particuliere borg in het huidige recht wordt beschermd (par. 12.3). Daarna wordt onderzocht waar er ruimte is voor verbetering van de bescherming van de particuliere borg (par. 12.4) en wordt aan de hand van het stroomschema (zie annex) onderzocht met welke nudges die verbetering in potentie gerealiseerd kan worden (par. 12.5). Dit hoofdstuk sluit af met de conclusie dat drie soorten nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken de particuliere borg in potentie kunnen beschermen, en als voor de schuldeiser een onderzoeksplicht wordt aangenomen, ook enkele nudges die een keuze sturen naar een lager (maximum) bedrag voor de borgtocht (par. 12.6).

12.2 JURIDISCHE EN MAATSCHAPPELIJKE RELEVANTIE VAN PARTICULIERE BORGTOCHT

Bij een overeenkomst van borgtocht verbindt de ene partij, de borg, zich tegenover een andere partij, de schuldeiser, tot nakoming van een verbintenis van een ander, de hoofdschuldenaar (artikel 7:850 BW). De borg is niet gehouden tot nakoming voordat de hoofdschuldenaar in de nakoming van zijn verbintenis tekortschiet (artikel 7:855 BW).¹⁰⁶⁵ Bij borgtocht is de schuldeiser doorgaans een kredietverstrekker. Borgtocht is namelijk, naast de goederenrechtelijke zekerheidsrechten, een veelgebruikt rechtsfiguur voor verkrijging van – zekerheid bij – financiering.¹⁰⁶⁶ Zo wordt regelmatig een overeenkomst van borgtocht aangegaan als een kleine of middelgrote onderneming (extra) financiering wil ver-

¹⁰⁶⁵ Dat een borg pas is gehouden tot nakoming als de hoofdschuldenaar in de nakoming van zijn verbintenis is tekortgeschoten – het subsidiaire karakter van borgtocht –, is voor de particuliere borg van dwingend recht (artikel 7:862 sub a BW). Voor de professionele borg is dit regelend recht. Zie uitvoerig over het subsidiaire karakter van borgtocht en de geschiedenis daarvan: Koops 2010, p. 243-246 en 348-366.

¹⁰⁶⁶ Haentjens 2010a, p. 416.

krijgen terwijl die net start of het financieel slecht gaat.¹⁰⁶⁷ Hoewel voor de financieringspraktijk borgtocht een nuttig en belangrijk rechtsfiguur is, kan het voor de borg een gevaarlijke overeenkomst zijn.¹⁰⁶⁸ Hij loopt namelijk het risico een verbintenis na te moeten komen die niet de zijne is. Met de wettelijke regeling van borgtocht (titel 7.14 BW) heeft de wetgever getracht het midden te vinden tussen enerzijds de bescherming van de borg en anderzijds handhaving van borgtocht als ‘nuttig en onmisbaar instrument in het kredietwezen.’¹⁰⁶⁹ De particuliere borg wordt daarom op verschillende manieren beschermd, terwijl de professionele borg nauwelijks beschermd wordt.¹⁰⁷⁰ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de particuliere borg beschermd wordt omdat:

‘juist bij de particuliere borg, die vaak niet door motieven, maar bijv. door overwegingen die samenhangen met zijn persoonlijke relatie tot de hoofdschuldenaar, tot het aangaan van de borgtocht wordt bewogen, het gevaar van ondoordachtheid of misplaatst vertrouwen in de goede afloop het grootste is, terwijl bij hem het inzicht, nodig voor het beoordelen van de gevolgen van de van hem verlangde transactie, het vaakst zal ontbreken.’¹⁰⁷¹

Ter bescherming van de particuliere borg zijn in titel 7.14 BW niet alleen verschillende dwingendrechtelijke bepalingen opgenomen (zie verder par. 12.3), maar geldt in het licht van het leerstuk dwaling (artikel 6:228 BW) ook een zorgplicht voor kredietverstrekkers.¹⁰⁷² In de lagere rechtspraak bestaat er echter geen consensus over de reikwijdte van die zorgplicht. Volstaat het als de kredietverstrekker de borg algemene informatie verstrekt over het risico van borgtocht?¹⁰⁷³ Of moet de borg ook worden gewezen op de bijzondere risico’s van de borgtochtovereenkomst in kwestie?¹⁰⁷⁴ Ook is het onduidelijk of een kredietverstrekker onderzoek moet verrichten naar de financiële positie van de borg,

1067 Tjittes 2000, p. 1448. Zie verder over andere situaties waarin vaak een overeenkomst van borgtocht wordt aangegaan: Haentjens 2010b, aant. 2.

1068 Reehuis, Slob & Van Zeben (red.) 1991, p. 417 (TM).

1069 Reehuis, Slob & Van Zeben (red.) 1991, p. 417 (TM).

1070 In het ontwerp van het Nieuw Burgerlijk Wetboek werd ook de professionele borg beschermd door verschillende dwingendrechtelijke bepalingen. Deze bepalingen werden later echter te knellend bevonden voor het bedrijfsleven en zijn daarom verwijderd. Zie: Reehuis, Slob & Van Zeben (red.) 1991, p. 443 (MvA).

1071 Reehuis, Slob & Van Zeben (red.) 1991, p. 433 (MvA).

1072 HR 1 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7632, NJ 1990/759, m.nt. Brunner (*Van Landschot/Brink*); HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:543, NJ 2016/190.

1073 Zie instemmend: Rb. Zeeland-West-Brabant 7 oktober 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:6967.

1074 Zie instemmend: Rb. Maastricht 28 februari 2007, ECLI:NL:RBMAA:2007:AZ9740, r.o. 3.10-3.11.

of dat het de eigen verantwoordelijkheid van de borg is om (te) zware financiële lasten te voorkomen.¹⁰⁷⁵

Mede door deze onduidelijkheden bestaat er in de juridische literatuur discussie over de reikwijdte van de bijzondere zorgplicht van de kredietverstrekker. De meerderheidsopvatting is dat een kredietverstrekker een particuliere borg enkel moet wijzen op de algemene risico's van borgtocht,¹⁰⁷⁶ onder meer omdat de privacy van de hoofdschuldenaar anders in het geding komt.¹⁰⁷⁷ Klaassen meent echter dat een kredietverstrekker de particuliere borg soms ook moet wijzen op bijzondere risico's, zoals het risico dat zich voordoet als het financieel slecht gaat met de schuldenaar.¹⁰⁷⁸ Daarnaast oppert Brunner kredietverstrekkers te verplichten om de particuliere borg erop te wijzen dat hij extern deskundig advies kan inwinnen, bijvoorbeeld van een accountant.¹⁰⁷⁹ Verder pleit Tjittes – overigens niet specifiek in het kader van de zorgplicht van de kredietverstrekker – voor een vergaande bescherming van zogeheten 'bezwaarde verwanten', particuliere borgen die een nauwe (affectieve) relatie hebben met de hoofdschuldenaar.¹⁰⁸⁰ Bezwaarde verwanten moeten volgens hem worden beschermd door een bewijsvermoeden van misbruik van omstandigheden (artikel 3:44 lid 4 BW).¹⁰⁸¹ Daarnaast is Tjittes voorstander van een onderzoeksplicht voor de kredietverstrekker naar de financiële draagkracht van de particuliere borg.¹⁰⁸² Indien de kredietverstrekker verzuimt te onderzoeken of de omvang van de borgtocht in redelijke verhouding staat tot de financiële draagkracht van de borg, mag de kredietverstrekker de borg enkel aanspreken voor zover dat wel het geval is, zo stelt Tjittes voor. Blomkwist toont zich – fel – tegenstander van deze voorstellen van Tjittes, onder meer omdat volgens hem reeds voldoende bescherming wordt geboden.¹⁰⁸³

Een perspectief dat vooralsnog ontbreekt in de discussie over de bescherming van de particuliere borg – althans in de Nederlandse juridische literatuur¹⁰⁸⁴ – is dat van de gedrags-

1075 Een dergelijke plicht werd aangenomen door het gerechtshof 's-Hertogenbosch toen het intern beleid was van de kredietverstrekker om een draagkrachtonderzoek te verrichten. Zie: 's-Hertogenbosch 15 juli 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2143, r.o. 7.11; Hof 's-Hertogenbosch 26 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1650, r.o. 7.10.

1076 Zie bijvoorbeeld: Castermans 1992, p. 111; Tjittes 2000, p. 1458-1459; Blomkwist 2012, p. 63.

1077 Zie verder: Van der Hamsvoord 2008, p. 192-198.

1078 Klaassen 2002, p. 671.

1079 C.J.H. Brunner, annotatie bij HR 1 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7632, NJ 1990/759 (*Van Landschot/Brink*), par. 3.

1080 Tjittes 1996, p. 9-13 en 50-65.

1081 Tjittes 2000, p. 1460-1462.

1082 Tjittes 2000, p. 1462-1466.

1083 Blomkwist 2012, p. 64-65.

1084 Zie voor een gedragswetenschappelijk perspectief op borgtocht in de niet-Nederlandse literatuur: Heine & Janal 2010, p. 12-13; Utlu 2017.

wetenschappen. Dat perspectief is echter om verschillende redenen wel relevant. Een gedragswetenschappelijke analyse van de gebreken waartegen de particuliere borg beschermd wordt – een gebrek aan weerstand tegen sociale druk en een gebrek aan cognitieve capaciteit om het risico van borgtocht te kunnen inschatten –, leidt tot een beter begrip van die gebreken (zie verder par. 12.4.2). Vanuit gedragswetenschappelijk perspectief kunnen daarnaast kanttekeningen worden geplaatst bij het beschermingsniveau dat door de huidige beschermingstechnieken geboden wordt (zie verder par. 12.4.3). Tot slot kunnen op basis van gedragswetenschappelijke inzichten ook aanbevelingen worden gedaan voor een betere bescherming van de particuliere borg (zie verder par. 12.5).

12.3 JURIDISCH KADER VAN DE BESCHERMING VAN DE PARTICULIERE BORG

Een persoon handelt in de hoedanigheid van een particuliere borg als hij een overeenkomst van borgtocht aangaat en een natuurlijk persoon is 'die noch handelde in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, noch ten behoeve van de normale uitoefening van een bedrijf van een naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, waarvan hij bestuurder is en alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid der aandelen heeft' (artikel 7:857 BW). De wetgever achtte deze – van de consument afwijkende – definitie van de particuliere borg nodig omdat het in de praktijk voorkomt dat kredietverstrekkers bij het verstrekken van krediet aan een naamloze vennootschap of besloten vennootschap vereisen dat de directeur of grootaandeelhouder borg staat en diegene dan niet enkel in privéhoedanigheid handelt.¹⁰⁸⁵ Ter bescherming van de particuliere borg zijn verschillende bepalingen uit titel 7.14 BW die bij professionele borgtocht aanvullend recht zijn, bij particuliere borgtocht dwingend recht, in zoverre dat daarvan niet ten nadele van de particuliere borg mag worden afgeweken (artikel 7:862 sub a BW). Die bepalingen waarborgen onder meer het afhankelijke (artikel 7:851 BW) en subsidiaire (artikel 7:855 BW) karakter van borgtocht en bepalen dat de borg jegens de schuldeiser dezelfde verweermiddelen kan inroepen als de hoofdschuldenaar (artikel 7:852 BW). Daarnaast zijn in afdeling 7.14.2 BW verschillende bepalingen opgenomen die enkel gelden bij particuliere borgtocht. Zo is een particuliere borgtochtovereenkomst slechts geldig voor zover een (maximum)bedrag voor de borgtocht is overeengekomen (artikel 7:858 BW), is de borg niet gebonden aan bezwaardere voorwaarden dan de voorwaarden die voor de hoofdschuldenaar gelden (artikel 7:860 BW), mag een borgtochtovereenkomst voor toekomstige verbintenissen te allen tijde worden opgezegd als die voor onbepaalde tijd is aangegaan en na vijf jaar als die voor bepaalde tijd is aangegaan (artikel 7:861 lid 1 BW), is de particuliere borg niet gebonden aan een toekomstige verbintenis die voortvloeit uit

1085 Reehuis, Slob & Van Zeven (red.) 1991, p. 444 (MvT).

een rechtshandeling die de schuldeiser onverplicht heeft verricht (artikel 7:861 lid 4 BW), en kan het bestaan van de borgtocht tegenover de particuliere borg enkel worden bewezen door een door hem ondertekend geschrift (artikel 7:859 BW). Als de borgtochtovereenkomst een eenzijdige overeenkomst is, hetgeen doorgaans het geval is, en strekt tot betaling van een geldsom, is voor dwingende bewijskracht van de onderhandse akte vereist dat die met de hand geschreven is of een goedschrift bevat, hetgeen betekent dat de geldsom voluit in letters vermeld wordt (artikel 158 lid 1 Rv). Voorts is de overeenkomst van borgtocht vernietigbaar als de echtgenoot van de particuliere borg geen schriftelijke toestemming verleent voor de borgtocht (artikel 1:88 lid 1 sub c en 1:89 BW).¹⁰⁸⁶ Om te voorkomen dat de dwingendrechtelijke bepalingen van afdeling 7.14.2 BW buiten werking worden gesteld door een overeenkomst met dezelfde strekking als borgtocht anders te benoemen, bepaalt artikel 7:863 BW dat die afdeling ook van toepassing is op overeenkomsten met dezelfde strekking als borgtocht.

Naast dat de particuliere borg beschermd wordt door de bepalingen van titel 7.14 BW wordt hij ook beschermd door – in het bijzonder¹⁰⁸⁷ – het wilsgebrek dwaling (artikel 6:228 BW). Dit blijkt uit het *Van Landschot/Brink*-arrest van de Hoge Raad uit 1990.¹⁰⁸⁸ Daarin ging het om een moeder die borg stond voor een lening van haar zoon die hij onder meer gebruikte om zich in te kopen in een bedrijf. Zowel de bank als de moeder wist dat het financieel slecht ging met het bedrijf, maar dacht dat met een kapitaalinjectie – waarvoor de zoon ook geld leende – een faillissement kon worden voorkomen. De slechte financiële situatie van het bedrijf bleek onder meer uit de balans en de winst-en-verliesrekening. Nadat de borgtocht was aangegaan, bleken de balans en de winst-en-verliesrekening echter fouten te bevatten en stond het bedrijf er nog slechter voor dan de moeder en de kredietverstrekker hadden gedacht. Het bedrijf ging failliet en de kredietverstrekker sprak de moeder aan uit hoofde van borgtocht voor de schuld van haar zoon. Zij beriep zich vervolgens op dwaling. Zowel de rechtbank als het hof ging daarin mee. Het hof oordeelde dat zolang de kredietverstrekker niet kon bewijzen dat de moeder was gewezen op het risico van borgtocht, de overeenkomst vernietigbaar was op basis van dwaling. In cassatie laat de Hoge Raad dit oordeel in stand en overweegt daarbij dat:

1086 Toestemming is niet vereist als de borgtocht wordt aangegaan 'door een bestuurder van een naamloze vennootschap of van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, die daarvan alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid der aandelen houdt en mits zij geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap'. Zie: artikel 1:88 lid 5 BW. Zie over de restrictieve uitleg van deze uitzondering: HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3606, NJ 2016/29 (*Nooij/ING*).

1087 De (particuliere) borg wordt ook beschermd door de andere wilsgebreken, maar het wilsgebrek dwaling is binnen deze context het belangrijkste.

1088 HR 1 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7632, NJ 1990/759, m.nt. Brunner (*Van Landschot/Brink*).

‘[o]nder omstandigheden als waarop in het onderdeel een beroep wordt gedaan, het gevaar van ondoordachtigheid of misplaatst vertrouwen op de goede afloop zodanig is dat het een professionele kredietverlener als de Bank – die in de regel beter in staat zal zijn om het risico dat de borg loopt, te beoordelen dan de particulier die uit hoofde van zijn persoonlijke relatie tot de schuldenaar bereid is borg te staan – alleen dan vrijstaat te betogen dat de dwaling voor rekening van de particuliere borg moet blijven indien hij stelt, en voor zover nodig bewijst dat hij de borg omtrent die risico’s heeft voorgelicht.’¹⁰⁸⁹

Dat er sprake was van wederzijdse dwaling (artikel 6:228 lid 1 sub c BW), aangezien ook de kredietinstelling niet op de hoogte was van de werkelijke financiële positie van het bedrijf, maakt geen verschil. Ook ‘indien de dwaling niet te wijten is aan de wederpartij van de borg’¹⁰⁹⁰ kan daarop een beroep worden gedaan tegenover de kredietverstrekker, aldus de Hoge Raad. Blomkwist is daarop kritisch, omdat het volgens hem de functie van borgtocht ondermijnt.¹⁰⁹¹ Borgtocht is er, zo redeneert hij, om het risico van de schuldeiser over te laten gaan op de borg, hetgeen juist niet gebeurt als ook wederzijdse dwaling voor rekening van de kredietverstrekker komt. Volgens Van Schaick zijn er echter geen concrete indicaties dat kredietverstrekkers door dit arrest borgtochtovereenkomsten minder vaak aangaan.¹⁰⁹²

In 2016 heeft de Hoge Raad, zij het in iets andere bewoordingen, zijn oordeel in het *Van Landschot/Brink*-arrest herhaald in een Arubaanse zaak die ging over een zakenman die als particulier borg stond voor een lening van het failliet verklaarde bedrijf van een vriend.¹⁰⁹³ Zowel de borg als de schuldeisers, twee kredietverstrekkers, gingen ervan uit dat het faillissement in hoger beroep zou worden teruggedraaid. Het faillissement werd in hoger beroep echter bekrachtigd. De schuldeisers spraken de borg aan, waarna die zich op dwaling beriep. Het Gerecht in eerste aanleg van Aruba stelde de borg in het gelijk, maar het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba oordeelde anders, onder meer omdat de particuliere borg een ervaren zakenman was. De Hoge Raad vernietigde de uitspraak van het hof en bepaalde daarbij:

‘Een particuliere borg behoeft immers bescherming tegen eigen ondoordachtigheid bij het aangaan van een overeenkomst waarvan de financiële gevolgen

1089 HR 1 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7632, r.o. 3.3, NJ 1990/759, m.nt. Brunner (*Van Landschot/Brink*).

1090 HR 1 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7632, r.o. 3.3, NJ 1990/759, m.nt. Brunner (*Van Landschot/Brink*).

1091 Blomkwist 2012, p. 62.

1092 Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/110.

1093 HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:543, NJ 2016/190.

vooral nog uitblijven maar die, als zij zich voordoen, een zware last plegen te vormen. (...) De omstandigheid dat de borgtocht is aangegaan door een particulier die (...) een “ervaren zakenman” is, maakt dit niet anders.¹⁰⁹⁴

De informatieplicht voor een kredietverstrekker geldt kortom ongeacht de kennis en ervaring van de particuliere borg.

12.4 DE BESCHERMING VAN DE PARTICULIERE BORG BEZIEN VANUIT GEDRAGSWETENSCHAPPELIJK PERSPECTIEF

12.4.1 *Inleiding*

Ter beantwoording van de vraag of, en zo ja, op welke manier nudging kan bijdragen aan de bescherming van de particuliere borg, wordt in deze paragraaf onderzocht waar er ruimte is voor verbetering van die bescherming. Daarvoor worden eerst de gebreken waartegen de particuliere borg wordt beschermd nader in kaart gebracht en vanuit gedragswetenschappelijk perspectief gezien (par. 12.4.2). Daarna worden de beschermingstechnieken die in het huidige recht worden toegepast vanuit hetzelfde perspectief gezien (par. 12.4.3). Daarvoor wordt gebruik gemaakt van reeds bestaand gedragswetenschappelijk onderzoek naar hoe mensen keuzes maken.¹⁰⁹⁵

12.4.2 *De zwakheden waartegen de particuliere borg wordt beschermd*

Uit de parlementaire geschiedenis en rechtspraak van de Hoge Raad (zie eerder par. 12.3) blijkt dat er twee gebreken zijn die – samen – nopen tot bescherming van de particuliere borg. Dat zijn de doorgaans persoonlijke relatie van de particuliere borg met de hoofdschuldenaar en het gebrek aan inzicht dat de particuliere borg kan hebben in het risico van borgtocht. De eerste zwakheid kwalificeert als een gebrek aan weerstand en de tweede als een gebrek aan cognitieve capaciteit. Wat betreft het eerste gebrek: door de particuliere borg wordt een overeenkomst van borgtocht in beginsel niet aangegaan voor eigen gewin, maar omdat een ander, de hoofdschuldenaar, daarbij gebaat is. De particuliere borg gaat een borgtochtovereenkomst aan, zo wordt in de parlementaire geschiedenis gesteld, ‘door

1094 HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:543, r.o. 3.4.2, NJ 2016/190.

1095 Het risico van het gebruik van reeds bestaand gedragswetenschappelijk onderzoek is dat problemen die specifiek bij particuliere borgtocht optreden mogelijk onontdekt blijven, en – omgekeerd – problemen die daarbij niet optreden wel als mogelijk probleem beschouwd kunnen worden. Zie eerder over de keuze om in dit onderzoek geen eigen empirisch onderzoek te verrichten: par. 1.4.4.

overwegingen die samenhangen met zijn persoonlijke relatie tot de hoofdschuldenaar.¹⁰⁹⁶ Tegelijkertijd kan die persoonlijke relatie ook de reden zijn dat iemand een borgtochtovereenkomst aangaat terwijl hij dat eigenlijk niet wil. Door zijn persoonlijke relatie met de hoofdschuldenaar kan hij zich onder druk gezet voelen om borg te staan. Colombi Ciacchi beschrijft de positie van particuliere borgen daarom als volgt: ‘either they accept to stand surety, or they risk impairing their familiar relationship by refusing to do so’.¹⁰⁹⁷ In andere Europese landen wordt sociale druk ook beschouwd als een reden dat particuliere borgen tegen hun wil in een borgtochtovereenkomst kunnen aangaan.¹⁰⁹⁸ In de Engelstalige literatuur wordt borgtocht om deze reden zelfs aangeduid als ‘emotionally transmitted debt’.¹⁰⁹⁹ Hoewel onderzoek ontbreekt naar hoe vaak het voorkomt dat particuliere borgen een borgtochtovereenkomst aangaan vanwege sociale druk, blijkt uit sociaalpsychologisch onderzoek dat mensen hun keuzes gemakkelijk laten beïnvloeden door sociale druk. Zij voldoen namelijk graag aan de verwachtingen van anderen. Zo stellen Cialdini en collega’s dat: ‘humans are fundamentally motivated to create and maintain positive social relationships’.¹¹⁰⁰ Hierdoor zijn zij ‘strongly motivated to gain the approval of others – and, crucially, to avoid the pain and isolation of being disapproved or rejected’.¹¹⁰¹ Dat sociale druk een rol kan spelen bij de keuze van een particulier om al dan niet een borgtochtovereenkomst aan te gaan, is hierdoor zeer aannemelijk.

Naast dat een particuliere borg onder invloed van een gebrek aan weerstand tegen sociale druk een borgtochtovereenkomst kan aangaan, kan hij daartoe ook bewogen worden door een onjuiste voorstelling van zaken omtrent het risico van borgtocht. Door de wetgever wordt aangenomen dat een dergelijke onjuiste voorstelling van zaken twee oorzaken kan hebben. Allereerst is bij een particuliere borg, in vergelijking met een professionele borg, ‘het gevaar van ondoordachttheid of misplaatst vertrouwen in de goede afloop het grootste’.¹¹⁰² Dit, zo vult Tjittes aan, ‘terwijl de crediteur daar kennelijk niet zo zeker van is; anders had deze niet gestaan op een borgtocht’.¹¹⁰³ Ten tweede wordt in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat bij de particuliere borg ten opzichte van de professionele borg ‘het inzicht, nodig voor het beoordelen van de gevolgen van de verlangde transactie het vaakst ontbreekt’.¹¹⁰⁴ Daarbij speelt een rol, zo lijkt de Hoge Raad aan te vullen, dat het bij borgtocht gaat om een overeenkomst ‘waarvan de financiële gevolgen vooralsnog uitblij-

1096 Reehuis, Slob & Van Zeben (red.) 1991, p. 443 (MvA).

1097 Colombi Ciacchi 2005, p. 297.

1098 Zie verder: Colombi Ciacchi & Weatherill (red.) 2010.

1099 Zie bijvoorbeeld: Cherednychenko 2007, p. 303-304.

1100 Cialdini, Martin & Goldstein 2015, p. 27.

1101 Cialdini, Martin & Goldstein 2015, p. 27. Zie tevens: Dhimi & Sunstein 2022, p. 149-156.

1102 Reehuis, Slob & Van Zeben (red.) 1991, p. 443 (MvA).

1103 Tjittes 2000, p. 1448.

1104 Reehuis, Slob & Van Zeben (red.) 1991, p. 443 (MvA).

ven.¹¹⁰⁵ Dat particuliere borgen om deze redenen het risico van borgtocht niet goed kunnen inschatten, is in lijn met twee psychologische fenomenen die uitvoerig zijn beschreven in gedragswetenschappelijke literatuur, maar waarnaar – helaas – geen onderzoek is verricht binnen de context van borgtocht. Dat zijn: overmatig optimisme en *present bias*. Personen kunnen overmatig optimistisch zijn, hetgeen betekent dat zij eerder uitgaan van goede kansen dan kwade kansen (zie eerder par. 5.2.2.5).¹¹⁰⁶ Een reden waarom personen regelmatig overmatig optimistisch zijn, is dat zij menen dat het beter is om uit te gaan van het goede, simpelweg omdat zij zich liever ergens goed over voelen dan slecht.¹¹⁰⁷ Bij borgtocht leidt dit mogelijk tot ondoordachtetheid en misplaatst vertrouwen in een goede afloop. Een particuliere borg zal voor zijn eigen gemoedrust waarschijnlijk ook liever ervan uitgaan dat hij niet zal worden aangesproken door de schuldeiser dan dat dit wel gebeurt. Daarnaast kunnen personen ook *present-biased* zijn, hetgeen betekent dat zij – omdat zij gevolgen hyperbolisch verdisconteren – onevenredig veel meer gewicht toekennen aan de kortetermijngevolgen van een keuze dan aan de mogelijke langetermijngevolgen daarvan (zie eerder par. 10.5.2). Daardoor onderschatten zij waarschijnlijk ook het risico van borgtocht, omdat het voordeel daarvan zich doorgaans direct voordoet – de hoofdschuldenaar kan de overeenkomst met de schuldeiser aangaan –, terwijl het onzeker is of het nadelige langetermijngevolg – aangesproken worden door de schuldeiser – zich überhaupt zal voordoen, en zo ja, wanneer.

12.4.3 *De beschermingstechnieken bezien vanuit gedragswetenschappelijk perspectief*

Tegen een gebrek aan weerstand en een gebrek aan cognitieve capaciteit wordt de particuliere borg in het huidige recht op drie manieren beschermd. De particuliere borg wordt daartegen allereerst beschermd doordat verschillende bepalingen uit titel 7.14 BW zijn rechten en plichten nader specificeren en de contractsvrijheid beperken (zie eerder par. 12.3). Die bepalingen trachten te voorkomen dat een particuliere borg een (te) groot risico neemt. De vraag is echter of de grenzen die zij stellen niet te ruim zijn. Artikel 7:858 BW beperkt bijvoorbeeld de geldigheid van de borgtocht tot het overeengekomen (maximum)bedrag, maar het (maximum)bedrag dat mag worden overeengekomen, is onbeperkt.

Ten tweede wordt de particuliere borg beschermd door verschillende eisen van procedurele aard. Die eisen zorgen ervoor – althans dat is het idee – dat de aspirant-borg wordt

1105 HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:543, r.o. 3.4.2, NJ 2016/190.

1106 Shepperd e.a. 2015, p. 232.

1107 Shepperd e.a. 2015, p. 233-234. Zie tevens: Dhami & Sunstein 2022, p. 63-64.

aangezet tot (nadere) reflectie op het risico van de borgtocht. Zo stelt Blomkwist over het vereiste van goedschrift (artikel 158 lid 1 Rv) en het vereiste van toestemming van de echtgenoot (artikel 1:88 lid 1 sub c BW) het volgende:

‘Het eerste leidt ertoe dat de borg gedwongen wordt zich rekenschap te geven van het feit dat hij het risico loopt dat hij voor het in het goedschrift genoemde bedrag wordt aangesproken. Het tweede leidt ertoe dat er in het gezin van de borg nog eens goed nagedacht kan worden over de vraag waartoe men zich verbindt.’¹¹⁰⁸

Voorts wordt ook het vereiste dat een (maximum)bedrag moet zijn overeengekomen (artikel 7:858 BW), geacht ervoor te zorgen dat de particuliere borg zich bewust wordt van de omvang van het risico dat hij neemt. Dit blijkt uit de parlementaire geschiedenis, waarin gesteld wordt:

‘Degene die een borgtocht aangaat, moet zich niet alleen van de aard, doch ook van de omvang van het aanvaarde risico bewust zijn. De wetgever kan dit bevorderen door voor te schrijven dat een borgtocht slechts geldig is voor zover zij tot een in geld uitgedrukt maximum is aangegaan.’¹¹⁰⁹

Tot slot wordt het schriftelijkheidsvereiste (artikel 7:859 BW) geacht ‘overijling’¹¹¹⁰ en ‘lichtvaardige borgtochten’¹¹¹¹ te kunnen voorkomen. In de parlementaire geschiedenis wordt over dit vereiste echter gesteld dat:

‘[dat; TB] weliswaar niet als een afdoende middel tegen lichtvaardige borgtochten kan worden gezien, maar toch wel meer dan een vormloze overeenkomst dwingt [de particuliere borg; TB] te realiseren waartoe men zich verbindt.’¹¹¹²

Naar de vraag welk effect een schriftelijkheidsvereiste heeft op lichtvaardige besluitvorming is helaas – althans bij mijn weten¹¹¹³ – geen empirisch onderzoek verricht. De wetgever lijkt inmiddels echter niet meer te veronderstellen dat een schriftelijkheidsvereiste

1108 Blomkwist 2012, p. 64. Zie verder over de ratio van artikel 158 Rv: Van Zeben, Belinfante & Van Ewijk (red.) 1961, p. 260 (MvA).

1109 Reehuis, Slob & Van Zeben (red.) 1991, p. 447 (TM).

1110 Reehuis, Slob & Van Zeben (red.) 1991, p. 448 (TM).

1111 Reehuis, Slob & Van Zeben (red.) 1991, p. 450 (MvA).

1112 Reehuis, Slob & Van Zeben (red.) 1991, p. 450 (MvA).

1113 Cserne is in 2012 tot dezelfde conclusie gekomen. Zie: Cserne 2012, p. 109.

lichtvaardige besluitvorming (enigszins) kan tegengaan. Het schriftelijkheidsvereiste bij de koop van een woning (artikel 7:2 lid 1 BW), dat op 1 september 2003 in werking is getreden, heeft bijvoorbeeld alleen nog maar als doel om rechtszekerheid te bieden over de contractsinhoud en het begin van de bedenktijd.¹¹¹⁴ In lijn hiermee meent Cserne dat een schriftelijkheidsvereiste – inmiddels – geen lichtvaardige besluitvorming kan tegengaan, omdat het tegenwoordig zeer gebruikelijk is om contracten schriftelijk op te stellen en te ondertekenen – ook als dat wettelijk niet verplicht is.¹¹¹⁵ Colombi Ciacchi en Weatherill merken op dat een schriftelijkheidsvereiste bij borgtocht mogelijk zelfs een tegengesteld effect kan hebben.¹¹¹⁶ Door de kredietverstrekker kan de indruk worden gewekt dat de schriftelijke opstelling van de overeenkomst slechts een formaliteit is, waardoor de aandacht wordt afgeleid van de inhoud van de overeenkomst. Het is mede daarom tevens de vraag of het procedurele vereiste van toestemming van de echtgenoot bescherming biedt tegen lichtvaardigheid (artikel 1:88 lid 1 sub c BW). Ook naar het antwoord op deze vraag is helaas geen empirisch onderzoek verricht. Het is mogelijk dat door dit vormvereiste inderdaad, zoals Blomkwist veronderstelt, binnen het gezin nog eens goed wordt nagedacht over waaraan men zich verbindt.¹¹¹⁷ Het is echter tevens mogelijk dat een echtgenoot van een particuliere borg dit ook slechts als een formaliteit beschouwt en tekent zonder daar verder over na te denken, of tekent omdat die zich onder druk gezet voelt.

Ten derde wordt de particuliere borg beschermd door de informatieplicht van de kredietverstrekker. Er bestaat echter onduidelijkheid over de omvang van die informatieplicht (zie eerder par. 12.2). Volstaat het om de particuliere borg slechts te wijzen op het algemene risico van borgtocht, of moet hij ook op bijzondere risico's gewezen worden? Nog los van het antwoord op deze vraag biedt de informatieplicht van de kredietverstrekker onvoldoende bescherming zolang niet tevens transparantievereisten worden gesteld, zodat de beperkte cognitieve capaciteit van mensen om informatie te verwerken in ogenschouw wordt genomen (zie eerder par. 9.2.2.1). Ook binnen de context van het Engelse recht wordt getwijfeld aan de bescherming die informatieplichten bij borgtocht bieden. Daarover stelt Parry namelijk:

‘The case law surrounding sureties provides ample evidence that the provision of information regarding the transaction may still be insufficient. Sureties will

1114 Zie over rechtszekerheid in het algemeen: *Kamerstukken II 1995/96*, 23095, nr. 5, p. 6, 8 en 13 (MvA). Zie over rechtszekerheid over het begin van de bedenktijd: *Kamerstukken II 1995/96*, 23095, nr. 5, p. 4 en 8 (MvA); *Kamerstukken II 2000/01*, 23095, nr. 10, p. 27. Zie verder: Breedveld-de Voogd 2007, p. 46-49; Keirse e.a. 2009, p. 10-11.

1115 Cserne 2012, p. 109.

1116 Colombi Ciacchi & Weatherill 2010, p. 33.

1117 Blomkwist 2012, p. 64.

still enter into disadvantageous transactions through family loyalty or vulnerability.¹¹¹⁸

12.5 DE BESCHERMING VAN DE PARTICULIERE BORG EN HET STROOMSCHEMA

12.5.1 *Inleiding*

Omdat er vraagtekens gezet kunnen worden bij het effect van de huidige bescherming van de particuliere borg, is het de vraag of, en zo ja, op welke manier nudging kan bijdragen aan betere bescherming. Deze vraag wordt beantwoord aan de hand van het stroomschema (zie annex). De laatste vraag van het stroomschema – de vraag of empirisch is vastgesteld dat de nudge in kwestie de gewenste bescherming biedt (vraag VIII) – blijft ook in deze casestudie onbeantwoord, omdat beantwoording daarvan buiten het bestek van dit onderzoek valt (zie eerder par. 1.4.4).

12.5.2 *Vraag I: het gebrek in kwestie*

De eerste vraag is of een contractuele keuze wordt beïnvloed door een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit of een gebrek aan weerstand. De contractuele keuzes van een particuliere borg kunnen worden beïnvloed door een gebrek aan weerstand tegen sociale druk en door een gebrek aan cognitieve capaciteit om het risico van borgtocht in te schatten. Althans in de parlementaire geschiedenis en de rechtspraak van de Hoge Raad wordt dat aangenomen (zie eerder par. 12.4.2) – overigens net als in verschillende andere Europese landen.¹¹¹⁹ Hoewel geen empirisch onderzoek is verricht naar de vraag of die aannames kloppen, is er ook geen reden om daaraan te twijfelen. Uit onderzoek naar de invloed die sociale druk, overmatig optimisme en *present bias* kunnen hebben op keuzes, blijkt dat die factoren waarschijnlijk ook van invloed kunnen zijn op contractuele keuzes over borgtocht (zie eerder par. 12.4.2). Een contractuele keuze van een particuliere borg kan verder ook worden beïnvloed door een gebrek aan cognitieve capaciteit om informatie over het risico van borgtocht te begrijpen en te gebruiken (zie eerder par. 12.4.3).

1118 Parry 2005, p. 363. Zie instemmend: Kenny 2007, p. 176; Colombi Ciacchi & Weatherill (red.) 2010, p. 32.

1119 Zie uitgebreid: Colombi Ciacchi & Weatherill (red.) 2010.

12.5.3 *Vraag II: zwakkere partijen – van fouten – laten leren*

Omdat het antwoord op de eerste vraag bevestigend luidt, is de vervolgvraag of bescherming door nudging onnodig is omdat zwakkere partijen – van fouten – kunnen leren. Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend. Ten eerste gaan particulieren, eventuele uitzonderingen daargelaten, niet vaak een borgtochtovereenkomst aan en kan één verkeerde keuze daarover al verstrekkende gevolgen hebben. Particuliere borggen hebben daardoor niet alleen weinig gelegenheden om van hun fouten te kunnen leren, vaak hebben zij ook niet de (financiële) ruimte om een verkeerde keuze te kunnen maken. Ten tweede is het onwaarschijnlijk dat door educatie bescherming van de particuliere borg overbodig wordt. Hoewel specifiek naar het effect van educatie op keuzes over borgtocht geen empirisch onderzoek is verricht, is het onwaarschijnlijk dat als financiële educatie nauwelijks tot geen effect heeft op financiële keuzes (zie eerder par. 7.4.2), educatie over borgtocht dat wel zal hebben.

12.5.4 *Vraag III: bescherming door fraternalistische beschermingstechnieken*

De vervolgvraag is of fraternalistische beschermingstechnieken de gewenste bescherming kunnen bieden. Ook het antwoord op deze vraag luidt waarschijnlijk ontkennend. Vanuit gedragswetenschappelijk perspectief kunnen er verschillende vraagtekens worden gezet bij het beschermingsniveau dat de huidige fraternalistische beschermingstechnieken bieden (zie eerder par. 12.4.3).

12.5.5 *Vraag IV: bescherming door nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken*

De vraag die vervolgens moet worden beantwoord, is of tegen de gebreken in kwestie in potentie bescherming kan worden geboden door nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken. Dit is het geval. In potentie kan door informatie te vertalen bescherming worden geboden tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit om informatie over het risico van borgtocht te begrijpen en te gebruiken, door gebruiksinformatie te communiceren bescherming worden geboden tegen *present bias* en overmatig optimisme, en door de *consider-the-opposite strategy* te faciliteren bescherming worden geboden tegen overmatig optimisme (zie annex, tabel 3).

12.5.6 *Vraag V: de optie waarnaar een keuze moet worden gestuurd*

Omdat de vierde vraag bevestigend kan worden beantwoord, moet de vijfde vraag worden overgeslagen, tenzij uit de beantwoording van de overige vragen blijkt dat nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken toch niet de gewenste bescherming kunnen bieden. Om echter het gehele stroomschema nader te illustreren, en omdat in deze case-studie niet empirisch wordt onderzocht of de nudges in kwestie de beoogde bescherming bieden, wordt in deze casestudie ook de vijfde vraag van het stroomschema beantwoord – de vraag of kan worden vastgesteld naar of weg van welke optie een keuze gestuurd moet worden om bescherming te bieden. Daarvoor moet worden onderzocht of de meerderheid van zwakkere partijen een bepaalde optie zou kunnen aanvaarden als de beste optie of als een optie die niet moet worden gekozen (zie eerder par. 8.3.5).

Een particuliere borg gaat een borgtochtovereenkomst doorgaans aan omdat hij de hoofdschuldenaar wil helpen. Het kan echter zo zijn dat hij dat eigenlijk niet wil, maar enkel besluit borg te staan vanwege sociale druk in combinatie met eventueel ook een onjuiste risico-inschatting. Als er indicaties zijn dat die situatie zich vaak voordoet, zou dat ervoor pleiten de keuze van een particuliere borg te sturen naar het niet aangaan van een borgtochtovereenkomst. Die indicaties zijn er echter niet. Het is aannemelijker dat personen die overwegen borg te staan doorgaans daadwerkelijk de hoofdschuldenaar willen helpen, maar dat zij dat niet tegen elke prijs willen doen. De meeste particuliere borgen zullen bijvoorbeeld niet hun eigen financiële gezondheid willen riskeren door borg te staan. Zij kunnen daar echter mogelijk wel voor kiezen door sociale druk en een onjuiste risico-inschatting. Dit pleit ervoor de keuze van een particuliere borg te sturen naar een borgtochtovereenkomst waarvan het risico zijn financiële gezondheid niet – te veel – kan schaden, waarvan met andere woorden het (maximum)bedrag niet onverstandig is gezien zijn financiële situatie. Dit zou bijvoorbeeld kunnen door de particuliere borg te sturen naar een lager (maximum)bedrag dan het initieel door de kredietverstrekker bedongen (maximum)bedrag. Het initiële (maximum)bedrag kan echter zowel hoger als lager zijn dan het (maximum)bedrag dat, gezien de financiële situatie van de borg, niet onverstandig is om te kiezen. Daarom zouden waarschijnlijk maar weinig particuliere borgen daadwerkelijk worden beschermd door een dergelijke nudge. De particuliere borg wiens financiële situatie een hoger (maximum)bedrag toelaat dan het initiële (maximum)bedrag, moet zich onttrekken aan de sturing van de nudge – ervan uitgaande dat hij de wens heeft de hoofdschuldenaar te helpen –, terwijl de particuliere borg voor wie een lager (maximum)bedrag nog steeds te hoog is onvoldoende beschermd wordt. Het ligt daarom meer voor de hand de kredietverstrekker te verplichten om draagkrachtonderzoek te verrichten naar de financiële situatie van de particuliere borg. Als uit dat onderzoek blijkt dat het (maximum)bedrag te hoog is, dient de kredietverstrekker vervolgens de plicht te hebben om de keuze

van de particuliere borg naar een lager (maximum)bedrag te sturen. De vraag of een onderzoeksplicht voor de kredietverstrekker gerechtvaardigd is, kan mijns inziens bevestigend worden beantwoord, mede omdat een dergelijke plicht in lijn zou zijn met het steeds belangrijker wordende ken-uw-cliënt-beginsel in het financieel toezichtrecht.¹¹²⁰

12.5.7 Vraag VI: randvoorwaarden

12.5.7.1 Inleiding

De vervolgvraag is of in potentie aan de randvoorwaarden kan worden voldaan van de nudges die een particuliere borg kunnen beschermen. Ter beantwoording van deze vraag wordt eerst ingegaan op de relevante nudges die een particuliere borg kunnen helpen om zelf een contractuele keuze te maken (zie eerder par. 12.5.5). Dat zijn: informatie vertalen (par. 12.5.7.2), gebruiksinformatie communiceren (par. 12.5.7.3) en de *consider-the-opposite strategy* faciliteren (par. 11.5.7.4). Vervolgens wordt ingegaan op de relevante sturende nudges. Dat zijn: de standaardoptie (par. 12.5.7.5), de sociale-normnudge (par. 12.5.7.6), de nudges die de presentatie van informatie of een keuze(optie) aanpassen (par. 12.5.7.7), en de nudges die inspelen op het feit dat personen gevolgen hyperbolisch verdisconteren (par. 12.5.7.8).

12.5.7.2 Informatie vertalen ter verbetering van informatieoverdracht

Om de particuliere borg te helpen met het begrijpen en gebruiken van informatie over het risico van borgtocht kan die informatie worden vertaald. Dit houdt in dat die informatie wordt ingekort of versimpeld, zodat rekening wordt gehouden met de beperkte cognitieve capaciteit van mensen (zie eerder par. 9.2). De complexiteit van het risico van borgtocht is waarschijnlijk de voornaamste reden dat particuliere borgen moeite kunnen hebben met het begrijpen en gebruiken van informatie daarover. Daarom is het versimpelen van informatie het meest relevant. Hoewel het onduidelijk is welke informatie een kredietverstrekker precies moet verstrekken (zie eerder par. 12.2), moet hij de particuliere borg in ieder geval informeren over het algemene risico van borgtocht. Dat risico bestaat uit de financiële verplichting die voor de borg kan ontstaan als de hoofdschuldenaar zijn verbintenis niet nakomt.¹¹²¹ Terwijl de (maximale) omvang van die financiële verplichting vooraf moet worden vastgesteld (artikel 7:858 BW), is het doorgaans onbekend wat de kans is dat

¹¹²⁰ Zie bijvoorbeeld: artikel 4:23, 4:24 en 4:34 Wft. Zie verder over het ken-uw-cliënt-beginsel: Van den Eerden e.a. 2018, p. 235-238. Dit beginsel werd reeds binnen de context van particuliere borgtocht relevant geacht in: CbB 23 januari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:16, JOR 2015/143 (AFM/Quarz). Fleuren stelt echter dat daaruit niet kan worden afgeleid dat er een algemene onderzoeksplicht is voor een kredietverstrekker om onderzoek te doen naar de vermogenspositie van de particuliere borg. Hij meent overigens ook dat een dergelijke onderzoeksplicht niet wenselijk zou zijn. Zie: Fleuren 2016, p. 186.

¹¹²¹ Blomkwist 2012, p. 63; Bergervoet 2014, p. 132.

de particuliere borg wordt aangesproken. Die is mede afhankelijk van de kredietwaardigheid van de hoofdschuldenaar, die vaak ook weer van verschillende factoren afhankelijk is. Een wijze waarop de particuliere borg beter kan worden geïnformeerd over het risico van borgtocht, is de kenmerken van borgtocht verduidelijken aan de hand van zogeheten *frequently asked questions*. Concreet betekent dit dat aan de hand van antwoorden op vragen, zoals ‘Wanneer moet ik betalen?’, ‘Hoeveel moet ik betalen?’ en ‘Wat als ik het geld niet heb?’, het gevaarlijke karakter van borgtocht wordt toegelicht. Daarbij zou gebruik kunnen worden gemaakt van een levendig voorbeeld, zoals de situatie die zich in het *Van Landschot/Brink*-arrest voordeed (zie eerder par. 12.3).¹¹²² Uit onderzoek blijkt namelijk dat personen niet alleen informatie beter kunnen begrijpen als die gepresenteerd wordt als *frequently asked questions* (zie eerder par. 9.2.2.3), maar ook als die geïllustreerd wordt aan de hand van levendige voorbeelden.¹¹²³

12.5.7.3 Gebruiksinformatie

Ter bescherming tegen overmatig optimisme en *present bias* kan gebruiksinformatie worden gecommuniceerd (zie eerder par. 9.3.3). Concreet zou dat betekenen dat een aspirant-borg geïnformeerd wordt over hoe vaak andere particuliere borgen gemiddeld aangesproken worden door een schuldeiser. Zo kan mogelijk niet alleen worden voorkomen dat een particuliere borg de potentiële langetermijngevolgen van borgtocht onderschat, maar ook dat hij overmatig optimistisch is over de kans dat hij niet door de schuldeiser wordt aangesproken. Idealiter wordt de gecommuniceerde gebruiksinformatie aangepast aan de kenmerken van de overeenkomst tussen de hoofdschuldenaar en de schuldeiser. Als die overeenkomst bijvoorbeeld strekt tot financiering van een startende onderneming, wordt een particuliere borg wellicht vaker of misschien juist minder vaak aangesproken dan als die bijvoorbeeld strekt tot financiering van een caravan.

12.5.7.4 De *consider-the-opposite strategy*

Door de *consider-the-opposite strategy* te faciliteren kan in potentie bescherming worden geboden tegen overmatig optimisme (zie eerder par. 9.6.2). Concreet zou de toepassing van de *consider-the-opposite strategy* inhouden dat een particuliere borg gevraagd wordt om redenen te bedenken waarom het onverstandig zou kunnen zijn om borg te staan voor het (maximum)bedrag in kwestie. Naar de vraag welk effect de *consider-the-opposite strategy* specifiek heeft op overmatig optimisme is nog weinig onderzoek verricht (zie eerder par. 11.5.7.2).¹¹²⁴ Wel blijkt uit onderzoek dat de *consider-the-opposite strategy* een positief

1122 HR 1 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7632, NJ 1990/759, m.nt. Brunner (*Van Landschot/Brink*).

1123 Loewenstein, Sunstein & Golman 2014, p. 410; BIT 2019b, p. 9-10.

1124 Koriat, Lichtenstein & Fischhoff 1980, p. 107-118; Hoch 1985, p. 719-731.

effect kan hebben op keuzes over de hoogte van een hypotheek.¹¹²⁵ Mogelijk kan het daarom ook de particuliere borg helpen met het kiezen van een passend (maximum)bedrag bij borgtocht.

12.5.7.5 Standaardoptie

Om de keuze van een particuliere borg te sturen naar een (maximum)bedrag dat niet hoger is dan het verstandige (maximum)bedrag zou dat (maximum)bedrag de standaardoptie kunnen zijn (zie eerder par. 10.2). De particuliere borg kiest dan automatisch voor het verstandige (maximum)bedrag, tenzij hij voor een ander (maximum)bedrag kiest. Het verstandige (maximum)bedrag zou dan echter onbedoeld als anker kunnen functioneren, waardoor een particuliere borg mogelijk een hoger (maximum)bedrag kiest dan hij anders zou hebben gedaan. Uit onderzoek blijkt namelijk dat enkel de weergave van een maximumleenbedrag al leidt tot hogere leenbedragen vanwege het ankereffect.¹¹²⁶ Voorts blijkt uit onderzoek van de AFM dat vooraf ingevulde standaardwaarden als gevolg van het ankereffect beïnvloedden wat consumenten invulden bij de inkomens- en lastentoets voor een telefoonlening, ook al was het evident dat die waarden niet bij hun situatie aansloten.¹¹²⁷ De toepassing van een standaardoptie ter bescherming van de particuliere borg ligt daarom niet voor de hand.

12.5.7.6 Sociale-normnudge

Om de keuze van een particuliere borg naar een lager (maximum)bedrag te sturen kan in potentie een sociale norm worden gecommuniceerd (zie eerder par. 10.3). Concreet zou dat inhouden dat gecommuniceerd wordt hoe het gekozen (maximum)bedrag zich bij andere particuliere borgen verhoudt tot hun financiële situatie. Zo zou kunnen worden gecommuniceerd dat ‘de meerderheid van personen met een vergelijkbare inkomens- en vermogenspositie voor een lager (maximum)bedrag kiest’. Indien een dergelijke sociale norm feitelijk onjuist is, zou een normatieve of veranderende verwachting gecommuniceerd kunnen worden – uiteraard voor zover die wel feitelijk juist is en een keuze naar een lager (maximum)bedrag stuurt. Eventueel zou ook naar de opvattingen van experts kunnen worden verwezen. Omdat het effect van een sociale-normnudge zeer contextafhankelijk is en zelfs tegengesteld kan zijn, is het bij een sociale-normnudge in het bijzonder van belang dat empirisch wordt onderzocht of de beoogde nudge ook in de context in kwestie de gewenste bescherming biedt.

¹¹²⁵ Elsen e.a. 2020, p. 37.

¹¹²⁶ BIN NL 2021, p. 77-79.

¹¹²⁷ AFM 2018.

12.5.7.7 De presentatie van informatie en een keuze(optie)

Om een keuze naar een lager (maximum)bedrag te sturen kan in potentie worden ingespeeld op het *framing*-effect (zie eerder par. 10.4.2.1), bijvoorbeeld door de eis te stellen dat als informatie over borgtocht zowel positief als negatief *geframed* kan worden, enkel gekozen mag worden voor de negatieve *framing*. Deze eis zou in combinatie met de communicatie van informatie over gemiddeld gebruik betekenen dat een kredietverstrekker alleen mag aangeven hoe vaak een borg gemiddeld wordt aangesproken door de schuldeiser, en niet hoe vaak een borg gemiddeld niet wordt aangesproken. Inspelen op het ankeffect ligt bij particuliere borgtocht niet voor de hand vanwege het onbedoelde neveneffect dat dit effect kan hebben (zie eerder par. 12.5.7.5).

12.5.7.8 Inspelen op het feit dat personen gevolgen hyperbolisch verdisconteren

Tot slot zou kunnen worden ingespeeld op het feit dat personen gevolgen hyperbolisch verdisconteren (zie eerder par. 10.5). Concreet zou dat bijvoorbeeld betekenen dat een particuliere borg enkel voor een hoger (maximum)bedrag dan het verstandige (maximum)bedrag mag kiezen als hij een bepaald geldbedrag reserveert. Zo kan mogelijk specifiek de invloed van *present bias* worden tegengegaan, omdat de keuze voor een hoger (maximum)bedrag dan ook het directe negatieve gevolg heeft dat de particuliere borg over een deel van zijn geld (tijdelijk) geen beschikking heeft. Een dergelijke verplichting is vergelijkbaar met de marginverplichting die onder meer bij optietransacties geldt (zie eerder par. 3.4.4.2).

12.5.8 Vraag VII: eigen verantwoordelijkheid

Omdat in potentie verschillende nudges kunnen worden toegepast ter bescherming van de particuliere borg, is de vervolgvraag of met die nudges voldoende eigen verantwoordelijkheid behouden blijft. Voor de beantwoording van die vraag is het niet alleen relevant hoeveel eigen verantwoordelijkheid de particuliere borg moet behouden, maar ook hoeveel eigen verantwoordelijkheid de nudges ontnemen. De particuliere borg wordt beschermd omdat borgtocht een gevaarlijke overeenkomst is en zijn contractuele keuze kan worden beïnvloed door een gebrek aan weerstand tegen sociale druk en een gebrek aan cognitieve capaciteit om het risico van borgtocht in te schatten. Het belangrijkste argument tegen vergaande bescherming van de particuliere borg – en daarmee ook tegen het ontnemen van zijn eigen verantwoordelijkheid – is dat de ‘handhaving van de borgtocht als nuttig en onmisbaar instrument in het kredietwezen’¹¹²⁸ daardoor in het geding kan komen. Borgtocht biedt de schuldeiser zekerheid en stimuleert daardoor ‘economisch ini-

1128 Reehuis, Slob & Van Zeven (red.) 1991, p. 417 (TM).

tatief, wat een maatschappelijk belang is', aldus Van Schaick.¹¹²⁹ Bij het ontwerp van het Nieuw Burgerlijk Wetboek werd in eerste instantie ook voorgesteld om de professionele borg te beschermen. Uiteindelijk werd daarvan afgezien omdat dat 'voor het normale rechtsverkeer te knellend geacht'¹¹³⁰ werd. Bij de particuliere borg is vervolgens expliciet in ogenschouw genomen dat hij beschermd wordt 'zonder dat daardoor de functie van borgtocht in het kredietwezen geweld [wordt] aangedaan'.¹¹³¹

Het is lastig om vast te stellen welke invloed bescherming heeft op de functie van borgtocht in het kredietwezen, zo stelt ook Kähler.¹¹³² Omdat verondersteld wordt dat de huidige bescherming van de particuliere borg niet te knellend is voor het kredietwezen,¹¹³³ kan echter worden aangenomen dat nudges niet te veel eigen verantwoordelijkheid ontnemen, zolang zij net zo veel – of net zo weinig – eigen verantwoordelijkheid ontnemen als de huidige beschermingstechnieken. Daarom is het onwaarschijnlijk dat de nudges die een particuliere borg helpen om zelf een contractuele keuze te maken (zie eerder par. 12.5.7.2 t/m 12.5.7.4) te veel eigen verantwoordelijkheid ontnemen. Zij helpen een particuliere borg om informatie beter te begrijpen en zijn contractuele keuze niet te laten beïnvloeden door *present bias* en overmatig optimisme op een wijze die niet meer eigen verantwoordelijkheid ontnemt dan de huidige beschermingstechnieken (zie eerder par. 12.4.3). Ook door de huidige beschermingstechnieken wordt bijvoorbeeld informatie gecommuniceerd en worden procedurele drempels opgeworpen. De vraag of nudges die een keuze naar een lager (maximum)bedrag sturen ook niet te veel eigen verantwoordelijkheid ontnemen, is lastiger te beantwoorden. Voor de toepassing van die nudges moet namelijk een plicht voor de kredietverstrekker worden aangenomen om draagkrachtonderzoek te verrichten. Dat het kredietwezen door een dergelijke plicht zo erg geschaad wordt dat borgtocht zijn maatschappelijke functie niet meer kan vervullen, is echter onwaarschijnlijk. Na het *Van Landschot/Brink*-arrest van de Hoge Raad uit 1990 werd bijvoorbeeld ook ervoor gevreesd dat de economische functie van borgtocht zou worden ondermijnd,¹¹³⁴ maar daar is uiteindelijk geen sprake van geweest.¹¹³⁵

1129 Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/58.

1130 Reehuis, Slob & Van Zeben (red.) 1991, p. 420 (MvT).

1131 Reehuis, Slob & Van Zeben (red.) 1991, p. 417 (TM).

1132 Kähler 2005, p. 340-342.

1133 Alleen Blomkwist lijkt daar anders over te denken. Zie: Blomkwist 2012, p. 62.

1134 Blomkwist 2012, p. 62.

1135 Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/110.

12.6 CONCLUSIE

Met nudging kan de bescherming van de particuliere borg in potentie worden verbeterd. Ter bescherming tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit om informatie te verwerken kan informatie worden vertaald, en ter bescherming tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit om een risico-inschatting te maken kan zowel de *consider-the-opposite strategy* worden gefaciliteerd als gebruiksinformatie worden gecommuniceerd. Als komt vast te staan dat de particuliere borg door die nudges onvoldoende wordt beschermd, is ook de toepassing gelegitimeerd van nudges die een keuze naar een lager (maximum)bedrag sturen. Vereist is dan wel dat voor de kredietverstrekker een onderzoeksplicht naar de financiële draagkracht van de particuliere borg wordt aangenomen. Als een dergelijke plicht wordt aangenomen, zou in potentie een sociale-normnudge kunnen worden toegepast, en zou kunnen worden ingespeeld op het *framing*-effect en op het feit dat personen gevolgen hyperbolisch verdisconteren. De toepassing van een standaardoptie ligt niet voor de hand. In deze casestudie is niet empirisch onderzocht of deze nudges bij particuliere borgtocht de gewenste bescherming bieden.

13 NUDGING EN *ADD-ON* VERZEKERINGEN

13.1 INLEIDING

In deze derde casestudie wordt de vraag beantwoord of, en zo ja, op welke manier nudging kan bijdragen aan de bescherming van de particuliere verzekeringnemer bij *add-on* verzekeringen. Eerst worden daarvoor de kenmerken en de juridische en maatschappelijke relevantie van *add-on* verzekeringen toegelicht (par. 13.2), niet alleen om de keuze voor dit onderwerp nader toe te lichten (zie eerder par. 1.5.8), maar ook om het verder te introduceren. Vervolgens wordt in kaart gebracht hoe de particuliere verzekeringnemer in het huidige recht wordt beschermd bij *add-on* verzekeringen (par. 13.3), en waar er ruimte is voor verbetering van die bescherming (par. 13.4). Aan de hand van het stroomschema (zie annex) wordt daarna vastgesteld of, en zo ja, op welke manier nudging kan bijdragen aan de bescherming bij *add-on* verzekeringen (par. 13.5). Dit hoofdstuk sluit af met de conclusie dat nudging in potentie op verschillende manieren de particuliere verzekeringnemer kan beschermen bij *add-on* verzekeringen, maar dat het de vraag is of daardoor niet te veel eigen verantwoordelijkheid wordt ontnomen (par. 13.6).

13.2 *ADD-ON* VERZEKERINGEN: KENMERKEN EN RELEVANTIE

Een *add-on* verzekering is een verzekering die wordt aangeboden in aanvulling op de levering van een zaak of de verlening van een dienst.¹¹³⁶ Enkele voorbeelden van *add-on* verzekeringen zijn: een diefstalverzekering die wordt aangeboden bij aanschaf van een fiets, een schadeverzekering die wordt aangeboden bij aanschaf van een telefoon, en een annuleringsverzekering die wordt aangeboden bij het boeken van een reis.¹¹³⁷ Soms wordt een *add-on* verzekeringen niet expliciet aangeboden als verzekering. Twee bekende voorbeelden daarvan zijn: de mogelijkheid om extra garantie te kopen bij aanschaf van bijvoorbeeld een elektronisch product, en de mogelijkheid het eigen risico van een verzekering te verlagen. In beide gevallen wordt tegen betaling een risico afgedekt dat verband houdt met een zojuist aangeschafte zaak of dienst, waardoor er feitelijk sprake is van een *add-on* verzekering.¹¹³⁸ Het kan verder zo zijn dat de aanbieder van een zaak of dienst waarbij een *add-on* verzekering wordt aangeboden, optreedt als bemiddelaar en niet als uiteindelijke verzekeraar, hetgeen inhoudt dat als iemand een *add-on* verzekering afsluit,

¹¹³⁶ Vergelijk: artikel 4:63a en 4:75a Wft. Zie tevens: Faure & Van Boom 2013, p. 712-713.

¹¹³⁷ Zie verder: Lieverse 2018, p. 14.

¹¹³⁸ Baker & Siegelman 2013, p. 26.

hij dan uiteindelijk met een ander contracteert dan de aanbieder van de zaak of dienst die verzekerd wordt.

Vanuit economisch perspectief is het meestal onverstandig om een *add-on* verzekering af te sluiten. Een *add-on* verzekering dekt vaak een relatief laag schadebedrag en uit het economische idee van het afnemend grensnut van geld (*diminishing marginal utility*) volgt dat het onverstandig is lage schadebedragen te verzekeren (zie verder par. 13.4.2). Bovendien hebben *add-on* verzekeringen vaak een (zeer) lage claimratio, hetgeen het percentage uitdrukt van de door de verzekeraar ontvangen premies dat uitgekeerd wordt aan verzekerden.¹¹³⁹ De premie van een *add-on* verzekering is daardoor vaak relatief hoog gezien het verzekerde risico. Desondanks worden *add-on* verzekeringen regelmatig afgesloten.¹¹⁴⁰ Maar liefst 91% van de Nederlanders kiest bijvoorbeeld bij een zorgverzekering voor het minimale eigen risico,¹¹⁴¹ terwijl een hoger eigen risico meestal voordeliger is.¹¹⁴² Dat particuliere verzekeringnemers *add-on* verzekeringen afsluiten terwijl het economisch nut daarvan beperkt is, kan worden verklaard door verschillende psychologische fenomenen, waaronder *mental accounting* en *regret aversion* (zie verder par. 13.4.2). In het huidige recht wordt de particuliere verzekeringnemer daar echter nauwelijks tegen beschermd (zie verder par. 13.4.3) en in de Nederlandse juridische literatuur is daar ook maar weinig aandacht voor.¹¹⁴³ Alleen Faure en Van Boom gaan in op de bescherming bij *add-on* verzekeringen in een artikel over de gedragsassumpties van het Nederlandse verzekeringsrecht.¹¹⁴⁴ Zij concluderen dat *add-on* verzekeringen ‘wel eens aan kritisch onderzoek van-

1139 Michel 2017, p. 240.

1140 Algemene verkoopcijfers in Nederland ontbreken helaas. Faure en Van Boom schrijven wel over ‘het succes van zogenoemde *add-on* verzekeringen’. Zie: Faure & Van Boom 2013, p. 732. Verder zijn er verschillende verkoopcijfers van *add-on* verzekeringen uit andere landen beschikbaar. Zo bleek in Engeland in 2003 een kwart van de particuliere verzekeringnemers bij aanschaf van een elektronisch product extra garantie te kopen, en in de Verenigde Staten bleek tussen 1998 en 2004 ook een kwart van de particuliere verzekeringnemers bij aanschaf van een televisie extra garantie te kopen. Zie: Baker & Siegelman 2013, p. 30; Abito & Salant 2018, p. 2286; Riley & Taha 2019, p. 285. Illustratief voor niet alleen de populariteit van *add-on* verzekeringen, maar ook het zeer beperkte economisch nut daarvan zijn de resultaten van een groot onderzoek dat Sydnor heeft uitgevoerd bij een Amerikaanse verzekeraar. Voor dat onderzoek bestudeerde hij het eigen risico dat 50.000 particuliere verzekeringnemers kozen bij een opstalverzekering. Bij de opstalverzekering in kwestie konden particuliere verzekeringnemers kiezen tussen een eigen risico van 100, 250, 500 en 1000 dollar. Maar liefst 83% van de particuliere verzekeringnemers koos ervoor om te betalen voor een lager eigen risico dan 1000 dollar, en het meest gekozen eigen risico was 500 dollar. Gemiddeld betaalden de particuliere verzekeringnemers voor de verlaging van het eigen risico 100 dollar, terwijl de verwachte opbrengst van het lagere eigen risico volgens berekeningen van Sydnor lager was dan 25 dollar. Zie: Sydnor 2010, p. 177-199.

1141 Handel e.a. 2020, p. 5.

1142 Handel e.a. 2020, p. 2.

1143 Op Europees niveau is er wel enige aandacht voor *add-on* verzekeringen. Zie: Suter e.a. 2017.

1144 Faure & Van Boom 2013, p. 693-732.

uit beleidsmatig perspectief mogen worden onderworpen,¹¹⁴⁵ mede omdat de beperkte cognitieve capaciteit van mensen van invloed kan zijn op hun contractuele keuzes daarover. In lijn met deze oproep wordt in deze casestudie onderzocht of, en zo ja, op welke manier nudging kan bijdragen aan de bescherming van de particuliere verzekeringnemer bij *add-on* verzekeringen.¹¹⁴⁶

13.3 HUIDIGE BESCHERMING BIJ ADD-ON VERZEKERINGEN

In het huidige recht wordt de particuliere verzekeringnemer bij *add-on* verzekeringen in hoofdzaak beschermd door het financieel toezichtrecht.¹¹⁴⁷ Tot 1 oktober 2018 was het financieel toezichtrecht niet van toepassing op aanbieders van *add-on* verzekeringen, mits zij aan bepaalde voorwaarden voldeden.¹¹⁴⁸ Inmiddels is dat niet meer het geval, maar kunnen voor een aanbieder van een *add-on* verzekering nog steeds minder verplichtingen gelden dan voor een aanbieder van een andersoortige verzekering (artikel 7 lid 1 sub c en lid 2 VrWft). Een aanbieder van een *add-on* verzekering dient op basis van het financieel toezichtrecht in ieder geval in het belang van zijn cliënt te handelen (artikel 4:24a Wft) en zijn cliënt te voorzien van informatie ‘voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor een adequate beoordeling’ van de verzekering in kwestie (artikel 4:20 Wft). Sinds 1 oktober 2018 moet in het kader van die informatieplicht door de verzekeraar een *Insurance Product Information Document* worden aangeboden, hetgeen een gestandaardiseerd informatiedocument is van maximaal twee pagina’s waarin onder meer de dekking van de verzekering wordt beschreven (artikel 65b en 66b BGfo).¹¹⁴⁹ Artikel 4:22a Wft bepaalt verder dat een financiële dienstverlener een cliënt alleen mag informeren over verzekeringen die aansluiten bij zijn wensen en behoeften. De financiële dienstverlener moet de wensen en behoeften van zijn cliënt vaststellen op basis van de informatie die de cliënt verstrekt. Hij hoeft geen (aanvullende) vragen te stellen.¹¹⁵⁰ De artikelen 4:63a en 4:75a Wft bepalen

1145 Faure & Van Boom 2013, p. 732.

1146 Mogelijk zijn er ook andere beschermingstechnieken die kunnen bijdragen aan de bescherming van de particuliere verzekeringnemer bij *add-on* verzekeringen, maar vanwege de focus van dit onderzoek wordt alleen ingegaan op de bescherming die nudging in potentie kan bieden.

1147 Het voor *add-on* verzekeringen relevante financieel toezichtrecht heeft een Europese oorsprong. Zie: Richtlijn (EU) 2016/97 van het Europees Parlement en de Raad van 20 januari 2016 betreffende verzekeringsdistributie. Zie verder over de implementatie van deze richtlijn: Lieveise 2018, p. 12-22. Overigens wordt door het financieel toezichtrecht vaak niet specifiek de particuliere verzekeringnemer beschermd, maar in plaats daarvan de cliënt. Een cliënt kan ook een rechtspersoon zijn.

1148 Zie: artikel 1 lid 2 sub a t/m f Richtlijn 2002/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 9 december 2002 betreffende verzekeringsbemiddeling.

1149 Zie verder: Uitvoeringsverordening (EU) 2017/1469 van de Commissie van 11 augustus 2017 tot vaststelling van een gestandaardiseerde presentatievorm van het informatiedocument over verzekeringsproducten.

1150 *Kamerstukken II* 2016/17, 34770, nr. 3, p. 28.

voorts dat als een verzekering een aanvulling is op de levering van een roerende zaak of de verlening van een dienst, een cliënt de roerende zaak of dienst ook zonder verzekering moet kunnen aanschaffen of afnemen.¹¹⁵¹ Koppelverkoop van een *add-on* verzekering is met andere woorden niet toegestaan. Zonder uitdrukkelijke toestemming is een consument daarnaast niet gebonden aan de aanvullende betaling van een geldsom die strekt tot verkrijging van een prestatie die niet de kern van de prestatie is (artikel 6:230j BW). Uit een standaardoptie mag daarom niet worden afgeleid dat een consument een *add-on* verzekering wil afsluiten (zie eerder par. 4.4.5). Artikel 6:230x BW bepaalt verder dat een consument een bedenktijd heeft van veertien dagen als een overeenkomst buiten de verkoopprijsruimte of op afstand wordt aangegaan. Deze bedenktijd geldt niet als een verzekering een looptijd heeft van minder dan een maand (artikel 6:230x lid 4 sub b BW).

13.4 ADD-ON VERZEKERINGEN BEZIEN VANUIT GEDRAGSWETENSCHAPPELIJK PERSPECTIEF

13.4.1 *Inleiding*

Hoewel de particuliere verzekeringnemer aldus tot op zekere hoogte wordt beschermd bij een *add-on* verzekering, is het de vraag of dat genoeg is. Gedragswetenschappelijke inzichten tonen aan dat de keuze om een *add-on* verzekering af te sluiten door verschillende psychologische factoren beïnvloed kan worden (par. 13.4.2). Met de huidige bescherming bij *add-on* verzekeringen wordt dat mogelijk onvoldoende in ogenschouw genomen, waardoor er ruimte is voor verbetering van die bescherming (par. 13.4.3).

13.4.2 *De keuze een add-on verzekering af te sluiten*

Voor een goed begrip van de psychologische factoren die van invloed kunnen zijn op de keuze om een *add-on* verzekering af te sluiten, is het van belang eerst in te gaan op waarom het vanuit economisch perspectief onverstandig is een *add-on* verzekering af te slui-

¹¹⁵¹ Meijer meent dat ook artikel 63a BGfo de particuliere verzekeringnemer bij *add-on* verzekeringen beschermt. Over artikel 63a BGfo stelt Meijer dat het de verzekeraar of bemiddelaar bij een *add-on* verzekering verplicht 'om voor het sluiten van de overeenkomst de consument te informeren over de verschillende producten, de wisselwerking tussen de producten en over de kosten die verbonden zijn aan de verschillende producten'. Zie: Meijer 2018, p. 128. Artikel 63a BGfo gaat echter over de situatie waarin een verzekering wordt aangeboden met daarbij nog een aanvullend product, en niet over de situatie waarin een verzekering wordt aangeboden bij een product of dienst. Dit blijkt uit de nota van toelichting bij artikel 63a BGfo. Daarin wordt namelijk het volgende voorbeeld gegeven: 'Het kan dan bijvoorbeeld gaan om een bemiddelaar in verzekeringen die samen met de verzekering waarin hij bemiddelt een serviceabonnement of arbo-dienst aanbiedt.' Zie: *Stb.* 2018, 147, p. 36.

ten. Het antwoord op deze vraag volgt uit twee economische ideeën, namelijk dat van het afnemend grensnut van geld (*diminishing marginal utility*) en risicoaversie (*risk aversion*).¹¹⁵² Het idee dat geld afnemend grensnut heeft, houdt kort gezegd in dat het nut afneemt van het geld dat een persoon meer te besteden heeft dan voorheen. Op basis van de *expected utility hypothesis* (zie eerder par. 5.2.1) wordt binnen de neoklassieke economie verondersteld dat iemand zijn geld eerst uitgeeft aan de vervulling van zijn meest belangrijke wensen. Iemand besteedt zijn geld bijvoorbeeld eerst aan eten en onderdak. Pas als hij geld overhoudt, besteedt hij dat aan de vervulling van zijn minder belangrijke wensen. Het geld dat iemand als eerste besteedt, heeft daarom meer economisch nut dan het geld dat hij later besteedt. Als iemand schade lijdt omdat een risico zich verwezenlijkt, kan hij minder geld besteden dan voorheen. Hoe meer schade hij lijdt, des te belangrijker zijn de wensen waaraan hij geen geld meer kan besteden om die te vervullen. Als iemand weinig schade lijdt, kan hij bijvoorbeeld slechts zijn favoriete parfum niet meer kopen. Lijdt hij heel veel schade, dan kan het zijn dat hij daarnaast bijvoorbeeld ook niet meer zijn huur of hypotheek kan betalen. Vanuit economisch perspectief is het daarom verstandig om zelfs een klein risico op een groot verlies te verzekeren. Hoewel dan met zekerheid een klein verlies geleden wordt vanwege de premie die moet worden betaald, biedt de verzekering de zekerheid dat als het grote risico zich verwezenlijkt, dat geen invloed heeft op de vervulling van iemands meest belangrijke wensen. In economisch jargon betekent dit dat iemand risicoavers moet zijn, hetgeen inhoudt dat hij liever met zekerheid een klein verlies lijdt dan het risico te lopen een groot verlies te lijden.¹¹⁵³ Dat geld een afnemend grensnut heeft, betekent ook dat het onverstandig is om een risico op een klein verlies te verzekeren. Doet een dergelijk risico zich voor, dan heeft dat voor iemand namelijk hooguit gevolgen voor de vervulling van zijn minder belangrijke wensen als hij, ondanks zijn keuze om geen *add-on* verzekering af te sluiten, onvoldoende heeft kunnen sparen om kleine verliezen op te vangen.

Over het antwoord op de vraag waarom particuliere verzekeringnemers desondanks *add-on* verzekeringen afsluiten, bestaan twee theorieën. De eerste theorie – de *mistaken calculator hypothesis* – houdt in dat personen vaak het risico en de omvang van de potentiële schade overschatten.¹¹⁵⁴ De beschikbaarheidsheuristiek en *mental accounting* kunnen daarbij een rol spelen. Als een persoon bij aanschaf van een nieuwe fiets een diefstalverzekering wordt aangeboden, bestaat de kans dat hij het risico dat zijn fiets gestolen wordt

1152 Zie verder over deze begrippen binnen de context van het verzekeringsrecht: Visscher 2006, p. 485-492.

1153 Dit geldt overigens niet voor iedereen in dezelfde mate: hoe sterk het grensnut van geld afneemt, kan per persoon verschillen omdat niet iedereen dezelfde voorkeuren heeft. Hierdoor kan ook de risicoaversie per persoon verschillen. Zie verder: Baker & Siegelman 2013, p. 29-30.

1154 Baker & Siegelman 2013, p. 30.

overschat vanwege de beschikbaarheidsheuristiek (zie eerder par. 5.2.2.3).¹¹⁵⁵ Het is immers, zeker in Nederland, niet moeilijk om voorbeelden te bedenken van personen van wie de fiets ooit gestolen is.¹¹⁵⁶ Door *mental accounting* (zie eerder par. 5.2.2.5) kan een persoon verder niet alleen het risico overschatten waarvoor een *add-on* verzekering dekking biedt, maar ook de schade die kan ontstaan.¹¹⁵⁷ *Mental accounting* kan namelijk ervoor zorgen dat iemand een risico en de potentiële schade beziet vanuit zogezegd één *mental account*. Het risico waarvoor een *add-on* verzekering dekking biedt en de potentiële schade kunnen dan heel groot lijken, terwijl zij dat waarschijnlijk niet zijn als zij worden vergeleken met de andere risico's die iemand loopt en zijn gehele vermogen.¹¹⁵⁸

De tweede theorie over waarom personen *add-on* verzekeringen afsluiten – de zogeheten *incompleteness hypothesis* –, houdt in dat personen een *add-on* verzekering, bewust of onbewust, ook om andere redenen kunnen waarderen dan enkel het vermeende economisch nut ervan.¹¹⁵⁹ Een aantal redenen is daarvoor mogelijk.¹¹⁶⁰ Zo kan een persoon door *loss aversion* (zie eerder par. 5.2.2.3) bereid zijn meer te betalen voor een *add-on* verzekering dan verstandig zou zijn. Een persoon wil een zojuist aangeschafte zaak of dienst vaak niet verliezen. Vanwege de mentale stress die het risico op verlies kan geven, kan hij geneigd zijn een *add-on* verzekering af te sluiten, ook al is dat eigenlijk onverstandig.¹¹⁶¹ Hoewel in theorie ook de premie van de verzekering als verlies kan worden beschouwd, blijkt uit onderzoek dat die vaak enkel als een bijkomende kostenpost wordt beschouwd, waardoor *loss aversion* daarop niet van invloed is.¹¹⁶² Iemand kan verder ook een *add-on* verzekering afsluiten vanwege *regret aversion*.¹¹⁶³ Iemand kan bang zijn om spijt te krijgen dat hij geen *add-on* verzekering heeft afgesloten en daarom besluiten dat wel te doen, ook al weet hij dat dit vanuit economisch perspectief onverstandig is. Tot slot kan iemand simpelweg graag betalen voor de gemoedrust die een *add-on* verzekering biedt.¹¹⁶⁴ Daarom verzekeren personen zaken met een emotionele waarde waarschijnlijk ook vaker dan zaken met dezelfde economische waarde die geen emotionele waarde hebben.¹¹⁶⁵

1155 Zie verder: Keller, Siegrist & Gutscher 2006, p. 631-639.

1156 Door de beschikbaarheidsheuristiek kunnen personen ook geneigd zijn eerder verzekeringen af te sluiten voor zogeheten *named events*, hetgeen specifieke gebeurtenissen zijn, dan algemene verzekeringen, zoals een aansprakelijkheidsverzekering. Zie: Kunreuther & Pauly 2005, p. 33-34.

1157 Schwarcz 2010, p. 34.

1158 Rabin & Thaler 2001, p. 226.

1159 Schwarcz 2010, p. 30.

1160 Zie tevens: Baker & Siegelman 2014, p. 500.

1161 Jindal 2015, p. 57.

1162 Schwarcz 2010, p. 35.

1163 Schwarcz 2010, p. 36.

1164 Camerer e.a. 2003, p. 1254. Zie tevens: Baker & Siegelman 2013, p. 5; Dhami & Sunstein 2022, p. 180.

1165 Hsee & Kunreuther 2000, p. 141-159; Baker & Siegelman 2014, p. 499.

Uit zowel de *mistaken calculator hypothesis* als de *incompleteness hypothesis* blijkt dat de keuze om een *add-on* verzekering af te sluiten beïnvloed kan worden door een gebrek aan cognitieve capaciteit. In de literatuur wordt daarnaast geconstateerd dat aanbieders van *add-on* verzekeringen vaak ook inspelen op een gebrek aan weerstand.¹¹⁶⁶ Zo wordt soms op de beschikbaarheidsheuristiek ingespeeld door risico's zeer levendig te presenteren, en wordt soms – doorgaans onterecht – de indruk gewekt dat direct moet worden besloten om al dan niet een *add-on* verzekering af te sluiten, en dat het niet mogelijk is om een *add-on* verzekering bij een andere aanbieder af te sluiten.¹¹⁶⁷ Hierdoor ontstaat vaak bij een *add-on* verzekering, in de woorden van Baker en Siegelman, een '*situational monopoly*'.¹¹⁶⁸ Voor aanbieders van een *add-on* verzekering is er namelijk geen economische prikkel om te concurreren op basis van prijs en dekking van de verzekering, omdat particuliere verzekeringnemers doorgaans geen *add-on* verzekeringen vergelijken, waardoor de prijzen van *add-on* verzekeringen hoog blijven.¹¹⁶⁹

13.4.3 De huidige bescherming

De informatieplicht (artikel 4:20 Wft en artikel 65b en 66b BGfo) en bedenktijd (artikel 6:230x BW) die bij een *add-on* verzekering (kunnen) gelden, bieden in potentie bescherming tegen het gebrek aan cognitieve capaciteit en het gebrek aan weerstand die van invloed kunnen zijn op de contractuele keuze om een *add-on* verzekering af te sluiten. Zij bieden een particuliere verzekeringnemer namelijk de informatie en gelegenheid om tot een afgewogen oordeel te komen over het economisch nut van een *add-on* verzekering. Dat een financiële dienstverlener een cliënt alleen mag informeren over verzekeringen die bij zijn wensen en behoeften aansluiten (artikel 4:22a Wft), biedt de particuliere verzekeringnemer verder in potentie bescherming tegen specifiek de beschikbaarheidsheuristiek. Daardoor wordt namelijk voorkomen dat een particuliere verzekeringnemer een *add-on* verzekering afsluit omdat een risico beter beschikbaar is geworden door de informatie die hem wordt verstrekt (zie eerder par. 13.4.2). Deze beschermingstechnieken bieden echter geen specifieke bescherming tegen de invloed die *mental accounting*, *loss aversion* en *regret aversion* kunnen hebben op keuzes over *add-on* verzekeringen. Ook als een particuliere verzekeringnemer over voldoende informatie en gelegenheid beschikt om een risico-inschatting te maken, kunnen die factoren daarop van invloed zijn.

¹¹⁶⁶ Zie bijvoorbeeld: OFT 2002, p. 8-11; Faure & Van Boom 2013, p. 698; Suter e.a. 2017, p. 160.

¹¹⁶⁷ Suter e.a. 2017, p. 160.

¹¹⁶⁸ Baker & Siegelman 2013, p. 6.

¹¹⁶⁹ Baker & Siegelman 2013, p. 38-43.

13.5 BESCHERMING BIJ ADD-ON VERZEKERINGEN EN HET STROOMSCHEMA

13.5.1 *Inleiding*

Het voorgaande leidt tot de vraag of nudging kan bijdragen aan de bescherming van de particuliere verzekeringnemer bij *add-on* verzekeringen. Deze vraag wordt beantwoord aan de hand van het stroomschema (zie annex). De laatste vraag van het stroomschema – de vraag of empirisch is vastgesteld dat de nudge in kwestie de gewenste bescherming biedt (vraag VIII) –, blijft ook in deze casestudie onbeantwoord, omdat beantwoording daarvan buiten het bestek van dit onderzoek valt (zie eerder par. 1.4.4).

13.5.2 *Vraag I: het gebrek in kwestie*

De eerste vraag van het stroomschema is of een contractuele keuze beïnvloed wordt door een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit of een gebrek aan weerstand. De keuze van een particuliere verzekeringnemer om een *add-on* verzekering af te sluiten kan worden beïnvloed door een gebrek aan cognitieve capaciteit om een risico-inschatting te maken en om zich niet door andere factoren te laten leiden dan het economisch nut van een *add-on* verzekering. Verder kan de keuze om een *add-on* verzekering af te sluiten worden beïnvloed door een gebrek aan weerstand tegen handelspraktijken die inspelen op de beschikbaarheidsheuristiek en tegen de – doorgaans ontorechte – indruk die soms gewekt wordt dat direct moet worden besloten om al dan niet een *add-on* verzekering af te sluiten, en dat het niet mogelijk is om verschillende *add-on* verzekeringen te vergelijken (zie eerder par. 13.4.2).

13.5.3 *Vraag II: zwakkere partijen – van fouten – laten leren*

Omdat de eerste vraag bevestigend kan worden beantwoord, is de vervolgvraag of bescherming door nudging onnodig is omdat zwakkere partijen – van fouten – kunnen leren. Het antwoord op deze vraag luidt waarschijnlijk ontkennend. Hoewel het afsluiten van een *add-on* verzekering doorgaans geen onverstandige keuze is met zulke grote gevolgen dat een particuliere verzekeringnemer niet de ruimte heeft om van zijn fouten te leren, is het wel de vraag of hij dat binnen deze context kan. Daarvoor is het nodig dat hij zich op een bepaald moment realiseert dat het onverstandig is om een *add-on* verzekeringen af te sluiten. Vaak blijkt dat echter niet direct uit een *add-on* verzekering zelf. Sterker nog: als aan een particuliere verzekeringnemer een vergoeding wordt uitgekeerd, kan hij zelfs de indruk hebben dat een *add-on* verzekering over het algemeen zeer nuttig is. Om zelf te constateren dat hij beter geen *add-on* verzekering(en) had kunnen afsluiten, moet een

particuliere verzekeringnemer de over een lange termijn door hem betaalde verzekeringspremies vergelijken met de eventuele vergoedingen die hem zijn uitgekeerd. Het is echter onwaarschijnlijk dat particuliere verzekeringnemers dat vaak zelf zullen doen. Dat door educatie bescherming bij *add-on* verzekeringen onnodig wordt, is verder onwaarschijnlijk omdat als financiële educatie nauwelijks tot geen effect heeft (zie eerder par. 7.4.2), educatie over *add-on* verzekeringen waarschijnlijk ook nauwelijks tot geen effect zal hebben.

13.5.4 Vraag III: bescherming door fraternalistische beschermingstechnieken

De vervolgvraag is of fraternalistische beschermingstechnieken voldoende bescherming kunnen bieden bij *add-on* verzekeringen. Ook het antwoord op deze vraag luidt waarschijnlijk ontkennend. Het is allereerst onwaarschijnlijk dat een informatieplicht en bedenktijd voldoende bescherming kunnen bieden tegen *mental accounting*, *loss aversion* en *regret aversion* (zie eerder par. 13.4.3).¹¹⁷⁰ Uit een grootschalig onderzoek dat in Engeland is verricht blijkt verder dat fraternalistische beschermingstechnieken ook niet de benodigde bescherming kunnen bieden tegen een gebrek aan weerstand tegen de indruk dat een *add-on* verzekering direct moet worden afgesloten, en dat het niet mogelijk is om verschillende *add-on* verzekeringen te vergelijken. Na een uitgebreid marktonderzoek kwam de *Office of Fair Trading* – de destijds Engelse mededingingsautoriteit en toezichthouder van het consumentenrecht – in 2001 tot de conclusie dat er onvoldoende marktwerking was bij extra garanties voor elektronische producten.¹¹⁷¹ In 2005 is daarom in Engeland *The Supply of Extended Warranties on Domestic Electrical Goods Order 2005* in werking getreden. Die wet bepaalt niet alleen dat de prijs van extra garantie duidelijk moet worden vermeld bij het elektronisch product waarbij die wordt aangeboden (artikel 3.1), maar ook dat moet worden vermeld dat een elektronisch product ook zonder extra garantie kan worden gekocht, dat de extra garantie ook later kan worden gekocht, en dat de extra garantie vaak ook bij een andere aanbieder kan worden gekocht (artikel 3.4). Daarnaast bepaalt die wet dat een particuliere verzekeringnemer tot 30 dagen kan ingaan op het aanbod om extra garantie te kopen (artikel 7), en heeft de particuliere verzekeringnemer in bepaalde gevallen een bedenktijd van 45 dagen (artikel 8). Uit de uitgebreide evaluatie van *The Supply of Extended Warranties on Domestic Electrical Goods Order 2005* in 2012 blijkt dat de bescherming door fraternalistische beschermingstechnieken echter nauwelijks ervoor heeft gezorgd dat particuliere verzekeringnemers vaker verschillende aanbieders van extra garantie zijn gaan vergelijken – het doel van de wet.¹¹⁷²

¹¹⁷⁰ Zie verder instemmend binnen de Amerikaanse context: Baker & Siegelman 2013, p. 45.

¹¹⁷¹ OFT 2002, p. 1-2.

¹¹⁷² OFT 2012, p. 4.

13.5.5 *Vraag IV: bescherming door nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken*

De vraag die vervolgens beantwoord moet worden, is of tegen de gebreken in kwestie in potentie bescherming kan worden geboden door nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken. Dit is het geval. Door gebruiksinformatie te communiceren kunnen particuliere verzekeringnemers in potentie een betere risico-inschatting maken en het economisch nut van een *add-on* verzekering beter vaststellen (zie annex, tabel 3).

13.5.6 *Vraag V: de optie waarnaar een keuze moet worden gestuurd*

Omdat de vierde vraag bevestigend kan worden beantwoord, moet de vijfde vraag worden overgeslagen, tenzij uit de beantwoording van de overige vragen blijkt dat nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken toch niet de gewenste bescherming kunnen bieden. Om echter het gehele stroomschema nader te illustreren, en omdat in deze casestudie niet empirisch wordt onderzocht of de nudges in kwestie de beoogde bescherming bieden, wordt in deze casestudie ook de vijfde vraag van het stroomschema beantwoord – de vraag of kan worden vastgesteld naar of weg van welke optie een keuze gestuurd moet worden om bescherming te bieden. Daarvoor moet worden onderzocht of de meerderheid van zwakkere partijen een bepaalde optie zou kunnen aanvaarden als de beste optie of als een optie die niet moet worden gekozen (zie eerder par. 8.3.5).

Dat het economisch nut van *add-on* verzekeringen beperkt is (zie eerder par. 13.4.2), pleit ervoor dat kan worden aangenomen dat de meeste particuliere verzekeringnemers het niet afsluiten van een *add-on* verzekering zouden kunnen aanvaarden als de beste optie. De meeste particuliere verzekeringnemers zullen immers een *add-on* verzekering alleen willen afsluiten als dat vanuit economisch perspectief verstandig is. Door de keuzes van particuliere verzekeringnemers te sturen naar het niet afsluiten van een *add-on* verzekering kan worden voorkomen dat die keuzes worden beïnvloed door de beschikbaarheidsheuristiek, *mental accounting*, *loss aversion* en *regret aversion*. Particuliere verzekeringnemers die graag betalen voor de ‘*peace of mind*’¹¹⁷³ die een *add-on* verzekering hun kan bieden, kunnen dan alsnog besluiten om een *add-on* verzekering af te sluiten door zich te onttrekken aan de sturing van de nudge.

1173 Baker & Siegelman 2013, p. 5.

13.5.7 Vraag VI: randvoorwaarden

13.5.7.1 Inleiding

De vervolgvraag is of in potentie aan de randvoorwaarden kan worden voldaan van de nudges die bij *add-on* verzekeringen bescherming kunnen bieden. Ter beantwoording van deze vraag wordt eerst ingegaan op de communicatie van gebruiksinformatie (par. 13.5.7.2). Daarna wordt ingegaan op de relevante sturende nudges. Dat zijn: de standaardoptie (par. 13.5.7.3), de sociale-normnudge (par. 13.5.7.4) en de nudges waarbij de presentatie van informatie of een keuze(optie) wordt aangepast (par. 13.5.7.5). De toepassing van nudges die inspelen op het feit dat personen gevolgen hyperbolisch verdisconteren, ligt bij *add-on* verzekeringen niet voor de hand, omdat de nadelige gevolgen daarvan – de betaling van premie – zich reeds op de korte termijn voordoen.

13.5.7.2 Gebruiksinformatie

Ter bescherming tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit om een risico in te schatten kan in potentie gebruiksinformatie worden gecommuniceerd en in het bijzonder informatie over gemiddeld gebruik van anderen (zie eerder par. 9.3.3). Concreet zou dit inhouden dat gecommuniceerd wordt hoe vaak verzekeraars bij de (soort) *add-on* verzekering in kwestie gemiddeld een claim ingediend krijgen en welk bedrag zij gemiddeld per claim uitkeren. Een in de Verenigde Staten door Riley en Taha uitgevoerd experiment toont aan dat particuliere verzekeringnemers minder vaak garantie bijkopen als zij dergelijke gebruiksinformatie ontvangen.¹¹⁷⁴ Uit dat experiment blijkt echter ook dat de particuliere verzekeringnemers met een lage *numerical literacy* nauwelijks door de gebruiksinformatie beschermd werden.¹¹⁷⁵ Riley en Taha communiceerden de gebruiksinformatie als percentage. Mogelijk hadden de particuliere verzekeringnemers met een lage *numerical literacy* de gebruiksinformatie beter kunnen begrijpen en gebruiken indien die als frequentie was gecommuniceerd.¹¹⁷⁶

13.5.7.3 Standaardoptie

Om de keuze van een particuliere verzekeringnemer te sturen naar geen *add-on* verzekering afsluiten kan in potentie een standaardoptie worden toegepast als het eigen risico van een verzekering zelf mag worden gekozen (zie eerder par. 10.2). Het maximale eigen risico moet dan de standaardoptie zijn, omdat een keuze voor een lager eigen risico in feite betekent dat een *add-on* verzekering wordt afgesloten (zie eerder par. 13.2). In het algemeen is geen *add-on* verzekering afsluiten verder al de standaardoptie, omdat uit een *pre-ticked*

1174 Riley & Taha 2019, p. 288.

1175 Riley & Taha 2019, p. 288.

1176 McDowell & Jacobs 2017, p. 1273-1312.

box niet mag worden afgeleid dat een consument een *add-on* verzekering wil afsluiten (artikel 6:230j BW).

13.5.7.4 Sociale-normnudge

Om de keuze van een particuliere verzekeringnemer te sturen naar geen *add-on* verzekering afsluiten kan in potentie ook een sociale-normnudge worden toegepast (zie eerder par. 10.3). Concreet zou dat betekenen dat de aanbieder van een *add-on* verzekering moet communiceren dat de meerderheid van de particuliere verzekeringnemers ervoor kiest geen *add-on* verzekering af te sluiten. Als dat feitelijk onjuist is, zou in plaats van een empirische verwachting een normatieve of veranderende verwachting gecommuniceerd kunnen worden – uiteraard voor zover die wel feitelijk juist is en het gewenste effect heeft. Eventueel zou ook kunnen worden verwezen naar de opvattingen van economische experts over *add-on* verzekeringen. Omdat het effect van een sociale-normnudge zeer contextafhankelijk is en zelfs tegengesteld kan zijn, is het bij de toepassing daarvan in het bijzonder van belang dat empirisch wordt onderzocht of de sociale-normnudge ook in de context in kwestie de gewenste bescherming biedt.

13.5.7.5 De presentatie van informatie of een keuze(optie)

Door in te spelen op het *framing*-effect of het ankereffect, of door de optie om een *add-on* verzekering af te sluiten op een bepaalde manier te presenteren, kunnen de keuzes van particuliere verzekeringnemers in potentie gestuurd worden naar geen *add-on* verzekering afsluiten (zie eerder par. 10.4). Inspelen op het *framing*-effect zou in combinatie met de communicatie van gebruiksinformatie bijvoorbeeld inhouden dat enkel gecommuniceerd mag worden hoeveel particuliere verzekeringnemers gemiddeld geen schadeclaim indienen, in plaats van hoeveel particuliere verzekeringnemers dat gemiddeld wel doen. Verder blijkt uit onderzoek dat als de maandelijkse kosten van een *add-on* verzekering worden weergegeven in plaats van de jaarlijkse kosten, particuliere verzekeringnemers bereid zijn om meer voor een *add-on* verzekering te betalen en ook eerder de *add-on* verzekering afsluiten die zij als eerste krijgen aangeboden.¹¹⁷⁷ Dit pleit ervoor om verzekeraars te verplichten (enkel) de jaarlijkse kosten weer te geven.

13.5.8 Vraag VII: eigen verantwoordelijkheid

De vervolgvraag is of de nudges die in potentie bescherming kunnen bieden bij *add-on* verzekeringen voldoende eigen verantwoordelijkheid behouden. Ter beantwoording van deze vraag is het niet alleen relevant hoeveel eigen verantwoordelijkheid bij *add-on* verze-

¹¹⁷⁷ Duke e.a. 2014, p. 48-49.

keringen moet worden behouden, maar ook hoeveel eigen verantwoordelijkheid de nudges in kwestie ontnemen. Dat uit gedragswetenschappelijke inzichten blijkt dat particuliere verzekeringnemers slecht zijn in risico's inschatten en hun keuzes over *add-on* verzekeringen beïnvloed kunnen worden door andere factoren dan economisch nut, pleit ervoor om bij *add-on* verzekeringen bescherming te bieden en aldus hun eigen verantwoordelijkheid deels te ontnemen. Dat een verkeerde keuze omtrent een *add-on* verzekering doorgaans geen zeer verstreckende gevolgen heeft, pleit echter ervoor om de particuliere verzekeringnemer weinig te beschermen en veel eigen verantwoordelijkheid te geven. Aangezien nauwelijks bescherming wordt geboden specifiek bij *add-on* verzekeringen, kan voor een weging van deze argumenten slechts beperkt worden teruggevallen op een reeds bestaande afweging van argumenten. Uit het feit dat nauwelijks specifiek bij *add-on* verzekeringen bescherming wordt geboden, zou weliswaar kunnen worden afgeleid dat bescherming daarbij te veel eigen verantwoordelijkheid ontnemt, maar die gevolgtrekking wordt tegengesproken door het feit dat sinds 1 oktober 2018 het financieel toezichtrecht deels ook van toepassing is op aanbieders van *add-on* verzekeringen (zie eerder par. 13.3).

De communicatie van gebruiksinformatie zal waarschijnlijk niet te veel eigen verantwoordelijkheid ontnemen, aangezien daarbij de eigen verantwoordelijkheid behouden blijft om de informatie te bestuderen en uiteindelijk zelf een keuze te maken. Of door een keuze te sturen naar het niet afsluiten van een *add-on* verzekering ook niet te veel eigen verantwoordelijkheid wordt ontnomen, is moeilijker te beoordelen. Voor zover door sturende nudges bescherming wordt geboden tegen een gebrek aan weerstand, ontnemen zij waarschijnlijk niet te veel eigen verantwoordelijkheid, omdat zij dan kwalificeren als *debiassing-nudges* of *counter-nudges* (zie eerder par. 9.8). Sturende nudges ontnemen mogelijk wel te veel eigen verantwoordelijkheid als het niet evident is dat de keuze om een *add-on* verzekering af te sluiten beïnvloed wordt door de handelspraktijken van een aanbieder. Sturende nudges zouden anders namelijk vergaande bescherming kunnen bieden tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit, terwijl het niet gaat om een keuze met in potentie verstreckende gevolgen. Hier kan echter tegen in worden gebracht dat voor adequate bescherming vereist is dat ook in dergelijke situaties vergaande bescherming wordt geboden tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit (zie eerder par. 5.3.3.3).

13.6 CONCLUSIE

Met nudging kan de bescherming van de particuliere verzekeringnemer bij *add-on* verzekeringen in potentie worden verbeterd. Ter bescherming tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit om een risico-inschatting te maken kan gebruiksinformatie worden gecommun-

niceerd. Daarbij moet wel in ogenschouw worden genomen dat de particuliere verzekeringnemers die de bescherming het hardst nodig hebben daardoor mogelijk het minst worden beschermd. Als dat zo blijkt te zijn, kunnen contractuele keuzes gestuurd worden naar het niet afsluiten van een *add-on* verzekering. Daarvoor kan in potentie een standaardoptie worden toegepast, een sociale norm worden gecommuniceerd, en de presentatie van informatie en de keuzeoptie worden aangepast. Het is echter de vraag of door die sturende nudges niet te veel eigen verantwoordelijkheid wordt ontnomen. In deze casestudie is niet empirisch onderzocht of de besproken nudges bij *add-on* verzekeringen daadwerkelijk de gewenste bescherming bieden.

14 SLOTBESCHOUWING

14.1 INLEIDING

Hoe kan nudging bijdragen aan de bescherming van zwakkere partijen in het Nederlandse contractenrecht? Het korte, abstracte antwoord op de onderzoeksvraag luidt: door hen te helpen met het maken van contractuele keuzes die aansluiten bij hun eigen wensen. Het uitgebreide, concretere antwoord bestaat uit: de manieren waarop nudging zwakkere partijen kan beschermen (par. 14.2), de daarbij geldende toepassingsvoorwaarden (par. 14.3) en de randvoorwaarden van de verschillende nudgetechnieken (par. 14.4). Samengenomen volgt daaruit dat nudging op verschillende manieren kan bijdragen aan de bescherming van zwakkere partijen, maar dat het toepassingsbereik ervan ook door een aantal factoren wordt beperkt (par. 14.5). Dit onderzoek roept, tot slot, enkele vervolgvragen op (par. 14.6).

14.2 DRIE TOEPASSINGEN VAN NUDGING

14.2.1 *Inleiding*

Nudging kan ter bescherming van zwakkere partijen op drie manieren worden toegepast: om hen te helpen zelf een keuze te maken (par. 14.2.2), als hulp bij het kiezen van de optie die aansluit bij eigen wensen (par. 14.2.3), en als hulp bij het kiezen van de meest verstandige optie (par. 14.2.4).

14.2.2 *Toepassing I: nudging als hulp om zelf een keuze te maken*

Nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken (zie eerder par. 6.2.6.2), kunnen zwakkere partijen beschermen door hen te helpen met het maken van een contractuele keuze die aansluit bij hun eigen wensen (zie eerder par. 6.3.2). Zo kan bescherming worden geboden tegen verschillende specifieke soorten van gebrek aan cognitieve capaciteit en gebrek aan weerstand, en indirect soms ook tegen een gebrek aan informatie (zie eerder hoofdstuk 9). Door informatie te versimpelen kan bijvoorbeeld bescherming worden geboden tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit om informatie te begrijpen, en zo indirect ook tegen een gebrek aan informatie.

14.2.3 *Toepassing II: nudging als hulp bij het kiezen van de optie die aansluit bij eigen wensen*

Sturende nudges (zie eerder par. 6.2.6.3) kunnen zwakkere partijen beschermen door hun keuze te sturen naar de optie die aansluit bij hun eigen wensen of weg van een optie die dat niet doet (zie eerder par. 6.3.3). Zo kan bescherming worden geboden tegen een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand in het algemeen. Deze toepassing van nudging is vergelijkbaar met een navigatiesysteem: het helpt zwakkere partijen met navigeren naar de optie die aansluit bij hun eigen wensen, terwijl zij de keuzevrijheid behouden om van de aanbevolen route af te wijken – zij behouden met andere woorden de contractsvrijheid om een sturende nudge te negeren.

14.2.4 *Toepassing III: nudging als hulp bij het kiezen van de meest verstandige optie*

Sturende nudges kunnen zwakkere partijen ook beschermen door hun keuze te sturen naar de meest verstandige optie of weg van een onverstandige optie (zie eerder par. 6.3.4). Ook zo kan bescherming worden geboden tegen een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand in het algemeen. Deze toepassing van nudging is relevant als een zwakkere partij geen (specifieke) eigen wensen heeft, maar een contractuele keuze moet maken of op het punt staat om dat te doen. Het helpt haar dan met het kiezen van een optie die in haar belang is, zonder dat zij zelf (al) precies weet wat dat is.

14.3 TOEPASSINGSVOORWAARDEN

14.3.1 *Inleiding*

Om te waarborgen dat nudging alleen wordt toegepast als een zwakkere partij daarbij gebaat is en het geen afbreuk doet aan haar autonomie, dient aan zes toepassingsvoorwaarden te zijn voldaan. De hierna te bespreken vierde toepassingsvoorwaarde dient enkel te gelden voor sturende nudges. Het in de annex bij dit onderzoek opgenomen stroomschema biedt een schematisch overzicht van de toepassingsvoorwaarden.

14.3.2 *Toepassingsvoorwaarde I: een contractuele keuze wordt beïnvloed door een gebrek*

Nudging dient enkel te worden toegepast als een contractuele keuze wordt beïnvloed door een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit of een gebrek aan weerstand. De vraag hoeveel invloed een van deze gebreken op een keuze moet hebben voordat daartegen bescherming moet worden geboden, is niet eenduidig te beantwoorden omdat dat een rechtspolitieke keuze is. Hetzelfde geldt voor het antwoord op de vraag hoeveel zwakkere partijen door een gebrek moeten worden beïnvloed voordat zij beschermd moeten worden. De eerste toepassingsvoorwaarde hangt in dit opzicht nauw samen met de vijfde toepassingsvoorwaarde, die bepaalt dat het contractenrecht voldoende eigen verantwoordelijkheid moet behouden (zie verder par. 14.3.6).

Dat een contractuele keuze moet worden beïnvloed door een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit of een gebrek aan weerstand, heeft niet alleen als reden dat bescherming anders overbodig is (zie eerder par. 4.7.3.2), maar ook dat er anders sprake kan zijn van manipulatie (zie eerder par. 7.2). Een veel geuite kritiek is dat nudging irrationaliteit exploiteert en daarom manipuleert. Dat is echter overdreven en onjuist. Niet alleen verwijst die kritiek naar een in werkelijkheid niet strikt onderscheid tussen systeem 1 en systeem 2, ook wordt met die kritiek miskend dat heuristische ecologisch rationeel kunnen zijn. Verder kan een nudge binnen de context van de bescherming van zwakkere partijen niet manipuleren als een contractuele keuze door een gebrek beïnvloed wordt. Een nudge kan namelijk rationele besluitvorming niet ondermijnen als daar geen sprake van is, omdat besluitvorming wordt beïnvloed door een gebrek.

14.3.3 *Toepassingsvoorwaarde II: laten leren – van fouten – maakt bescherming niet onnodig*

Nudging dient enkel te worden toegepast als zwakkere partijen – van hun fouten – laten leren bescherming niet onnodig maakt (zie eerder par. 7.4). Aan deze toepassingsvoorwaarde is vaak voldaan, ten eerste, omdat uit onderzoek blijkt dat bijvoorbeeld financiële educatie – op de lange termijn – weinig tot geen effect heeft op financiële keuzes. Ten tweede moet iemand, om van zijn fouten te kunnen leren, zich niet alleen op een bepaald moment realiseren dat hij eerder een verkeerde keuze heeft gemaakt, maar ook de ruimte hebben om van zijn verkeerde keuze te kunnen leren. Bij veel contractuele keuzes waarbij zwakkere partijen worden beschermd, is niet aan deze voorwaarden voldaan.

14.3.4 *Toepassingsvoorwaarde III: subsidiariteit*

Nudges dienen alleen te worden toegepast als minder indringende beschermingstechnieken onvoldoende bescherming bieden – de subsidiariteitsvoorwaarde (zie eerder par. 4.7.3.4). Dit betekent, ten eerste, dat nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken alleen mogen worden toegepast als fraternalistische beschermingstechnieken onvoldoende bescherming bieden. Anders kan namelijk, zonder dat daar een goede reden voor is, ervan worden uitgegaan dat zwakkere partijen een te beperkte cognitieve capaciteit hebben om eigen wensen na te kunnen streven, hetgeen zelfrespect kan ondermijnen (zie eerder par. 7.3). Ten tweede houdt de subsidiariteitsvoorwaarde in dat sturende nudges pas mogen worden toegepast als zowel fraternalistische beschermingstechnieken als nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken onvoldoende bescherming bieden. De uitkomst rationaliteit van zwakkere partijen die bescherming nodig hebben, mag namelijk alleen worden verkozen boven de, door een sturende nudge licht onder druk gezette, procedurele rationaliteit van zwakkere partijen die geen bescherming nodig hebben, als dat strikt noodzakelijk is (zie eerder par. 7.2).

14.3.5 *Toepassingsvoorwaarde IV: de optie waarnaar een keuze moet worden gestuurd*

Een sturende nudge dient enkel te worden toegepast als de meerderheid van zwakkere partijen een optie zou kunnen aanvaarden als de beste optie of als een optie die niet moet worden gekozen (zie eerder par. 8.3.5). Door deze toepassingsvoorwaarde wordt het toepassingsbereik van sturende nudges beperkt tot situaties waarin het veilig kan worden aangenomen dat de meeste zwakkere partijen ongeveer hetzelfde willen – de economisch meest verstandige optie kiezen, bijvoorbeeld. Anders bestaat namelijk de kans dat meer zwakkere partijen zich aan een sturende nudge moeten onttrekken dan erdoor beschermd worden.

14.3.6 *Toepassingsvoorwaarde V: voldoende eigen verantwoordelijkheid blijft behouden*

Nudging dient enkel te worden toegepast als daardoor in het contractenrecht voldoende eigen verantwoordelijkheid behouden blijft. Deze toepassingsvoorwaarde geldt specifiek ook voor nudging omdat anders het zelfrespect van zwakkere partijen te veel kan worden ondermijnd (zie eerder par. 7.3). Vanwege deze toepassingsvoorwaarde wordt niet bij elke contractuele keuze die door een gebrek beïnvloed wordt bescherming geboden. Of bescherming wordt geboden, is een rechtspolitieke keuze en hangt af van de omstandighe-

den van het geval. Uit de huidige bescherming van zwakkere partijen kan worden afgeleid dat bij die rechtspolitieke keuze in ieder geval vijf gezichtspunten relevant zijn. Bescherming wordt eerder geboden als: een contractuele keuze van invloed is op de wijze waarop een zwakkere partij in haar levensbehoeften voorziet, de gevolgen van een keuze die niet aansluit bij eigen wensen verstrekkend zijn, de sterkere partij in een bepaald opzicht veel sterker is dan de zwakkere partij, de beschermingstechniek in kwestie weinig eigen verantwoordelijkheid ontnemt, en er geen individuele of maatschappelijke belangen zijn die bescherming doorkruisen en zwaarder wegen dan het belang van de zwakkere partij (zie eerder par. 4.7.3.5).

14.3.7 Toepassingsvoorwaarde VI: de nudge biedt de gewenste bescherming

Tot slot dienen nudges enkel te worden toegepast als empirisch vaststaat dat de beoogde nudge ook bij de contractuele keuze in kwestie de gewenste bescherming biedt (zie eerder par. 8.4). Deze toepassingsvoorwaarde geldt niet alleen omdat nog niet van alle nudgetechnieken de randvoorwaarden in kaart zijn gebracht, maar ook omdat er altijd contextafhankelijke factoren van invloed kunnen zijn op het effect van een nudge waar geen rekening mee kan worden gehouden anders dan door de nudge empirisch te testen.

14.4 RANDVOORWAARDEN

De randvoorwaarden die het toepassingsbereik van nudging beperken, verschillen per nudgetechniek. Hierdoor verschilt het ook per nudgetechniek waartegen en in welke situaties die bescherming kan bieden. Nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken, kunnen in potentie bescherming bieden tegen verschillende specifieke soorten van gebrek aan cognitieve capaciteit en gebrek aan weerstand, en op die manier soms indirect ook tegen een gebrek aan informatie (zie eerder hoofdstuk 9). Zo kan in een situatie waarin informatieoverdracht moet worden verbeterd een nudge worden toegepast die informatie inkort of versimpelt. Hoeveel een dergelijke nudge informatieoverdracht kan verbeteren, moet echter niet worden overschat. In zeer uiteenlopende situaties en tegen verschillende specifieke gebreken kan een zwakkere partij daarnaast worden beschermd door de *consider-the-opposite strategy* te faciliteren, door gebruiksinformatie te communiceren, en door *debiasing*-nudges en *counter*-nudges toe te passen. Door een herinnering te sturen en actief te vragen om een keuze te maken kunnen zwakkere partijen verder in hoofdzaak worden beschermd tegen *inertia*. Voorts is het mogelijk om zelfnudging te faciliteren ter bescherming tegen beperkte zelfcontrole, maar ligt dat binnen de context van het contractenrecht niet vaak voor de hand.

Sturende nudges kunnen bescherming bieden tegen een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand in het algemeen (zie eerder hoofdstuk 10). Een sociale-normnudge kan in veel verschillende situaties worden toegepast. Daarbij moet echter wel in ogenschouw worden genomen dat het effect van een sociale-normnudge zeer contextafhankelijk is en zelfs tegengesteld kan zijn. Een standaardoptie kan daarnaast hoofdzakelijk bescherming bieden bij aanvullende contractuele keuzes – zoals de keuze al dan niet een *add-on* verzekering aan te schaffen. Door nudges die informatie of een keuze(optie) anders presenteren, kunnen contractuele keuzes verder op verschillende manieren en in veel verschillende situaties naar of weg van een bepaalde optie gestuurd worden. Met name bij contractuele keuzes over de lange termijn kan, tot slot, ter bescherming van een zwakkere partij een nudge worden toegepast die inspeelt op het feit dat personen gevolgen hyperbolisch verdisconteren.

14.5 NUDGING KAN ZWAKKERE PARTIJEN BESCHERMEN, MAAR IS GEEN WONDERMIDDEL

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat nudging op verschillende manieren kan bijdragen aan de bescherming van zwakkere partijen. Gedragswetenschappelijke inzichten tonen aan dat in het huidige recht te weinig bescherming wordt geboden tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand, en indirect daardoor soms ook te weinig bescherming tegen een gebrek aan informatie. Dit zorgt ervoor dat zwakkere partijen niet altijd daadwerkelijk in staat worden gesteld om zichzelf te kunnen ontplooiën door met anderen te contracteren (zie eerder par. 5.3). Nudging biedt daarvoor een oplossing. Nudges die personen helpen om zelf een keuze te maken, kunnen bijdragen aan het bieden van meer en betere bescherming tegen verschillende specifieke soorten van gebrek aan cognitieve capaciteit en gebrek aan weerstand, en soms indirect ook aan het bieden van meer en betere bescherming tegen een gebrek aan informatie. Daarnaast kunnen sturende nudges bijdragen aan het bieden van meer en betere bescherming tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit, een gebrek aan weerstand en een gebrek aan informatie in het algemeen.

Dat nudging kan bijdragen aan een betere bescherming van zwakkere partijen betekent echter niet dat het een wondermiddel is voor hun bescherming. Het toepassingsbereik van nudging wordt namelijk door een aantal factoren beperkt. Zo kunnen nudges geen directe bescherming bieden tegen een gebrek aan onderhandelingspositie (zie eerder par. 6.3), terwijl dat – in ieder geval van oudsher – wel een belangrijk gebrek is waartegen zwakkere partijen in het contractenrecht worden beschermd. Verder kunnen nudges die personen helpen om zelf een keuze te maken alleen bescherming bieden tegen verschillende speci-

fieke soorten van gebrek aan cognitieve capaciteit en gebrek aan weerstand, terwijl sturende nudges – die een breder toepassingsbereik hebben – alleen kunnen worden toegepast als de meeste zwakkere partijen ongeveer hetzelfde willen. Voorts is het niet vanzelfsprekend dat een nudge altijd het gewenste effect heeft. Het is daarom belangrijk dat empirisch wordt onderzocht of de beoogde nudge ook in de context in kwestie de gewenste bescherming biedt. Als vanwege een van deze factoren nudging in een bepaalde situatie niet kan worden toegepast, is dat echter zeker geen reden voor scepsis over nudging ter bescherming van zwakkere partijen in het algemeen. Anders wordt het kind met het badwater weggegooid.¹¹⁷⁸

14.6 TER AFRONDING

Een vraag voor vervolgonderzoek is hoe het ontwikkelde theoretisch kader institutioneel kan worden ingebed. Hoe kan bijvoorbeeld worden voorkomen dat het empirisch onderzoek dat moet worden verricht naar het effect van een nudge in de weg staat aan de toepassing van nudging ter bescherming van zwakkere partijen? Een andere vraag voor vervolgonderzoek is welke relevantie het theoretisch kader heeft voor recente ontwikkelingen binnen het contractenrecht. Kan het theoretisch kader bijvoorbeeld ook worden toegepast om te beoordelen of een kleine onderneming door nudging kan worden beschermd? En kan aan de hand van het theoretisch kader tevens worden beoordeeld of zwakkere partijen door nudging geholpen kunnen worden met het maken van duurzame(re) contractuele keuzes? Voorts is de mogelijkheid om nudges te personaliseren in dit onderzoek aan bod gekomen, maar niet nader uitgewerkt. Door recente technologische ontwikkelingen wordt personalisatie van bescherming praktisch steeds haalbaarder. De (vervolg)vraag is echter: wanneer is gepersonaliseerde bescherming wenselijk en wanneer niet?

Terwijl dit onderzoek aldus verschillende vervolgvragen oproept, moet ook worden geconstateerd dat het onderzoek naar nudging niet stilstaat en – naar verwachting – ook niet stil zal komen te staan in de komende jaren. In dat opzicht is dit onderzoek een momentopname. Tegelijkertijd is dit onderzoek ook veel meer dan dat, omdat het een theoretisch kader biedt van waaruit beoordeeld kan worden wat de relevantie is van nieuwe bevindingen over nudging voor de bescherming van zwakkere partijen in het contractenrecht. Na de introductie van het concept nudging in 2008 kende het in eerst instantie vooral ferverte voor- en tegenstanders. Pas later kwam er nuance in het debat over nudging, doordat werd onderzocht wanneer het nuttig en legitiem is en wanneer het dat niet is. Dit onder-

¹¹⁷⁸ Bradon verwoordt dit als volgt: ‘Nudges are a valuable, modestly resourced and (...) dramatically under-used way of improving people’s lives. Abandoning them now would be like discovering aspirin then immediately shutting down production because it doesn’t cure cancer.’ Zie: Bradon 2022.

zoek bouwt voort op die ontwikkeling en draagt ook daaraan bij. Door zowel de potentie als de grenzen van de toepassing van nudging ter bescherming van zwakkere partijen aan te duiden biedt het aan rechtsbeoefenaars, zoals wetgevingsjuristen en rechters, handvaten om in een concrete situatie te beoordelen of een nudge kan worden toegepast ter bescherming van een zwakkere partij, en zo ja, op welke manier dat kan. Zo draagt dit onderzoek bij aan een contractenrecht waarin niet de economisch rationele zwakkere partij wordt beschermd, maar de daadwerkelijk zwakkere partij.

SAMENVATTING

Nudging in het contractenrecht ter bescherming van zwakkere partijen

AANLEIDING EN ONDERZOEKSVRAAG

In het contractenrecht wordt bescherming geboden aan personen die in de hoedanigheid van een zwakkere partij handelen, zoals werknemers, huurders en consumenten. Stilzwijgend wordt daarbij regelmatig verondersteld dat zij economisch rationeel handelen, hetgeen van invloed is op wanneer en hoe zij worden beschermd. Gedragswetenschappelijke inzichten tonen echter aan dat mensen, en dus ook zwakkere partijen, een beperkte cognitieve capaciteit hebben en daarom lang niet altijd op economisch rationele wijze keuzes maken. De discrepantie tussen hoe zwakkere partijen daadwerkelijk keuzes maken en hoe verondersteld wordt dat zij dat doen, leidt tot tekortkomingen in hun huidige bescherming. Om zwakkere partijen beter te beschermen, zonder hun contractsvrijheid te beperken, kan in potentie nudging worden toegepast. Er bestond echter nog geen systematisch onderzoek naar de manier waarop dat kan en de grenzen daarvan. Dit proefschrift beantwoordt daarom de vraag hoe nudging kan bijdragen aan de bescherming van zwakkere partijen in het Nederlandse contractenrecht. Het eerste deel – het juridisch kader – gaat in op waarom, wanneer en op welke wijze zwakkere partijen worden beschermd, alsmede op de tekortkomingen van hun huidige bescherming. Het tweede deel – het theoretisch kader – brengt de potentie en de grenzen van de toepassing van nudging ter bescherming van zwakkere partijen in kaart. Het derde deel – de casestudies – past het theoretisch kader toe op drie kwesties aangaande de bescherming van zwakkere partijen. Zo wordt de werking van het theoretisch kader geïllustreerd en worden enkele concrete aanbevelingen gedaan voor de toepassing van nudging ter bescherming van zwakkere partijen. Dit onderzoek sluit af met een slotbeschouwing. In de annex bij dit onderzoek is een stroomschema opgenomen dat de inhoud van het theoretisch kader bondig en schematisch weergeeft.

DEEL I: HET JURIDISCH KADER

Hoofdstuk 2 onderzoekt waarom zwakkere partijen in het contractenrecht worden beschermd. Betoogd wordt dat het contractenrecht als doel heeft zelfontplooiing te faciliteren door personen in staat te stellen om eigen wensen na te streven door met anderen te contracteren. Zwakkere partijen worden beschermd, zodat ook zij daartoe in staat worden gesteld en zo zichzelf kunnen ontplooiën.

Hoofdstuk 3 brengt drie beginselen in kaart die richting geven aan de rechtsregels die zwakkere partijen beschermen. Het beginsel van private autonomie pleit ervoor dat een persoon zijn eigen rechtspositie moet kunnen bepalen, zodat hij eigen wensen kan nastreven. Binnen de context van het contractenrecht pleit dit beginsel ervoor dat personen met anderen moeten kunnen contracteren. Om door te contracteren eigen wensen na te kunnen streven moet iemand niet alleen met anderen kunnen contracteren, maar ook de vrijheid hebben om zelf te bepalen welke contractuele keuzes hij maakt. Het beginsel van contractsvrijheid pleit daarom ervoor dat een persoon zelf mag bepalen of hij contracteert en met wie, waarover en in welke vorm hij dat doet. Omdat zwakkere partijen om verschillende redenen moeite kunnen hebben met het maken van contractuele keuzes die aansluiten bij hun eigen wensen, moeten zij worden beschermd. Daarvoor pleit het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid. Op het niveau van de beginselen bestaat geen spanning tussen het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid en het beginsel van contractsvrijheid. Op het niveau van de rechtsregels kan dat wel zo zijn. Om zwakkere partijen voldoende te beschermen kan in bepaalde gevallen namelijk hun contractsvrijheid moeten worden beperkt.

Hoofdstuk 4 gaat in op de kenmerken van de huidige bescherming van particuliere zwakkere partijen. In het Nederlandse contractenrecht worden de werknemer, huurder van woonruimte, consument, particuliere borg, reiziger, patiënt, particuliere verzekeringnemer en particuliere pandbelener beschermd. Waartegen zij worden beschermd, varieert. Onderscheid kan worden gemaakt tussen bescherming tegen een gebrek aan onderhandelingspositie, tegen een gebrek aan informatie, tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit en tegen een gebrek aan weerstand. Zwakkere partijen worden tegen deze gebreken beschermd door beschermingstechnieken die de contractsvrijheid van een zwakkere partij behouden, zoals een informatieplicht en bedenktijd, en door beschermingstechnieken die hun contractsvrijheid beperken, zoals een gebod en een verbod. Voor de toepassing van beschermingstechnieken die de contractsvrijheid behouden, worden impliciet twee voorwaarden gehanteerd: een contractuele keuze van een zwakkere partij moet worden beïnvloed door een gebrek, en eigen verantwoordelijkheid moet het uitgangspunt blijven van het contractenrecht, ondanks de bescherming die geboden wordt. Voor de toepassing van beschermingstechnieken die de contractsvrijheid van een zwakkere partij beperken, gelden impliciet nog twee aanvullende voorwaarden: beschermingstechnieken die de contractsvrijheid van een zwakkere partij behouden, moeten onvoldoende bescherming bieden, en de voorgeschreven contractsinhoud moet door vrijwel alle zwakkere partijen kunnen worden aanvaard.

Hoofdstuk 5 stelt de tekortkomingen van de huidige bescherming van zwakkere partijen centraal. Gedragswetenschappelijke inzichten tonen aan dat mensen, en dus ook zwakke-

re partijen, een beperkte cognitieve capaciteit hebben en daarom lang niet altijd alle opties tegen elkaar afwegen en alle informatie gebruiken die zij tot hun beschikking hebben, en slecht zijn in kansberekening. De discrepantie tussen hoe zwakkere partijen in werkelijkheid keuzes maken en hoe op basis van de economische rationaliteitsconceptie verondersteld wordt dat zij dat doen, leidt tot twee tekortkomingen bij hun huidige bescherming. Ten eerste worden zwakkere partijen te weinig beschermd tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand. Ten tweede wordt het beschermingsniveau overschat dat een aantal beschermingstechnieken die contractsvrijheid behouden, kan bieden. Deze twee tekortkomingen leiden tot een hernieuwde relevantie van de spanning tussen de bescherming van zwakkere partijen en het behouden van hun contractsvrijheid. Zwakkere partijen meer beschermen kan namelijk leiden tot verdere beperking van hun contractsvrijheid. Om te voorkomen dat een afweging moet worden gemaakt tussen het bieden van voldoende bescherming en het behouden van de contractsvrijheid van zwakkere partijen, kan in potentie nudging worden toegepast.

DEEL II: HET THEORETISCH KADER

Hoofdstuk 6 definieert nudging als de toepassing van keuzebeïnvloedingstechnieken die, rekening houdend met of inspelend op de beperkte cognitieve capaciteit van mensen, keuzes op voorspelbare wijze beïnvloeden, zonder keuzevrijheid te beperken en zonder gebruik te maken van significante financiële prikkels. Onderscheid kan worden gemaakt tussen nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken door rekening te houden met de beperkte cognitieve capaciteit van mensen, en nudges die een keuze naar of weg van een bepaalde optie sturen door daarop in te spelen – zogeheten sturende nudges. In lijn met dit onderscheid kan nudging op drie manieren worden toegepast ter bescherming van zwakkere partijen:

1. Nudging kan worden toegepast door zwakkere partijen te helpen om zelf een contractuele keuze te maken. Nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken, kunnen bescherming bieden tegen verschillende specifieke soorten van gebrek aan cognitieve capaciteit en gebrek aan weerstand, en zo indirect soms ook tegen een gebrek aan informatie.
2. Nudging kan worden toegepast door de contractuele keuzes van zwakkere partijen te sturen naar de optie die aansluit bij hun eigen wensen of weg van een optie die daarbij niet aansluit. Zo kan bescherming worden geboden tegen een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand in het algemeen.
3. Nudging kan worden toegepast door de contractuele keuzes van zwakkere partijen te sturen naar de meest verstandige optie of weg van een onverstandige optie. Zo kan ook bescherming worden geboden tegen een gebrek aan informatie, een gebrek aan cogni-

tieve capaciteit en een gebrek aan weerstand in het algemeen. Deze toepassing van nudging is met name relevant als een zwakkere partij geen (specifieke) eigen wensen heeft, maar wel een contractuele keuze moet maken of op het punt staat om dat te doen.

Hoofdstuk 7 en 8 onderzoeken welke voorwaarden er dienen te gelden voor de toepassing van nudging ter bescherming van zwakkere partijen om te waarborgen dat nudging bijdraagt aan de bescherming van zwakkere partijen en geen afbreuk doet aan hun autonomie. Daarin worden de volgende bevindingen gedaan:

- Een sturende nudge dient, om te voorkomen dat er sprake is van manipulatie, enkel te worden toegepast als aan twee voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet de keuze van een zwakkere partij worden beïnvloed door een gebrek. Anders kan een sturende nudge namelijk rationele besluitvorming ondermijnen. Ten tweede moeten minder indringende beschermingstechnieken, zoals een informatieplicht, bedenktijd of een nudge die een persoon helpt om zelf een keuze te maken, onvoldoende bescherming bieden. De uitkomst rationaliteit van zwakkere partijen die bescherming nodig hebben, dient namelijk enkel te worden verkozen boven de, door nudging licht onder druk gezette, procedurele rationaliteit van zwakkere partijen die geen bescherming nodig hebben, als dat omwille van adequate bescherming strikt noodzakelijk is.
- Voor nudging dient de toepassingsvoorwaarde te gelden dat door zwakkere partijen te laten leren – van hun fouten – bescherming niet onnodig wordt. Vaak is aan deze toepassingsvoorwaarde voldaan omdat het (langetermijn)effect van educatie meestal beperkt is en personen, als zij al van hun fouten kunnen leren, daar lang niet altijd de ruimte voor hebben.
- Zolang eigen verantwoordelijkheid het uitgangspunt blijft van het contractenrecht, is er omwille van respect voor menselijke waardigheid en zelfrespect geen bezwaar tegen het gebruik van nudging ter bescherming van zwakkere partijen. Het persoonsbegrip wordt dan namelijk niet – te veel – vermenselijkt. Wel dienen nudges pas te worden toegepast als minder indringende beschermingstechnieken onvoldoende bescherming bieden, omdat anders de beperkte cognitieve capaciteit van zwakkere partijen als uitgangspunt kan worden genomen zonder dat dit strikt noodzakelijk is.
- De eisen die gelden omtrent de openbaarheid van wetgeving en rechtspraak zorgen ervoor dat de toepassing van nudging ter bescherming van zwakkere partijen voldoende transparant is om de macht die een overheid door middel van nudging verkrijgt te kunnen controleren.
- Ook omwille van de kritiek dat nudging in werkelijkheid keuzevrijheid beperkt, dient geen aanvullende toepassingsvoorwaarde te gelden voor nudging ter bescherming van zwakkere partijen. Die kritiek berust niet alleen op een misvatting, maar sluit ook niet aan bij recent onderzoek naar het effect van nudges. Dat nudging keuzevrijheid be-

houdt, betekent dat daardoor ook de materiële contractsvrijheid van zwakkere partijen behouden blijft.

- Om vast te stellen naar of weg van welke optie een keuze gestuurd moet worden, zodat zwakkere partijen worden beschermd, dient een normatieve benadering te worden gehanteerd. Die benadering houdt in dat moet worden vastgesteld of de meerderheid van zwakkere partijen een optie zou kunnen aanvaarden als de beste optie of als een optie die niet moet worden gekozen.
- Omdat nog niet van alle nudgetechnieken de randvoorwaarden volledig in kaart zijn gebracht, en omdat het effect van een nudge kan afhangen van de context waarin die wordt toegepast, dient voor de toepassing van een nudge ter bescherming van een zwakkere partij empirisch te worden vastgesteld dat de beoogde nudge ook in de context in kwestie de gewenste bescherming biedt.

Hoofdstuk 9 en 10 stellen per nudgetechniek vast waartegen en in welke situaties die bescherming kan bieden. Nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken, kunnen in potentie bescherming bieden tegen verschillende specifieke soorten van gebrek aan cognitieve capaciteit en gebrek aan weerstand, en op die manier soms indirect ook tegen een gebrek aan informatie. Zo kan ter verbetering van informatieoverdracht een nudge worden toegepast die informatie inkort of versimpelt. In hoeverre informatieoverdracht daardoor kan worden verbeterd, moet echter niet worden overschat. Tegen verschillende specifieke gebreken aan cognitieve capaciteit en weerstand kan een zwakkere partij daarnaast worden beschermd door de *consider-the-opposite strategy* te faciliteren, door gebruiksinformatie te communiceren, en door *debiasing*-nudges en *counter*-nudges toe te passen. Door een herinnering te sturen en actief te vragen om een keuze te maken kunnen zwakkere partijen verder worden beschermd tegen *inertia* en soms ook tegen onoplettendheid. Voorts kan door zelfnudging te faciliteren bescherming worden geboden tegen beperkte zelfcontrole. Binnen de context van het contractenrecht ligt dat echter niet vaak voor de hand.

Sturende nudges kunnen bescherming bieden tegen een gebrek aan informatie, een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand in het algemeen. Een sociale-normnudge kan in verschillende situaties worden toegepast, mits in ogenschouw wordt genomen dat het effect van een sociale-normnudge zeer contextafhankelijk is en zelfs tegengesteld kan zijn. Een standaardoptie kan verder hoofdzakelijk bescherming bieden bij aanvullende contractuele keuzes. Door nudges die informatie of een keuze(optie) anders presenteren, kunnen contractuele keuzes daarnaast in veel verschillende situaties worden gestuurd naar een bepaalde optie of weg van een bepaalde optie. Bij in hoofdzaak contractuele keuzes over de lange termijn kan, tot slot, een nudge worden toegepast die inspeelt op het feit dat personen gevolgen hyperbolisch verdisconteren.

DEEL III: DE CASESTUDIES

Hoofdstuk 11 onderzoekt of met nudging een nieuwe invulling kan worden gegeven aan de bijzondere zorgplicht van financiële instellingen bij het aanbieden van complexe financiële producten. Zo kan mogelijk betere bescherming worden geboden tegen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht. Specifiek ter bescherming tegen zelfoverschatting en overmatig optimisme, twee vormen van lichtvaardigheid, kan in potentie de *consider-the-opposite strategy* worden gefaciliteerd en gebruiksinformatie worden gecommuniceerd. Als die nudges onvoldoende bescherming bieden, is ook de toepassing gelegitimeerd van nudges die een keuze sturen naar het niet aanschaffen van een complex financieel product. In potentie kan dan een sociale-normnudge worden toegepast, kunnen de presentatie van informatie over een complex financieel product en de optie om een complex financieel product aan te schaffen worden aangepast, en kan worden ingespeeld op het feit dat personen gevolgen hyperbolisch verdisconteren.

Hoofdstuk 12 onderzoekt of met nudging de bescherming van de particuliere borg kan worden verbeterd. Ter bescherming tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit om informatie te verwerken kan informatie worden vertaald, en ter bescherming tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit om een risico-inschatting te maken kan de *consider-the-opposite strategy* worden gefaciliteerd en gebruiksinformatie worden gecommuniceerd. Als blijkt dat de particuliere borg door die nudges onvoldoende wordt beschermd, is ook de toepassing gelegitimeerd van nudges die een keuze naar een lager (maximum)bedrag voor de borgtocht sturen. Daarvoor dient wel een onderzoeksplicht naar de financiële draagkracht van de particuliere borg te worden aangenomen voor de kredietverstrekker. Als een dergelijke plicht wordt aangenomen, zou in potentie een sociale-normnudge kunnen worden toegepast, en zou kunnen worden ingespeeld op het *framing-effect* en op het feit dat personen gevolgen hyperbolisch verdisconteren.

Hoofdstuk 13 onderzoekt of met nudging de bescherming van de particuliere verzekeringnemer bij *add-on* verzekeringen kan worden verbeterd. Ter bescherming tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit om een risico-inschatting te maken kan gebruiksinformatie worden gecommuniceerd. Als daardoor onvoldoende bescherming wordt geboden, kunnen contractuele keuzes gestuurd worden naar het niet afsluiten van een *add-on* verzekering. In potentie kan dan een standaardoptie worden toegepast, een sociale norm worden gecommuniceerd, en de presentatie van de informatie en de keuzeoptie worden aangepast. Het is echter nog onduidelijk of die sturende nudges niet te veel eigen verantwoordelijkheid ontnemen.

SLOTBESCHOUWING

Omdat, zo blijkt uit gedragswetenschappelijke inzichten, in het huidige recht onvoldoende bescherming wordt geboden tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit en een gebrek aan weerstand, en indirect daardoor soms ook te weinig bescherming tegen een gebrek aan informatie, worden zwakkere partijen niet altijd daadwerkelijk in staat gesteld om zichzelf te kunnen ontplooiën door met anderen te contracteren. De toepassing van nudging kan daarvoor een oplossing zijn. Nudges die personen helpen om zelf een keuze te maken, kunnen bijdragen aan meer en betere bescherming tegen verschillende specifieke soorten van gebrek aan cognitieve capaciteit en gebrek aan weerstand, en soms indirect ook aan meer en betere bescherming tegen een gebrek aan informatie. Daarnaast kunnen sturende nudges bijdragen aan meer en betere bescherming tegen een gebrek aan cognitieve capaciteit, een gebrek aan weerstand en een gebrek aan informatie in het algemeen.

Dat nudging kan bijdragen aan een betere bescherming van zwakkere partijen betekent niet dat het voor hun bescherming een wondermiddel is. Het toepassingsbereik van nudging wordt namelijk door een aantal factoren beperkt. Zo kunnen nudges geen directe bescherming bieden tegen een gebrek aan onderhandelingspositie, kunnen nudges die personen helpen om zelf een keuze te maken alleen bescherming bieden tegen verschillende specifieke soorten van gebrek aan cognitieve capaciteit en gebrek aan weerstand, terwijl sturende nudges – die een breder toepassingsbereik hebben – alleen kunnen worden toegepast als de meeste zwakkere partijen ongeveer hetzelfde willen, en is het niet vanzelfsprekend dat een nudge altijd de gewenste bescherming biedt. Dit is echter geen reden voor scepsis over nudging ter bescherming van zwakkere partijen in het algemeen. Anders zou namelijk het kind met het badwater worden weggegooid, terwijl dit onderzoek juist een theoretisch kader biedt aan de hand waarvan rechtsbeoefenaars, zoals wetgevingsjuristen en rechters, kunnen beoordelen of, en zo ja, op welke manier nudging kan worden toegepast ter bescherming van een zwakkere partij. Zo draagt dit onderzoek bij aan een contractenrecht waarin niet de economisch rationele zwakkere partij wordt beschermd, maar de daadwerkelijk zwakkere partij.

SUMMARY

Nudging in contract law for the protection of weaker parties

REASON AND RESEARCH QUESTION

Contract law offers protection to those who are defined within the legal system as weaker parties, such as employees, tenants, and consumers. In that context, they are routinely and tacitly assumed to be acting in an economically rational manner, an assumption that affects when and how they are offered protection. But insights from behavioral science reveal that people – and thus weaker parties too – have limited cognitive capacities and by no means always make economically rational decisions. The discrepancy between how weaker parties actually make decisions and how they are assumed to do so leads to deficiencies in their current protection. Although nudging could potentially be applied to better protect weaker parties without restricting their freedom of contract, no systematic research yet exists on how to do that and what the limits are to how that may be done. This doctoral thesis therefore answers the question as to how nudging can contribute to the protection of weaker parties in Dutch contract law. The first part – the legal framework – addresses why, when and how weaker parties are protected, and the deficiencies of their current protection. The second part – the theoretical framework – analyses the potential and limits of using nudging to protect weaker parties. The third part – the case studies – applies the theoretical framework to three issues concerning the protection of weaker parties, illustrating the operation of the theoretical framework and making specific recommendations for applying nudging to protect weaker parties. This research ends with concluding observations. A flowchart that concisely and schematically sets out the theoretical framework is included in the appendix of this research.

PART I: THE LEGAL FRAMEWORK

Chapter 2 examines why weaker parties are protected in contract law. It has been contended that contract law aims to facilitate self-realization by allowing people to pursue their own goals by contracting with others. Weaker parties are protected, so they are also enabled to do so and also have the opportunity for self-realization.

Chapter 3 identifies three principles that guide the legal rules for the protection of weaker parties. The principle of private autonomy advocates for people being able to determine their own legal position, so they can pursue their own goals. Under contract law, this prin-

principle advocates for people being able to contract with others. To pursue one's own goals through contracting, one must not only be able to contract with others, but also have the freedom to decide which decisions to make. The principle of freedom of contract therefore advocates for someone being able to freely decide whether to contract and with whom, about what, and in what form. Because weaker parties may have difficulty making decisions about contracts that suit their goals for various reasons, they must be protected. The principle of societal justice advocates for this. Although there is no tension at the level of principles between the principle of societal justice and the principle of freedom of contract, that could be the case at the level of legal rules: to adequately protect weaker parties, it might be necessary to limit their freedom of contract in certain cases.

Chapter 4 discusses the characteristics of the current protection of weaker private parties. Dutch contract law protects employees, tenants of residential accommodation, consumers, private sureties, travelers, patients, and private policyholders, as well as private persons who pawn their goods. The reasons why they are protected vary. Distinctions can be made between lack of bargaining power, lack of information, lack of cognitive capacity, and lack of ability to resist. When these defects occur, weaker parties are protected by protective measures that preserve a weaker party's freedom of contract, such as duties to disclose information and cooling-off periods, and sometimes also by protective measures that limit their freedom of contract, such as mandates and prohibitions. The application of protection measures that preserve freedom of contract is implicitly subject to two conditions: a weaker party's decision about a contract must be affected by a defect, and personal responsibility must remain the underlying principle of contract law, despite the protection offered. The application of protection measures that limit a weaker party's freedom of contract is implicitly subject to two additional conditions: protection measures that preserve a weaker party's freedom of contract must be inadequate, and virtually all weaker parties must be capable of accepting the prescribed contractual content.

Chapter 5 focuses on the deficiencies of the current protection of weaker parties. Insights from behavioral science reveal that people – and thus weaker parties too – have limited cognitive capacities and do not always weigh up all options, do not always use all the information at their disposal, and are poor at calculating probabilities. There is a discrepancy between how weaker parties actually make decisions and how they are assumed to do so based on the concept of economic rationality. This discrepancy is the source of two deficiencies in the current protection regime. First, weaker parties are insufficiently protected with regard to vulnerabilities resulting from a lack of cognitive capacity and a lack of ability to resist. Second, it is frequently overestimated to which extent protective measures that preserve freedom of contract can offer protection. These two deficiencies lead to a renewed relevance of the tension between protecting weaker parties and preserving their

freedom of contract, since providing greater protection to weaker parties can end up further restricting their freedom of contract. Nudging can potentially be applied to avoid a trade-off between providing adequate protection and preserving the weaker parties' freedom of contract.

PART II: THE THEORETICAL FRAMEWORK

In Chapter 6, nudging is defined as applying decision-influencing techniques that influence decisions in a predictable way by taking into account or making use of people's limited cognitive capacities, without restricting their freedom of choice or employing significant financial incentives. A distinction can be made between nudges that help individuals make their own decisions by taking into account their limited cognitive capacities, and nudges that make use of these limits to steer a decision towards or away from a particular option – known as 'steering nudges'. In line with this distinction, nudging can be applied in three ways to protect weaker parties:

1. Nudging can be applied by helping weaker parties to make their own decisions about a contract. Decision-supporting nudges can offer protection in case various specific types of lack of cognitive capacity or lack of ability to resist occur, and, indirectly, also in case a lack of information occurs.
2. Nudging can be applied by steering weaker parties' decisions about a contract towards an option that is consistent with their own goals or away from an option that is not. In this way, protection can be offered in case of a lack of information, a lack of cognitive capacity, or a lack of ability to resist in general.
3. Nudging can be applied by steering weaker parties' decisions about a contract towards the most sensible option or away from an unwise option. In this way, protection can be offered in case of a lack of information, a lack of cognitive capacity, or a lack of ability to resist in general as well. This application of nudging is particularly relevant if a weaker party has to make, or is about to make, a decision about a contract, but does not have any specific personal goals regarding that decision.

Chapters 7 and 8 examine the conditions that must apply when using nudging to protect weaker parties, so as to ensure that it contributes to the weaker parties' protection and does not compromise their autonomy. The key findings of these chapters are as follows:

- To avoid manipulation, a steering nudge should be applied only if two conditions are met. First, a weaker party's decision must be affected by a defect, otherwise a steering nudge can undermine rational decision-making. Second, the protection offered by alternative, less intrusive protection measures – such as a duty to disclose information, a cooling-off period, or a nudge that helps individuals make their own decision – must

be inadequate. In fact, the outcome rationality of weaker parties in need of protection must be preferred to the procedural rationality of weaker parties who do not need protection, which can be put under pressure by a steering nudge, only if strictly necessary for the sake of adequate protection.

- Nudging must be subject to the condition that by allowing weaker parties to learn – from their mistakes – protection does not become unnecessary. This condition is often met because the long-term effect of education is usually limited and people – if they can learn from their mistakes at all – by no means always have the opportunity to do so.
- As long as personal responsibility remains the underlying principle of contract law, there is no objection to using nudging to protect weaker parties for the sake of respect for human dignity and self-respect. Nevertheless, nudges should be applied only when less intrusive protection measures do not provide adequate protection. Otherwise, the limited cognitive capacity of weaker parties can be taken into account without this being strictly necessary.
- Requirements concerning the publication of legislation and case law ensure that the use of nudging to protect weaker parties is sufficiently transparent for people to be able to monitor the power that a government acquires by being authorized to nudge.
- The criticism that nudging in reality limits freedom of choice is based on a misconception and is at odds with recent research on the effect of nudges. The fact that nudging preserves freedom of choice means that it also preserves weaker parties' material freedom of contract.
- A normative approach ought to be used to determine which option a decision should be steered towards or away from so that weaker parties are protected. This approach involves determining whether the majority of weaker parties could accept an option as the best option or as an option that must not be chosen.
- Since the preconditions of the nudge techniques have not yet been fully identified, and since the effect of a nudge may depend on the context in which it is applied, applying a nudge to protect a weaker party requires further empirical evidence that the intended nudge provides the desired protection in the relevant context.

Chapters 9 and 10 identify what protection each nudge technique can offer and in which situations it can be applied. Nudges that help individuals make their own decision can potentially offer protection in case specific types of lack of cognitive capacity or lack of ability to resist occur, and in that way sometimes also indirectly in case a lack of information occurs. For example, a nudge that shortens or simplifies information can be applied to improve the transfer of information. However, the extent to which the transfer of information can be improved as a result of this must not be overestimated. A weaker party can further be protected from various specific types of lack of cognitive capacity and lack of

ability to resist by facilitating the consider-the-opposite strategy, communicating use-pattern information, and applying debiasing-nudges and counter-nudges. Sending a reminder or actively asking someone to make a decision can further protect weaker parties from inertia and inattentiveness. Facilitating self-nudging can offer protection in case of limited self-control. However, this is often not obvious in the context of contract law.

Steering nudges can protect in case of a lack of information, a lack of cognitive capacity, or a lack of ability to resist in general. A social norm nudge can be applied in a variety of situations, provided one keeps in mind that the effect of a social norm nudge is highly context-dependent and can even be counterproductive. A default option can mainly provide protection for additional contractual decisions. Through nudges that present information or an option differently decisions about a contract can also be steered towards or away from a particular option in many different situations. Lastly, a nudge that capitalizes on hyperbolic discounting can be applied for primarily long-term decisions about a contract.

PART III: THE CASE STUDIES

Chapter 11 examines whether nudging can be used to redefine financial institutions' special duty of care when offering complex financial products. Redefining their special duty of care might offer better protection to a private buyer in case of imprudence or incomprehension. Potentially, the consider-the-opposite strategy can be facilitated, and user information can be communicated specifically to protect in case two specific forms of imprudence occur: excessive optimism or an overestimation of one's abilities. If those nudges do not provide sufficient protection, using nudges that steer a decision away from purchasing a complex financial product is also legitimate. In such cases, a social norm could be applied, the presentation of information about a complex financial product and the option to purchase a complex financial product could be modified, and the fact that individuals hyperbolically discount consequences could be capitalized on.

Chapter 12 explores whether nudging could be used to improve the protection of private sureties. Information can be translated to protect private sureties in case a lack of cognitive capacity to process information occurs, and the consider-the-opposite strategy can be facilitated and use-pattern information can be communicated in case a lack of cognitive capacity to make a risk assessment occurs. If those nudges do not provide sufficient protection, applying nudges that steer a decision towards a lower (maximum) security amount is also legitimate. This, however, requires the introduction of a duty on the part of the lender to investigate the private surety's financial standing. If such a duty is introduced, a

SUMMARY

social norm nudge could potentially be applied, or the framing effect and hyperbolic discounting could be capitalized on.

Chapter 13 explores whether nudging could be used to improve the private policyholder's protection when an add-on insurance is offered. Use-pattern information can be communicated to protect him in case a lack of cognitive capacity to make a risk assessment occurs. If this does not provide sufficient protection, contractual decisions can be steered away from buying an add-on insurance. To do so, a default option could be applied, a social norm could be communicated, and the presentation of information and the option could be adjusted. Yet it is still unclear whether these steering nudges remove too much personal responsibility.

CONCLUDING OBSERVATIONS

Because – as insights from behavioral science have shown – contract law in its current state does not adequately protect weaker parties in case a lack of cognitive capacity or a lack of ability to resist occurs and because, as an indirect result, contract law sometimes also fails to protect properly in case a lack of information occurs, weaker parties frequently lack the opportunity for self-realization by contracting with others. Applying nudging can be a solution to this problem. Nudges that help people make their own decision can contribute to more and better protection in case various specific types of lack of cognitive capacity or lack of ability to resist occur and, indirectly, sometimes also to more and better protection in case a lack of information occurs. In addition, steering nudges can contribute to more and better protection in case of a lack of cognitive capacity, a lack of ability to resist, or a lack of information in general.

That nudging can help to protect weaker parties does not mean that it is a cure-all. Indeed, the scope of nudging is limited by several factors. For example: nudges cannot provide direct protection when there is a lack of bargaining power; nudges that help people make their own decisions can protect only in case various specific forms of lack of cognitive capacity or lack of ability to resist occur, while steering nudges – which have a broader scope – can be applied only when most weaker parties want more or less the same thing; and it is not obvious that a nudge will always provide the desired protection. But this is no reason to be sceptical about nudging to protect weaker parties in general. That would amount to throwing the baby out with the bathwater. After all, the research presented here provides a theoretical framework on the basis of which legal practitioners, including legislative drafters and judges, can assess whether and, if so, how nudging can be applied to protect a weaker party. In doing so, this research contributes to a contract law in which

adequate protection is offered not only to weaker parties who are economically rational, but also to real-world weaker parties.

BRONNEN

LITERATUUR

Aarts e.a. 2011

L. Aarts, K. Douma, R. Frierson, C. Schrijvershof & M. Schut, *Op weg naar effectieve schuldhulp. Kosten en baten van schuldhulpverlening*, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2011.

Abas 2003

P. Abas, *Benadeling van de medecontractant: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de (on)wenselijkheid van de laesio enormis in de 21e eeuw*, Deventer: Kluwer 2003.

Abito & Salant 2018

J.M. Abito & Y. Salant, 'The Effect of Product Misperception on Economic Outcomes: Evidence from the Extended Warranty Market', *The Review of Economic Studies* 2018, afl. 6, p. 2285-2318.

Ackert & Deavis 2010

L.F. Ackert & R. Deavis, *Behavioral Finance: Psychology, Decision-Making, and Markets*, Mason: South-Western Cengage Learning 2010.

Adriaanse e.a. 2011

M.A. Adriaanse, P.M. Gollwitzer, D.T.D. de Ridder, J.B. de Wit & F.M. Kroese, 'Breaking Habits with Implementation Intentions: A Test of Underlying Processes', *Personality and Social Psychology Bulletin* 2011, afl. 4, p. 502-513.

AFM 2002

AFM, *Aandelenlease: niet bij rendement alleen*, Amsterdam: Autoriteit Financiële Markten 2002.

AFM 2015

AFM, *Standaardproducten en financieel beslisgedrag van consumenten. Een gedragswetenschappelijke analyse*, Amsterdam: Autoriteit Financiële Markten 2015.

AFM 2016

AFM, *Let op! Geld lenen kost geld. Een onderzoek naar de effectiviteit van een waarschuwing in kredietreclames*, Amsterdam: Autoriteit Financiële Markten 2016.

AFM 2018

AFM, *Vooraf ingevulde waarden in de inkomens- en lastentoets in de telecombranche. Een experiment in de online keuzeomgeving*, Amsterdam: Autoriteit Financiële Markten 2018.

AFM 2019

AFM, *Maak verantwoorde leenbeslissingen makkelijker. Invloed van de online keuzeomgeving op leengedrag*, Amsterdam: Autoriteit Financiële Markten 2019.

AFM 2020

AFM, *Quantitative Analysis of Turbos Distributed to Retail Clients in the Netherlands*, Amsterdam: Autoriteit Financiële Markten 2020.

AFM & ASIC 2019

AFM & ASIC, *Disclosure: Why It Shouldn't Be the Default*, Amsterdam: Autoriteit Financiële Markten 2019.

Agarwal e.a. 2015

S. Agarwal, S. Chomsisengphet, N. Mahoney & J. Stroebel, 'Regulating Consumer Financial Products: Evidence from Credit Cards,' *The Quarterly Journal of Economics* 2015, afl. 1, p. 111-164.

Ahn & Kang 2018

E. Ahn & H. Kang, 'Introduction to Systematic Review and Meta-Analysis,' *Korean Journal of Anesthesiology* 2018, afl. 2, p. 103-112.

Alemanno & Sibony (red.) 2015

A. Alemanno & A.L. Sibony (red.), *Nudge and the Law: A European Perspective*, Oxford: Hart Publishing 2015.

Allianz 2017

Allianz, *When Will the Penny Drop? Money, Financial Literacy and Risk in the Digital Age*, München: Allianz 2017.

Al-Ubaydli e.a. 2021

O. Al-Ubaydli, M.S. Lee, J.A. List, C.L. Mackevicius & D. Suskind, 'How Can Experiments Play a Greater Role in Public Policy? Twelve Proposals from an Economic Model of Scaling', *Behavioural Public Policy* 2021, afl. 1, p. 2-49.

Anderson 2013

J.H. Anderson, 'Autonomy', in: H. LaFollette, J. Deigh & S. Stroud (red.), *International Encyclopedia of Ethics*, Hoboken: John Wiley & Sons 2013, p. 442-458.

Anderson 2014

J.H. Anderson, 'Regimes of Autonomy', *Ethical Theory and Moral Practice* 2014, p. 355-368.

Anderson 2016

J.H. Anderson, 'Vulnerability, Autonomy Gaps and Social Exclusion', in: C. Straehle (red.), *Vulnerability, Autonomy, and Applied Ethics*, Londen: Routledge 2016, p. 49-68.

Anderson & Honneth 2005

J.H. Anderson & A. Honneth, 'Autonomy, Vulnerability, Recognition, and Justice', in: J. Christman & J. Anderson (red.), *Autonomy and the Challenges to Liberalism: New Essays*, Cambridge: Cambridge University Press 2005, p. 127-149.

Anderson & Pildes 2000

E.S. Anderson & R.H. Pildes, 'Expressive Theories of Law: A General Restatement', *University of Pennsylvania Law Review* 2000, afl. 5, p. 1503-1575.

Aristoteles 1975

Aristoteles, *The Nicomachean Ethics*, Cambridge: Harvard University Press 1975.

Asser Procesrecht/Asser 3 2017

W.D.H. Asser, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Procesrecht. 3. Bewijs*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser Procesrecht/Giesen 1 2015

I. Giesen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Procesrecht. 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/Biemans & Van Schaick 7-IA 2021

J.W.A. Biemans & A.C. van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IA. Kredietovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-I 2020

J. de Boer, W.D. Kolkman & F.R. Salomons, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 1. Personen- en familierecht. Deel I. De persoon, afstamming en adoptie, gezag en omgang, levensonderhoud, bescherming van meerderjarigen*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Asser/Hartkamp 3-I 2019

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Asser/Heerma van Voss 7-V 2020

G. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Asser/Hijma 7-I 2019

J. Hijma, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Asser/Houben 7-X 2019

I.S.J. Houben, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel X. Onbenoemde overeenkomsten*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2021

H.J. Rossel & A.H.T. Heisterkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel II. Huur*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Asser/Van Schaick 7-VIII 2018

A.C. van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VIII. Bewaarneming, borgtocht, vaststellingsover-*

eenkomst, bruikleen, altijddurende rente, spel en weddenschap, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Asser/De Serière 2-IV 2018

V. de Serière, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IV. Effectenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Asser/Sieburgh 6-III 2018

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Asser/Valk 7-III 2020

W.L. Valk, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel III. Pacht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 7-IX 2019

J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Baaij & Van Schagen 2022

C.J.W. Baaij & E.A.G. van Schagen, 'Is de energieconsument klaar voor de groene transitie? Een kwantitatief onderzoek naar consumentengeschillen bij de Geschillencommissie Energie', *Tijdschrift voor Consumentenrecht & handelspraktijken* 2022, afl. 4, p. 178-188.

Bagchi 2009

A. Bagchi, 'Distributive Injustice and Private Law', *Hastings Law Journal* 2009, afl. 1, p. 105-148.

Bagchi 2014

A. Bagchi, 'Distributive Justice and Contract', in: G. Klass, G. Letsas & P. Saprai (red.), *Philosophical Foundations of Contract Law*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 193-211.

Baggio e.a. 2021

M. Baggio, E. Ciriolo, G. Marandola & R. van Bavel, 'The Evolution of Behaviourally Informed Policy-Making in the EU', *Journal of European Public Policy* 2021, afl. 5, p. 658-676.

Bahník, Englich & Strack 2017

S. Bahník, B. Englich & F. Strack, 'Anchoring Effect', in: R. Pohl (red.), *Cognitive Illusions: Intriguing Phenomena in Thinking, Judgement and Memory*, Londen & New York: Routledge 2017, p. 223-240.

Baird 2017

D.G. Baird, 'Economics of Contract Law', in: F. Parisi (red.), *The Oxford Handbook of Law and Economics. Volume 2: Private and Commercial Law*, Oxford: Oxford University Press 2017, p. 3-17.

Baker & Siegelman 2013

T. Baker & P. Siegelman, 'You Want Insurance with That? Using Behavioral Economics to Protect Consumers from Add-on Insurance Products', *Connecticut Insurance Law Journal* 2013, p. 1-60.

Baker & Siegelman 2014

T. Baker & P. Siegelman, 'Behavioral Economics and Insurance Law: The Importance of Equilibrium Analysis', in: E. Zamir & D. Teichman (red.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 491-517.

Bakker 2012

P.S. Bakker, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2012.

Von Bar 2009

C. von Bar, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München: Sellier 2009.

Barber & Odean 2013

B.M. Barber & T. Odean, 'The Behavior of Individual Investors,' in: G. Constantinides, M. Harris & R. Stulz (red.), *Handbook of the Economics of Finance*, Amsterdam: Elsevier 2013, p. 1533-1570.

Bar-Gill 2012

O. Bar-Gill, *Seduction by Contract: Law, Economics, and Psychology in Consumer Markets*, Oxford: Oxford University Press 2012.

Bar-Gill & Ferrari 2010

O. Bar-Gill & F. Ferrari, 'Informing Consumers about Themselves,' *Erasmus Law Review* 2010, p. 93-119.

Barton & Grüne-Yanoff 2015

A. Barton & T. Grüne-Yanoff, 'From Libertarian Paternalism to Nudging – and Beyond,' *Review of Philosophy and Psychology* 2015, afl. 3, p. 341-359.

Beale 2021

H. Beale, *Chitty on Contracts*, Londen: Sweet & Maxwell 2021.

Bender 2020

P.M. Bender, 'Limits of Personalization of Default Rules: Towards a Normative Theory,' *European Review of Contract Law* 2020, afl. 3, p. 366-409.

Ben-Shahar & Porat 2019

O. Ben-Shahar & A. Porat, 'Personalizing Mandatory Rules in Contract Law,' *University of Chicago Law Review* 2019, p. 255-282.

Ben-Shahar & Porat 2021

O. Ben-Shahar & A. Porat, *Personalized Law: Different Rules for Different People*, Oxford: Oxford University Press 2021.

Ben-Shahar & Schneider 2014

O. Ben-Shahar & C.E. Schneider, *More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton: Princeton University Press 2014.

Benson 2010

P. Benson, 'Contract', in: D. Patterson (red.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Hoboken: Wiley-Blackwell 2010, p. 29-63.

Benson 2019

P. Benson, *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*, Cambridge, Massachusetts & Londen: The Belknap Press 2019.

Bergervoet 2014

G.J.L. Bergervoet, *Borgtocht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014.

Van den Bergh 1988

G.C.J.J. van den Bergh, *Eigendom. Grepen uit de geschiedenis van een omstreden begrip*, Deventer: Kluwer 1988.

Van den Bergh 1990

R. van den Bergh, 'Economische analyse van het consumentenrecht', *Ars Aequi* 1990, afl. 10, p. 787-793.

Berlin (1958) 2002

I. Berlin, *Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty*, Oxford: Oxford University Press (1958) 2002.

Bernheim 2016

B. Bernheim, 'The Good, the Bad, and the Ugly: A Unified Approach to Behavioral Welfare Economics', *Journal of Benefit-Cost Analysis* 2016, afl. 1, p. 12-68.

Bicchieri & Dimant 2019

C. Bicchieri & E. Dimant, 'Nudging with Care: The Risks and Benefits of Social Information', *Public Choice* 2019, p. 1-22.

Van Bijnen 2005

R. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

BIN NL 2021

BIN NL, *Rijk aan gedragsinzichten. Editie 2021*, Den Haag: Behavioral Insights Netwerk Nederland 2021.

BIT 2019a

BIT, *Improving Consumer Comprehension of Online Contractual Terms and Privacy Policies. Literature Review*, Londen: Behavioural Insights Team 2019.

BIT 2019b

BIT, *Improving Consumer Understanding of Contractual Terms and Privacy Policies: Evidence-Based Actions for Businesses. Best Practice Guide*, Londen: Behavioural Insights Team 2019.

BIT 2019c

BIT, *Improving Consumer Comprehension of Online Contractual Terms and Privacy Policies. Technical Report*, Londen: Behavioural Insights Team 2019.

BKR 2021

BKR, *Schuldenmonitor 2020*, Tiel: Bureau Krediet Registratie 2021.

Blomkwist 2012

J.W.H. Blomkwist, *Borgtocht* (Monografieën BW, deel B78), Deventer: Kluwer 2012.

Boele-Woelki & Jonker 2015

K. Boele-Woelki & M. Jonker, 'Family Law Contractualisation in the Netherlands – Changes and Trends', in: F. Swennen (red.), *Contractualisation of Family Law – Global Perspectives*, Cham: Springer International Publishing 2015, p. 311-331.

Bood 2012

A. Bood, 'De liberale canon: argumenten voor vrijheid', *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2012, p. 105-128.

Van Boom 2013

W.H. van Boom, 'Empirisch privaatrecht: enige beschouwingen over de rol van empirisch onderzoek in de hedendaagse privaatrechtswetenschap', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2013, p. 7-84.

Van Boom 2016

W.H. van Boom, 'Experimenteren met informeren', *Justitiële verkenningen* 2016, afl. 6, p. 95-113.

Van Boom 2017

W.H. van Boom, “Opt-in” tegenover “opt-out” in art. 6:230j BW, *Tijdschrift voor Consumentenrecht & handelspraktijken* 2017, p. 102-104.

Van Boom 2019

W.H. van Boom, *Norm en normativiteit in het vermogensrecht. Preadvies Christen Juristen Vereniging*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2019.

Van Boom 2020

W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt*, Den Haag: Boom juridisch 2020.

Van Boom 2021

W.H. van Boom, ‘Marktpraktijkenrecht – over ongeoorloofde mededingings- en contracteerpraktijken tussen ondernemingen’, in: C.M.D.S. Pavillon & W.H. van Boom (red.), *Privaatrechtelijke bescherming herijkt. Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2021*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 115-201.

Van Boom, Desmet & Van Dam 2016

W.H. van Boom, P. Desmet & M. van Dam, “If It’s Easy to Read, It’s Easy to Claim” – The Effect of the Readability of Insurance Contracts on Consumer Expectations and Conflict Behaviour’, *Journal of Consumer Policy* 2016, afl. 2, p. 187-197.

Van Boom e.a. 2020

W.H. van Boom, J.I. van der Rest, K. van den Bos & M. Dechesne, ‘Consumers Beware: Online Personalized Pricing in Action! How the Framing of a Mandated Discriminatory Pricing Disclosure Influences Intention to Purchase’, *Social Justice Research* 2020, afl. 3, p. 331-351.

Bourgoignie 1998

T. Bourgoignie, ‘European Community Consumer Law and Policy: From Rome to Amsterdam’, *Consumer Law Journal* 1998, p. 443-462.

Bouwman 2019

T. Bouwman, ‘De gemiddelde consument: normatief construct of evidence-based?’, in: I. Giesen, S.N.P. Wiznitzer, A.L.M. Keirse & W.S. de Zanger (red.), *Assumpties annoteren: rechterlijke veronderstellingen empirisch en juridisch getoetst*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 107-121.

Bouwman 2020a

T. Bouwman, 'Een nudge in de juiste richting om consumenten te beschermen', *Ars Aequi* 2020, p. 977-983.

Bouwman 2020b

T. Bouwman, 'Empirisch-juridisch onderzoek en de sprong van feit naar norm', *Nederlands Juristenblad* 2020, p. 888-893.

Bouwmeester 2017

O. Bouwmeester, *The Social Construction of Rationality: Policy Debates and the Power of Good Reasons*, Abingdon: Routledge 2017.

Bovens 2009

L. Bovens, 'The Ethics of Nudge', in: T. Grüne-Yanoff & S.O. Hansson (red.), *Preference Change: Approaches from Philosophy, Economics and Psychology*, Dordrecht: Springer 2009, p. 207-219.

Bowles 1998

S. Bowles, 'Endogenous Preferences: The Cultural Consequences of Markets and Other Economic Institutions', *Journal of Economic Literature* 1998, afl. 1, p. 75-111.

Bradon 2022

E. Bradon, 'Realistic Reasons to Be Bullish on Nudging', *Behavioral Scientist* 2022.

Braspenning 2017

J.J.A. Braspenning, *Een gedragswetenschappelijk perspectief op de consumentenkredietovereenkomst* (diss. Tilburg), Zutphen: Uitgeverij Paris 2017.

Braspenning & Mak 2015

J.J.A. Braspenning & V. Mak, 'Nieuwe regels voor hypothecaire kredietverstrekking aan consumenten: over leren en bezweren', *Tijdschrift voor Consumentenrecht & handelspraktijken* 2015, p. 73-81.

Breedveld-de Voogd 2007

C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Breedveld-de Voogd 2022

C.G. Breedveld-de Voogd, 'De invloed van de onroerendgoedmarkt op het schriftelijkheidsvereiste en de bedenktijd', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2022, p. 263-268.

Van den Brink 2002

V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

Broekhuizen 2016

K.W.H. Broekhuizen, *Klantbelang, belangenconflict en zorgplicht* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom juridisch 2016.

Broekhuizen 2018

K.W.H. Broekhuizen, 'Markten, mensen en zorgvuldigheid', *Ondernemingsrecht* 2018, afl. 9, p. 447-455.

Bronchetti e.a. 2013

E.T. Bronchetti, T.S. Dee, D.B. Huffman & E. Magenheimer, 'When a Nudge Isn't Enough: Defaults and Saving among Low-Income Tax Filers', *National Tax Journal* 2013, p. 609-634.

Brouwer 2018

R. Brouwer, 'De oorsprong van de term persoon in het westerse recht', *Ars Aequi* 2018, p. 281-287.

Brouwer 2021

R. Brouwer, *Law and Philosophy in the Late Roman Republic*, Cambridge: Cambridge University Press 2021.

Bruns & Paunov 2021

H. Bruns & Y. Paunov, 'Why Policymakers Should Be Transparent about the Behavioural Interventions They Use: A Systematic, Policy-Oriented Review', *SSRN* 2021, <https://ssrn.com/abstract=3948978>.

Bryan, Tipton & Yeager 2021

C.J. Bryan, E. Tipton & D.S. Yeager, 'Behavioural Science Is Unlikely to Change the World without a Heterogeneity Revolution', *Nature: Human Behaviour* 2021, afl. 8, p. 980-989.

Bucher e.a. 2016

T. Bucher, C. Collins, M.E. Rollo, T.A. McCaffrey, N. de Vlieger, D. van der Bend, H. Truby & F.J. Perez-Cueto, 'Nudging Consumers towards Healthier Choices: A Systematic Review of Positional Influences on Food Choice', *British Journal of Nutrition* 2016, afl. 12, p. 2252-2263.

Busch 2020

D. Busch, 'De toekomst van de bijzondere zorgplicht in de financiële sector', *Nederlands Juristenblad* 2020, p. 452-467.

Busch & De Franceschi 2018

C. Busch & A. De Franceschi, 'Granular Legal Norms: Big Data and the Personalization of Private Law', in: V. Mak, T.F.E. Tjong Tjin Tai & A. Berlee (red.), *Research Handbook in Data Science and Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2018, p. 408-424.

Buss & Westlund 2018

S. Buss & A. Westlund, 'Personal Autonomy', in: E.N. Zalta (red.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford: Metaphysics Research Lab 2018.

Calcagno & Monticone 2015

R. Calcagno & C. Monticone, 'Financial Literacy and the Demand for Financial Advice', *Journal of Banking & Finance* 2015, p. 363-380.

Camerer e.a. 2003

C. Camerer, S. Issacharoff, G. Loewenstein, T. O'Donoghue & M. Rabin, 'Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for "Asymmetric Paternalism"', *University of Pennsylvania Law Review* 2003, afl. 3, p. 1211-1254.

Carroll e.a. 2009

G.D. Carroll, J.J. Choi, D. Laibson, B.C. Madrian & A. Metrick, 'Optimal Defaults and Active Decisions', *The Quarterly Journal of Economics* 2009, afl. 4, p. 1639-1674.

Castermans 1992

A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992.

Cheng, Wu & Lin 2014

F.F. Cheng, C.S. Wu & H.H. Lin, 'Reducing the Influence of Framing on Internet Consumers' Decisions: The Role of Elaboration', *Computers in Human Behavior* 2014, p. 56-63.

Cherednychenko 2007

O.O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions* (diss. Utrecht), München: Sellier 2007.

Cherednychenko 2011

O.O. Cherednychenko, 'Toezichtcontractenrecht: vooruitgang in het burgerlijk recht?', *Contracteren* 2011, p. 11-15.

Cherednychenko 2014

O.O. Cherednychenko, 'Freedom of Contract in the Post-Crisis Era: Quo Vadis?', *European Review of Contract Law* 2014, afl. 3, p. 390-421.

Cherednychenko 2021

O.O. Cherednychenko, 'Islands and the Ocean: Three Models of the Relationship between EU Market Regulation and National Private Law', *The Modern Law Review* 2021, afl. 6, p. 1294-1329.

Cherednychenko 2022

O.O. Cherednychenko, 'De verhouding tussen EU-marktregulering en nationaal privaatrecht', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2022, afl. 4, p. 142-155.

Chernev, Böckenholt & Goodman 2015

A. Chernev, U. Böckenholt & J. Goodman, 'Choice Overload: A Conceptual Review and Meta-Analysis', *Journal of Consumer Psychology* 2015, afl. 2, p. 333-358.

Christensen & Moynihan 2020

J. Christensen & D.P. Moynihan, 'Motivated Reasoning and Policy Information: Politicians Are More Resistant to Debiasing Interventions Than the General Public', *Behavioural Public Policy* 2020, p. 1-22.

Christiano 2008

T. Christiano, 'Two Conceptions of the Dignity of Persons', *Annual Review of Law and Ethics* 2008, p. 101-126.

Cialdini & Goldstein 2004

R.B. Cialdini & N.J. Goldstein, 'Social Influence: Compliance and Conformity', *Annual Review of Psychology* 2004, p. 591-621.

Cialdini, Martin & Goldstein 2015

R.B. Cialdini, S.J. Martin & N.J. Goldstein, 'Small Behavioural Science-Informed Changes Can Produce Large Policy-Relevant Effects', *Behavioural Science & Policy* 2015, p. 24-31.

Claassen 2011

R. Claassen, *Het huis van de vrijheid. Een politieke filosofie voor vandaag*, Amsterdam: Ambo 2011.

Colombi Ciacchi 2005

A. Colombi Ciacchi, 'Non-Legislative Harmonisation of Private Law under the European Constitution: The Case of Unfair Suretyships', *European Review of Private Law* 2005, p. 285-308.

Colombi Ciacchi & Weatherill 2010

A. Colombi Ciacchi & S. Weatherill, 'Remarks from a Comparative and EU Perspective', in: A. Colombi Ciacchi & S. Weatherill (red.), *Regulating Unfair Banking Practices in Europe: The Case of Personal Suretyship*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 27-41.

Colombi Ciacchi & Weatherill (red.) 2010

A. Colombi Ciacchi & S. Weatherill (red.), *Regulating Unfair Banking Practices in Europe: The Case of Personal Suretyships*, Oxford: Oxford University Press 2010.

Commissie Structuur Nederlandse Banken 2013

Commissie Structuur Nederlandse Banken, *Naar een dienstbaar en stabiel bankwezen*, Den Haag: Commissie Structuur Nederlandse Banken 2013.

Congiu & Moscati 2022

L. Congiu & I. Moscati, 'A Review of Nudges: Definitions, Justifications, Effectiveness', *Journal of Economic Surveys* 2022, afl. 1, p. 188-213.

Cooter & Ulen 2012

R.D. Cooter & T.S. Ulen, *Law and Economics*, Boston: Addison-Wesley 2012.

Craswell 1989

R. Craswell, 'Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising', *Michigan Law Review* 1989, afl. 3, p. 489-529.

Cseres 2005

K.J. Cseres, *Competition Law and Consumer Protection* (diss. Utrecht), Den Haag: Kluwer 2005.

Cserne 2012

P. Cserne, *Freedom of Contract and Paternalism: Prospects and Limits of an Economic Approach*, New York: Palgrave Macmillan 2012.

Dagan & Heller 2017

H. Dagan & M. Heller, *The Choice Theory of Contracts*, Cambridge: Cambridge University Press 2017.

Datta & Mullainathan 2014

S. Datta & S. Mullainathan, 'Behavioral Design: A New Approach to Development Policy', *Review of Income and Wealth* 2014, afl. 1, p. 7-35.

Decock 2012

W. Decock, *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune (Ca. 1500-1650)*, Leiden: Brill 2012.

DellaVigna & Linos 2022

S. DellaVigna & E. Linos, 'RCTs to Scale: Comprehensive Evidence from Two Nudge Units', *Econometrica* 2022, afl. 1, p. 81-116.

Demogue 1931

R. Demogue, *Traité des obligations en général*, VI, Parijs: Rousseau 1931.

Dhami 2016

S. Dhami, *The Foundations of Behavioral Economic Analysis*, Oxford: Oxford University Press 2016.

Dhami & Sunstein 2022

S. Dhami & C.R. Sunstein, *Bounded Rationality: Heuristics, Judgement, and Public Policy*, Cambridge: MIT Press 2022.

Dhami, Al-Nowaihi & Sunstein 2019

S. Dhami, A. Al-Nowaihi & C.R. Sunstein, 'Heuristics and Public Policy: Decision-Making under Bounded Rationality', *Studies in Microeconomics* 2019, afl. 1, p. 7-58.

Van Dijk & Zeelenberg 2009

E. van Dijk & M. Zeelenberg, 'De (ir)rationaliteit van de beslisser', in: W.A. Tiemeijer, C.A. Thomas & H.M. Prast (red.), *De menselijke beslisser. Over de psychologie van keuze en gedrag*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2009, p. 25-46.

Van Dijk & Van 't Ende 2022

S. van Dijk & M. van 't Ende, 'De recente invloed van het Unierecht op het Nederlandse contractenrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2022, afl. 5, p. 106-119.

Dolan e.a. 2012

P. Dolan, M. Hallsworth, D. Halpern, D. King, R. Metcalfe & I. Vlaev, 'Influencing Behaviour: The Mindspace Way', *Journal of Economic Psychology* 2012, afl. 1, p. 264-277.

Duff 1971

P.W. Duff, *Personality in Roman Private Law*, New York: Kelley 1971.

Duivenvoorde 2015

B.B. Duivenvoorde, *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive* (diss. Amsterdam UvA), Cham: Springer 2015.

Duke e.a. 2014

C. Duke, S. Huck, M. Lewis, M. Sinn, B. Wallace & G. Ellison, *Study into the Sales of Add-on General Insurance Products: Experimental Consumer Research*, Londen: London Economics 2014.

Düwell 2014

M. Düwell, 'Human Dignity: Concepts, Discussions, Philosophical Perspectives', in: M. Düwell, J. Braarvig, R. Brownsword & D. Mieth (red.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, p. 23-50.

Dworkin 1988

G. Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge: Cambridge University Press 1988.

Dworkin 2013

G. Dworkin, 'Defining Paternalism', in: C. Coons & M. Weber (red.), *Paternalism: Theory and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 25-38.

Dworkin 2020

G. Dworkin, 'Paternalism', in: E.N. Zalta (red.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford: Metaphysics Research Lab 2020.

Van den Eerden e.a. 2018

F.W.J. van den Eerden, S.M.C. Nuijten, J. Reijmer, L.J. Silverentand, S. Uiterwijk & R.J. Watson, *Hoofdlijnen Wft*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Elsen, Elshout & Van der Giessen 2016

M. Elsen, M. Elshout & R. van der Giessen, *Effecten van standaardproducten op keuzege- drag van consumenten*, Tilburg: CentERdata 2016.

Elsen e.a. 2020

M. Elsen, K. van den Akker, Y. Bolsius, M. Fransen & M. Warnaar, *Werkt de maximale leennorm bij hypotheke onbedoeld als een anker in consumentenkeuzes? Onderzoek voor de ministeries van Financiën en BZK*, Tilburg: CentERdata 2020.

Elshout e.a. 2016

M. Elshout, M. Elsen, J. Leenheer, M.B.M. Loos & J.A. Luzak, *Study on Consumers' Attitudes towards Terms and Conditions*, Luxemburg: Bureau voor publicaties van de Europese Unie 2016.

Elster 2011

J. Elster, 'Norms', in: P. Bearman & P. Hedstrom (red.), *The Oxford Handbook of Analytical Sociology*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 195-217.

Engelen 2018

B. Engelen, 'Paternalism Revisited: Definitions, Justifications and Techniques', *Political Theory* 2018, afl. 3, p. 478-486.

Engelen 2019a

B. Engelen, 'Ethical Criteria for Health-Promoting Nudges: A Case-by-Case Analysis', *The American Journal of Bioethics* 2019, afl. 5, p. 48-59.

Engelen 2019b

B. Engelen, 'Nudging and Rationality: What Is There to Worry?', *Rationality and Society* 2019, afl. 2, p. 204-232.

Engelen & Nys 2019

B. Engelen & T. Nys, 'Nudging and Autonomy: Analyzing and Alleviating the Worries', *Review of Philosophy and Psychology* 2019, p. 137-156.

Eppler & Mengis 2004

M.J. Eppler & J. Mengis, 'The Concept of Information Overload: A Review of Literature from Organization Science, Accounting, Marketing, MIS, and Related Disciplines', *The Information Society* 2004, afl. 5, p. 325-344.

Ericson & Laibson 2019

K.M. Ericson & D. Laibson, 'Intertemporal Choice', in: B.D. Bernheim, S. DellaVigna & D. Laibson (red.), *Handbook of Behavioral Economics: Applications and Foundations 2*, Amsterdam: Elsevier 2019, p. 1-67.

Esposito 2017

F.L.M. Esposito, 'A Dismal Reality: Behavioural Analysis and Consumer Policy', *Journal of Consumer Policy* 2017, afl. 2, p. 193-216.

Esposito 2018

F. Esposito, 'Conceptual Foundations for a European Consumer Law and Behavioural Sciences Scholarship', in: H.W. Micklitz, A.L. Sibony & F. Esposito (red.), *Research Methods in Consumer Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2018, p. 38-76.

Ettema & Jansen 2013

A.A. Ettema & K.J.O. Jansen, 'Waarschuwingsplichten voor financiële ondernemingen', in: D. Busch, C.J.M. Klaassen & T.M.C. Arons (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013, p. 71-125.

Evans & Stanovich 2013

J.B.T. Evans & K.E. Stanovich, 'Dual-Process Theories of Higher Cognition: Advancing the Debate', *Perspectives on Psychological Science* 2013, afl. 3, p. 223-241.

Fabbri & Faure 2018

M. Fabbri & M.G. Faure, 'Toward a "Constitution" for Behavioral Policy-Making', *International Review of Economics* 2018, afl. 3, p. 241-270.

Fagerlin e.a. 2013

A. Fagerlin, M. Pignone, P. Abhyankar, N. Col, D. Feldman-Stewart, T. Gavaruzzi, J. Kryworuchko, C.A. Levin, A.H. Pieterse, V. Reyna, A. Stiggelbout, L.D. Scherer, C. Wills & H.O. Witteman, 'Clarifying Values: An Updated Review', *BMC Medical Informatics and Decision Making* 2013, afl. 2, p. 1-7.

Fateh-Moghadam & Gutmann 2014

B. Fateh-Moghadam & T. Gutmann, 'Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of "Soft Paternalism"', *Ethical Theory and Moral Practice* 2014, afl. 3, p. 383-397.

Faure & Van Boom 2013

M.G. Faure & W.H. van Boom, 'Gedragsveronderstellingen en verzekeringen', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita civilologie. Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 693-732.

Feenstra & Ahsmann 1988

R. Feenstra & M. Ahsmann, *Contract: aspecten van de begrippen contract en contractsvrijheid in historisch perspectief*, Deventer: Kluwer 1988.

Feinberg 1989

J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law. Volume 3: Harm to Self*, New York: Oxford University Press 1989.

Feinberg 2014

J. Feinberg, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy*, Princeton: Princeton University Press 2014.

Feitsma 2019

J. Feitsma, *Inside the Behavioural State* (diss. Utrecht), Den Haag: Eleven International Publishing 2019.

Fernandes, Lynch & Netemeyer 2014

D. Fernandes, J.G. Lynch & R.G. Netemeyer, 'Financial Literacy, Financial Education, and Downstream Financial Behaviors', *Management Science* 2014, afl. 8, p. 1861-1883.

Field 2018

A. Field, *Discovering Statistics Using IBM SPSS Statistics*, Londen: Sage 2018.

Fischhoff & MacGregor 1982

B. Fischhoff & D. MacGregor, 'Subjective Confidence in Forecasts', *Journal of Forecasting* 1982, afl. 2, p. 155-172.

Fleuren 2016

B.M.H. Fleuren, 'De bijzondere zorgplicht van de bank jegens de particuliere aspirant-borg: waar ligt de grens?', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2016, p. 182-188.

Flume 1960

W. Flume, 'Rechtsgeschäft und Privatautonomie', in: E. von Caemmerer, E. Friesenhahn & R. Lange (red.), *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960*, Karlsruhe: CF Müller 1960, p. 135-238.

Frankfurt 1971

H.G. Frankfurt, 'Freedom of the Will and the Concept of a Person', *The Journal of Philosophy* 1971, afl. 1, p. 5-20.

Frederick & Mochon 2012

S.W. Frederick & D. Mochon, 'A Scale Distortion Theory of Anchoring', *Journal of Experimental Psychology* 2012, afl. 1, p. 124-133.

Frederick, Loewenstein & O'Donoghue 2002

S.W. Frederick, G. Loewenstein & T. O'Donoghue, 'Time Discounting and Time Preference: A Critical Review', *Journal of Economic Literature* 2002, afl. 2, p. 351-401.

Fried 1981

C. Fried, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge: Harvard University Press 1981.

Fried 2014

C. Fried, 'The Ambition of Contract as Promise', in: G. Klass, G. Letsas & P. Saprai (red.), *Philosophical Foundations of Contract Law*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 17-41.

Friedman (1962) 2002

M. Friedman, *Capitalism and Freedom*, Chicago: University of Chicago Press (1962) 2002.

Furnham & Boo 2011

A. Furnham & H.C. Boo, 'A Literature Review of the Anchoring Effect', *Journal of Socio-Economics* 2011, afl. 1, p. 35-42.

Geenens 2017

R. Geenens, 'Sovereignty as Autonomy', *Law and Philosophy* 2017, afl. 5, p. 495-524.

Van Gestel & Van Lochem 2018

R. van Gestel & P. van Lochem, 'Evidence-Based Regulation and the Translation from Empirical Data to Normative Choices: A Proportionality Test', *Erasmus Law Review* 2018, p. 120-133.

Van Gestel, Adriaanse & De Ridder 2020a

L.C. van Gestel, M.A. Adriaanse & D.T.D. de Ridder, 'Beyond Discrete Choices – Investigating the Effectiveness of a Proximity Nudge with Multiple Alternative Options', *Frontiers in Psychology* 2020, p. 1-11.

Van Gestel, Adriaanse & De Ridder 2020b

L.C. van Gestel, M.A. Adriaanse & D.T.D. de Ridder, 'Do Nudges Make Use of Automatic Processing? Unraveling the Effects of a Default Nudge under Type 1 and Type 2 Processing', *Comprehensive Results in Social Psychology* 2020, p. 1-21.

Van Gestel, Kroese & De Ridder 2018

L.C. van Gestel, F.M. Kroese & D.T.D. de Ridder, 'Nudging at the Checkout Counter – A Longitudinal Study of the Effect of a Food Repositioning Nudge on Healthy Food Choice', *Psychology & Health* 2018, afl. 6, p. 800-809.

Giesen 2005

I. Giesen, *Handle with care! De waarschuwingsplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Giesen 2020

I. Giesen, *Rechtsvorming in het privaatrecht* (Monografieën BW, deel A3), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Gigerenzer 2004

G. Gigerenzer, 'Fast and Frugal Heuristics: The Tools of Bounded Rationality', in: D.J. Koehler & N. Harvey (red.), *Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making*, Malden: Wiley-Blackwell 2004, p. 62-88.

Gigerenzer 2015

G. Gigerenzer, 'On the Supposed Evidence for Libertarian Paternalism', *Review of Philosophy and Psychology* 2015, afl. 3, p. 361-383.

Gigerenzer & Brighton 2009

G. Gigerenzer & H. Brighton, 'Homo Heuristicus: Why Biased Minds Make Better Inferences', *Topics in Cognitive Science* 2009, afl. 1, p. 107-143.

Gigerenzer & Gaissmaier 2011

G. Gigerenzer & W. Gaissmaier, 'Heuristic Decision Making', *Annual Review of Psychology* 2011, p. 451-482.

Gigerenzer & Hoffrage 1995

G. Gigerenzer & U. Hoffrage, 'How to Improve Bayesian Reasoning without Instruction: Frequency Formats', *Psychological Review* 1995, afl. 4, p. 684-704.

Gillebaart & De Ridder 2018

M. Gillebaart & D.T.D. de Ridder, 'Positioning Self-Control in a Dual-Systems Framework', in: D.T.D. de Ridder, M. Adriaanse & K. Fujita (red.), *The Routledge International Handbook of Self-Control in Health and Well-Being: Concepts, Theories and Central Issues*, Londen: Routledge 2018, p. 35-46.

Gilmore 1984

G. Gilmore, *The Death of Contract*, Columbus: Ohio State University Press 1984.

Glod 2015

W. Glod, 'How Nudges Often Fail to Treat People according to Their Own Preferences', *Social Theory & Practice* 2015, afl. 4, p. 599-617.

Goldin 2015

J. Goldin, 'Which Way to Nudge? Uncovering Preferences in the Behavioral Age', *The Yale Law Journal* 2015, p. 226-270.

Goldstein, Cialdini & Griskevicius 2008

N.J. Goldstein, R.B. Cialdini & V. Griskevicius, 'A Room with a Viewpoint: Using Social Norms to Motivate Environmental Conservation in Hotels', *Journal of Consumer Research* 2008, afl. 3, p. 472-482.

Gollwitzer & Sheeran 2006

P.M. Gollwitzer & P. Sheeran, 'Implementation Intentions and Goal Achievement: A Meta-Analysis of Effects and Processes', *Advances in Experimental Social Psychology* 2006, p. 69-119.

Gordley 1991

J. Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford: Clarendon Press 1991.

De Graaf 2021

T.J. de Graaf, 'Naar een consistent en coherent consumentenrecht', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2021, p. 243-247.

Gras 1996

F.A.J. Gras, 'Paul Scholten, het moderne, gesocialiseerde privaatrecht en de algemeenheid van het rechtsbegrip "contract"', in: E. Lissenberg, P.W. Brouwer, F.C.L.M. Jacobs & E. Poortinga (red.), *De actualiteit van Paul Scholten: bundel naar aanleiding van de conferentie gehouden op 30 juni 1995*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, p. 119-136.

Green & Mehr 1997

L. Green & D.R. Mehr, 'What Alters Physicians' Decisions to Admit to the Coronary Care Unit?', *Journal of Family Practice* 1997, afl. 3, p. 219-226.

Greenwood & Shleifer 2014

R. Greenwood & A. Shleifer, 'Expectations of Returns and Expected Returns', *The Review of Financial Studies* 2014, afl. 3, p. 714-746.

Grundmann 2005

S. Grundmann, 'European Contract Law(s) of What Colour?', *European Review of Contract Law* 2005, p. 184-210.

Grundmann 2008

S. Grundmann, 'The Structure of the DCFR – Which Approach for Today's Contract Law?', *European Review of Contract Law* 2008, afl. 3, p. 225-247.

Grundmann-van de Krol & Van der Klooster 2021

C.M. Grundmann-van de Krol & I. van der Klooster, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht. Deel I. Algemene nationale en Europese aspecten, toezicht en handhaving*, Den Haag: Boom juridisch 2021.

Grüne-Yanoff 2012

T. Grüne-Yanoff, 'Old Wine in New Casks: Libertarian Paternalism Still Violates Liberal Principles', *Social Choice and Welfare* 2012, afl. 4, p. 635-645.

Grüne-Yanoff & Hertwig 2016

T. Grüne-Yanoff & R. Hertwig, 'Nudge versus Boost: How Coherent Are Policy and Theory?', *Minds and Machines* 2016, afl. 1, p. 149-183.

Van Gulijk 2009

S. van Gulijk, 'De Draft Common Frame of Reference: een korte introductie', *Ars Aequi* 2009, afl. 6, p. 374-377.

Gutmann 2013

T. Gutmann, 'Some Preliminary Remarks on a Liberal Theory of Contract', *Law and Contemporary Problems* 2013, p. 39-55.

Guy e.a. 2012

R. Guy, J. Hocking, H. Wand, S. Stott, H. Ali & J. Kaldor, 'How Effective Are Short Message Service Reminders at Increasing Clinic Attendance? A Meta-Analysis and Systematic Review', *Health Services Research* 2012, afl. 2, p. 614-632.

Habermas 1996

J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge: Polity Press 1996.

Hacker 2017a

P. Hacker, *Verhaltensökonomik und Normativität: die Grenzen des Informationsmodells im Privatrecht und seine Alternativen* (diss. Berlijn Humboldt-Universität), Tübingen: Mohr Siebeck 2017.

Hacker 2017b

P. Hacker, 'Personalizing EU Private Law: From Disclosures to Nudges and Mandates,' *European Review of Private Law* 2017, afl. 3, p. 651-678.

Haentjens 2010a

M. Haentjens, 'The Netherlands,' in: A. Colombi Ciacchi & S. Weatherill (red.), *Regulating Unfair Banking Practices in Europe*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 415-433.

Haentjens 2010b

M. Haentjens, 'Borgtocht,' in: C.G. Breedveld-de Voogd & S.E. Bartels (red.), *Groene Serie Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2010 (losbladig en online).

Hage 2017

C.A. Hage, *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Hage 2010

J.C. Hage, 'Rechtstheoretische analyse van de partijautonomie in het overeenkomstenrecht. Twee dimensies van contractsvrijheid. Een bijdrage aan de algemene leer der overeenkomsten,' in: I. Samoy (red.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2010, p. 241-262.

Hallebeek 2013

J. Hallebeek, 'De iustum pretium-leer en het evenredigheidsbeginsel,' *Ars Aequi* 2013, p. 59-64.

Hallsworth 2022

M. Hallsworth, 'Making Sense of the "Do Nudges Work" Debate,' *Behavioral Scientist* 2022.

Hallsworth e.a. 2017

M. Hallsworth, J.A. List, R.D. Metcalfe & I. Vlaev, 'The Behavioralist as Tax Collector: Using Natural Field Experiments to Enhance Tax Compliance,' *Journal of Public Economics* 2017, p. 14-31.

Van der Hamsvoord 2008

I. van der Hamsvoord, 'Privacy en borgtocht. Het informatierecht van de professionele borg tegenover het privacybelang van de hoofdschuldenaar', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2008, p. 192-198.

Handel e.a. 2020

B.R. Handel, J.T. Kolstad, T. Minten & J. Spinnewijn, 'The Social Determinants of Choice Quality: Evidence from Health Insurance in the Netherlands', *NBER* 2020, www.nber.org/papers/w27785.

Hanna 2015

J. Hanna, 'Libertarian Paternalism, Manipulation, and the Shaping of Preferences', *Social Theory and Practice* 2015, afl. 4, p. 618-643.

Hansen 2016

P.G. Hansen, 'The Definition of Nudge and Libertarian Paternalism: Does the Hand Fit the Glove?', *European Journal of Risk Regulation* 2016, afl. 1, p. 155-174.

Hansen & Jespersen 2013

P.G. Hansen & A.M. Jespersen, 'Nudge and the Manipulation of Choice: A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy', *European Journal of Risk Regulation* 2013, afl. 1, p. 3-28.

Hartlief 1999a

T. Hartlief, 'Iustum pretium: op weg naar een rechterlijke toetsing van de rechtvaardigheid van het contractuele evenwicht?', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 239-254.

Hartlief 1999b

T. Hartlief, *De vrijheid beschermd. Enkele opmerkingen over contractvrijheid en bescherming van de zwakkere partij in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 1999.

Hartlief 2003

T. Hartlief, 'De gevaren van de optiehandel: hoe ver strekt de zorg van de bank?', *Ars Aequi* 2003, p. 929-937.

Hartlief 2004

T. Hartlief, 'Autonomie en solidariteit. Beweging in het verbintenissenrecht', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2004, p. 106-118.

Hauser, Gino & Norton 2018

O.P. Hauser, F. Gino & M.I. Norton, 'Budging Beliefs, Nudging Behaviour', *Mind & Society* 2018, afl. 1, p. 15-26.

Hausman 2011

D.M. Hausman, *Preference, Value, Choice, and Welfare*, Cambridge: Cambridge University Press 2011.

Hausman 2022

D.M. Hausman, 'Banishing the Inner Econ and Justifying Paternalistic Nudges', *Behavioural Public Policy* 2022, p. 1-12.

Hausman & Welch 2010

D.M. Hausman & B. Welch, 'Debate: To Nudge or Not to Nudge', *Journal of Political Philosophy* 2010, afl. 1, p. 123-136.

Hayek (1960) 2011

F.A. Hayek, *The Constitution of Liberty: The Definitive Edition*, Londen: Routledge (1960) 2011.

Haynes e.a. 2013

L.C. Haynes, D.P. Green, R. Gallagher, P. John & D.J. Torgerson, 'Collection of Delinquent Fines: An Adaptive Randomized Trial to Assess the Effectiveness of Alternative Text Messages', *Journal of Policy Analysis and Management* 2013, afl. 4, p. 718-730.

Heath & Chatterjee 1995

T.B. Heath & S. Chatterjee, 'Asymmetric Decoy Effects on Lower-Quality versus Higher-Quality Brands: Meta-Analytic and Experimental Evidence', *Journal of Consumer Research* 1995, afl. 3, p. 268-284.

Van Hees 2014

M. van Hees, 'Vrijheid en autonomie', in: M. van Hees, T. Nys & I. Robeyns (red.), *Basisboek Ethiek*, Amsterdam: Boom 2014, p. 29-45.

Hegel (1820) 2011

G.W.F. Hegel, *Elements of the Philosophy of Right*, Cambridge: Cambridge University Press (Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1820, vertaald door H.B. Nisbet) 2011.

Heine & Janal 2010

K. Heine & R. Janal, 'Suretyships and Consumer Protection in the European Union through the Glasses of Law and Economics', in: A. Colombi Ciacchi & S. Weatherill (red.), *Regulating Unfair Banking Practices in Europe*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 5-26.

Helberger e.a. 2021

N. Helberger, O. Lynskey, H.W. Micklitz, P. Rott, M. Sax & J. Strycharz, *EU Consumer Protection 2.0: Structural Asymmetries in Digital Consumer Markets*, Brussel: Bureau Européen des Unions de Consommateurs 2021.

Helleringer & Sibony 2017

G. Helleringer & A.L. Sibony, 'European Consumer Protection through the Behavioral Lens', *Columbia Journal of European Law* 2017, p. 607-646.

Hertwig e.a. 2022

R. Hertwig, C. Leuker, T. Pachur, L. Spilipoulos & T.J. Pleskac, 'Studies in Ecological Rationality', *Topics in Cognitive Science* 2022, p. 467-491.

Hesselink 2009

M.W. Hesselink, *CFR and Social Justice*, München: Sellier 2009.

Hesselink 2016

M.W. Hesselink, 'Contract Theory and EU Contract Law', in: C. Twigg-Flesner (red.), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2016, p. 508-534.

Hesselink 2021

M.W. Hesselink, *Justifying Contract in Europe. Political Philosophies of European Contract Law*, Oxford: Oxford University Press 2021.

Hijma 1988

J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988.

Hijma 2004

J. Hijma, 'Bedenktijd in het contractenrecht', in: J. Hijma & L. Valk (red.), *Wettelijke bedenktijd. Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 1-86.

Hijma 2016

J. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Monografieën BW, deel B55), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Hill 2014

T.E. Hill, 'Kantian Perspectives on the Rational Basis of Human Dignity', in: M. Düwell, J. Braarvig, R. Brownsword & D. Mieth (red.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, p. 215-221.

Hobbes (1651) 1998

T. Hobbes, *Leviathan*, Oxford: Oxford University Press (1651) 1998.

Hoch 1985

S.J. Hoch, 'Counterfactual Reasoning and Accuracy in Predicting Personal Events', *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition* 1985, afl. 4, p. 719-731.

Homerus 2012

Homerus, *Ilias & Odyssee*, Amsterdam: Atheneum (vertaald door M.A. Schwartz) 2012.

Hondius 1999

E.H. Hondius, 'De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigma van het privaatrecht', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 387-395.

Hondius 2013

E.H. Hondius, *Consumentenrecht* (Monografieën BW, deel A8), Deventer: Kluwer 2013.

Honneth 2014

A. Honneth, *Freedom's Right: The Social Foundations of Democratic Life*, Chichester: Polity 2014.

Hortal 2020

A. Hortal, 'Nudging and Educating: Bounded Axiological Rationality in Behavioral Insights', *Behavioural Public Policy* 2020, afl. 3, p. 292-315.

Houben 2005

I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005.

Van den Hoven 2020

M. van den Hoven, 'Nudging for Others' Sake: An Ethical Analysis of the Legitimacy of Nudging Healthcare Workers to Accept Influenza Immunization', *Bioethics* 2020, p. 1-8.

Howard 2019

J. Howard, 'Bandwagon Effect and Authority Bias', in: J. Howard (red.), *Cognitive Errors and Diagnostic Mistakes: A Case-Based Guide to Critical Thinking in Medicine*, Cham: Springer International Publishing 2019, p. 21-56.

Hsee & Kunreuther 2000

C.K. Hsee & H.C. Kunreuther, 'The Affection Effect in Insurance Decisions', *Journal of Risk and Uncertainty* 2000, afl. 2, p. 141-159.

Huber, Payne & Puto 1982

J. Huber, J.W. Payne & C. Puto, 'Adding Asymmetrically Dominated Alternatives: Violations of Regularity and the Similarity Hypothesis', *Journal of Consumer Research* 1982, afl. 1, p. 90-98.

Hummel & Maedche 2019

D. Hummel & 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* 2019, p. 47-58.

Hung & Yoong 2013

A. Hung & J. Yoong, 'Asking for Help: Survey and Experimental Evidence on Financial Advice and Behavior Change', in: O.S. Mitchell & K. Smetters (red.), *The Market for Retirement Financial Advice*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 182-212.

Infante, Lecouteux & Sugden 2016

G. Infante, G. Lecouteux & R. Sugden, 'Preference Purification and the Inner Rational Agent: A Critique of the Conventional Wisdom of Behavioural Welfare Economics', *Journal of Economic Methodology* 2016, afl. 1, p. 1-25.

Ivanković & Engelen 2019

V. Ivanković & B. Engelen, 'Nudging, Transparency, and Watchfulness', *Social Theory and Practice* 2019, afl. 1, p. 43-73.

Jachimowicz e.a. 2019

J.M. Jachimowicz, S. Duncan, E.U. Weber & E.J. Johnson, 'When and Why Defaults Influence Decisions: A Meta-Analysis of Default Effects', *Behavioural Public Policy* 2019, afl. 2, p. 159-186.

De Jager 2018

C. de Jager, *Consumentenbescherming door informatie? Een analyse van 30 jaar beleid voor korte precontractuele informatiedocumenten over complexe financiële producten in Europa, Engeland, Nederland en Duitsland* (diss. Groningen), Den Haag: Boom juridisch 2018.

De Jager & Pavillon 2020

C. de Jager & C.M.D.S. Pavillon, 'Consumentenrecht. Consumentenbescherming door informatie', in: C. Bijleveld, A. Akkermans, M. Malsch, B. Marseille & M. Smit (red.), *Nederlandse Encyclopedie Empirical Legal Studies*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 293-330.

De Jager & Verheij 2019

C. de Jager & A.J. Verheij, 'Wanneer is een voedsel etiket misleidend? Uitspraken van de Nederlandse rechter en de Reclame Code Commissie na Teekanne', *Tijdschrift voor Consumentenrecht & handelspraktijken* 2019, afl. 6, p. 257-264.

Jansen 2003

C.J.H. Jansen, 'Tussen autonomie en solidariteit: contractsvrijheid in de 19e eeuw', in: M.W. Hesseling, C.E. du Perron & A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 133-151.

Jansen 2010

C.J.H. Jansen, 'Het lot van de pandektistiek', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2010, p. 13-25.

Jansen 2012

K.J.O. Jansen, *Informatieplichten: over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012.

Janssen 2017

I. Janssen, *De civielrechtelijke zorgplicht van de beleggingsdienstverlener jegens de niet-particuliere cliënt* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Jessoe & Rapson 2014

K. Jessoe & D. Rapson, 'Knowledge Is (Less) Power: Experimental Evidence from Residential Energy Use', *American Economic Review* 2014, afl. 4, p. 1417-1438.

Jindal 2015

P. Jindal, 'Risk Preferences and Demand Drivers of Extended Warranties', *Marketing Science* 2015, afl. 1, p. 39-58.

Johnson & Goldstein 2003

E.J. Johnson & D.G. Goldstein, 'Do Defaults Save Lives?', *Science* 2003, p. 1338-1339.

Johnson & Goldstein 2013

E.J. Johnson & D.G. Goldstein, 'Decisions by Default', in: E. Shafir (red.), *The Behavioural Foundations of Public Policy*, Princeton: Princeton University Press 2013, p. 417-427.

Johnson e.a. 2012

E.J. Johnson, S.B. Shu, B.G.C. Dellaert, C. Fox, D.G. Goldstein, G. Häubl, R.P. Larrick, J.W. Payne, E. Peters, D. Schkade, B. Wansink & E.U. Weber, 'Beyond Nudges: Tools of a Choice Architecture', *Marketing Letters* 2012, afl. 2, p. 487-504.

Jolls, Sunstein & Thaler 1998

C. Jolls, C.R. Sunstein & R.H. Thaler, 'A Behavioral Approach to Law and Economics', *Stanford Law Review* 1998, p. 1471-1550.

De Jong & Giesen 2022

E.R. de Jong & I. Giesen, 'De spankracht van de civiele rechter in het publieke domein. Een beschouwing van de spankracht van de civiele rechter aan de hand van vijf elasticiteitsgraadmeters', in: I. Giesen, E.R. de Jong & R.J.B. Schutgens (red.), *De spankracht van de civiele rechter. Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 2022*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2022, p. 9-79.

De Jong & Van der Linden 2017

E.R. de Jong & T. van der Linden, 'Rechtspreken met oog voor macro-effecten? Een bespreking van de mogelijkheden om rekenschap te geven van macro-effecten in het aansprakelijkheidsrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2017, afl. 2, p. 4-16.

Kähler 2005

L. Kähler, 'Decision-Making about Suretyships under Empirical Uncertainty – How Consequences of Decisions about Suretyships Might Influence the Law', *European Review of Private Law* 2005, p. 333-355.

Kahneman 2003

D. Kahneman, 'A Perspective on Judgment and Choice: Mapping Bounded Rationality', *American Psychologist* 2003, afl. 9, p. 697-720.

Kahneman 2011

D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, New York: Farrar, Straus and Giroux 2011.

Kahneman & Tversky 1979

D. Kahneman & A. Tversky, 'Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk', *Econometrica* 1979, afl. 2, p. 263-291.

Kahneman, Wakker & Sarin 1997

D. Kahneman, P.P. Wakker & R. Sarin, 'Back to Bentham? Explorations of Experienced Utility', *The Quarterly Journal of Economics* 1997, afl. 2, p. 375-406.

Kaiser & Menkhoff 2017

T. Kaiser & L. Menkhoff, 'Does Financial Education Impact Financial Literacy and Financial Behavior, and If So, When?', *The World Bank Economic Review* 2017, afl. 3, p. 611-630.

Kant (1779) 1996

I. Kant, *The Metaphysics of Morals*, Cambridge: Cambridge University Press (Metaphysik der Sitten, 1779, vertaald door M. Gregor) 1996.

Kant (1758) 1998

I. Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, Cambridge: Cambridge University Press (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1758, vertaald door M. Gregor) 1998.

Kantorowicz-Reznichenko & Kantorowicz 2021

E. Kantorowicz-Reznichenko & J. Kantorowicz, 'To Follow or Not to Follow the Herd? Transparency and Social Norm Nudges', *Kyklos* 2021, afl. 3, p. 362-377.

Karampatzos 2020

A. Karampatzos, *Private Law, Nudging and Behavioural Economic Analysis: The Mandated-Choice Model*, Abingdon: Routledge 2020.

Karlan e.a. 2016

D. Karlan, M. McConnell, S. Mullainathan & J. Zinman, 'Getting to the Top of Mind: How Reminders Increase Saving', *Management Science* 2016, afl. 12, p. 3393-3411.

Kaser 1971

M. Kaser, *Das römische Privatrecht. Erste Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München: Beck 1971.

Keirse 2017

A.L.M. Keirse, 'Eigen schuld geen effect? Over standaardisering in de afweging van wederzijdse verantwoordelijkheid in effectenleasezaken', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2017, p. 77-84.

Keirse & Mak 2022

A.L.M. Keirse & V. Mak, 'Op de schommel tussen autonomie en repressie: een privaatrechtelijk perspectief op de repressieve samenleving', in: T. Barkhuysen, J.A. Bijlsma, M.L. van Emmerik, S. Franken, P. van Kampen, A.L.M. Keirse & V. Mak (red.), *De repressieve samenleving. Vanuit civiel-, bestuurs- en strafrechtelijk perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 9-93.

Keirse & Van Onna 2014

A.L.M. Keirse & A. van Onna, 'De relatieve zwaarte van wederzijdse verantwoordelijkheid voor teleurstellende effectenleaseresultaten', *Contracteren* 2014, p. 64-75.

Keirse e.a. 2009

A.L.M. Keirse, N.C. Oostrom, M.Y. Schaub, C.J.M. Barendse & A.M. Steegmans, *Wet koop onroerende zaken; de evaluatie*, Utrecht: Molengraaff Instituut voor Privaatrecht 2009.

Keller, Siegrist & Gutscher 2006

C. Keller, M. Siegrist & H. Gutscher, 'The Role of the Affect and Availability Heuristics in Risk Communication', *Risk Analysis* 2006, afl. 3, p. 631-639.

Kenny 2007

M. Kenny, 'Standing Surety in Europe: Common Core or Tower of Babel?', *The Modern Law Review* 2007, afl. 2, p. 175-196.

Kipper 2020

J. Kipper, 'Irresistible Nudges, Inevitable Nudges, and the Freedom to Choose', *Moral Philosophy and Politics* 2020, p. 285-303.

Klaassen 2002

C.J.M. Klaassen, '10 jaar hoofdelijkheid en borgtocht naar "NBW"', in: S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen & G. van Solinge (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 659-702.

Klayman 1995

J. Klayman, 'Varieties of Confirmation Bias', *Psychology of Learning and Motivation* 1995, p. 385-418.

Koops 2010

E. Koops, *Vormen van subsidiariteit: een historisch comparatistische studie naar het subsidiariteitsbeginsel bij pand, hypotheek en borgtocht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Koriat, Lichtenstein & Fischhoff 1980

A. Koriat, S. Lichtenstein & B. Fischhoff, 'Reasons for Confidence', *Journal of Experimental Psychology: Human Learning and Memory* 1980, afl. 2, p. 107-118.

Korobkin & Ulen 2000

R.B. Korobkin & T.S. Ulen, 'Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics', *California Law Review* 2000, afl. 4, p. 1051-1144.

Kovač & Vandenberghe 2015

M. Kovač & A. Vandenberghe, 'Regulation of Automatic Renewal Clauses: A Behavioural Law and Economics Approach', *Journal of Consumer Policy* 2015, afl. 3, p. 287-313.

Krämer 2021

L. Krämer, 'The Origins of Consumer Law and Policy at EU Level', in: H.W. Micklitz (red.), *Making of Consumer Law and Policy in Europe*, Oxford: Hart Publishing 2021, p. 13-30.

Kristinsson 2000

S. Kristinsson, 'The Limits of Neutrality: Toward a Weakly Substantive Account of Autonomy', *Canadian Journal of Philosophy* 2000, afl. 2, p. 257-286.

Kroese, Marchiori & De Ridder 2016

F.M. Kroese, D.R. Marchiori & D.T.D. de Ridder, 'Nudging Healthy Food Choices: A Field Experiment at the Train Station', *Journal of Public Health* 2016, afl. 2, p. 133-137.

Kronman 1980

A.T. Kronman, 'Contract Law and Distributive Justice', *Yale Law Journal* 1980, afl. 3, p. 472-511.

Krüger, Vogel & Wänke 2017

T. Krüger, T. Vogel & M. Wänke, 'Framing-effects in Consumer Judgement and Decision Making', in: C.V. Jansson-Boyd & M.J. Zawisza (red.), *Routledge International Handbook of Consumer Psychology*, New York: Routledge 2017, p. 349-369.

Kühberger 2017

A. Kühberger, 'Framing', in: R.F. Pohl (red.), *Cognitive Illusions: Intriguing Phenomena in Thinking, Judgement and Memory*, New York: Routledge 2017, p. 79-98.

Kühberger, Schulte-Mecklenbeck & Perner 1999

A. Kühberger, M. Schulte-Mecklenbeck & J. Perner, 'The Effects of Framing, Reflection, Probability, and Payoff on Risk Preference in Choice Tasks', *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 1999, p. 204-231.

Kunreuther & Pauly 2005

H. Kunreuther & M.V. Pauly, *Insurance Decision-Making and Market Behavior*, Hannover: Now Publishers 2005.

Le Grand & New 2015

J. Le Grand & B. New, *Government Paternalism: Nanny State or Helpful Friend?*, Princeton: Princeton University Press 2015.

Lesaffer 2008

R. Lesaffer, *Inleiding tot de Europese rechtsgeschiedenis*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2008.

Lessius (1605) 1621

L. Lessius, *De iustitia et iure ceterisque virtutibus cardinalibus*, Antwerpen: Ex Officina Platiniana (1605) 1621.

Van Leuken 2018

R.W.E. van Leuken, 'Ambtshalve toepassing van EU-recht: stand van zaken en toekomstige ontwikkelingen', in: C.J.H. Jansen, M.M.C. van de Moosdijk & R.W.E. van Leuken (red.), *Nijmeegs Europees privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 123-144.

Levin & Gaeth 1988

I.P. Levin & G.J. Gaeth, 'How Consumers Are Affected by the Framing of Attribute Information before and after Consuming the Product', *Journal of Consumer Research* 1988, afl. 3, p. 374-378.

Levin, Schneider & Gaeth 1998

I.P. Levin, S.L. Schneider & G.J. Gaeth, 'All Frames Are Not Created Equal: A Typology and Critical Analysis of Framing-effects', *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 1998, p. 149-188.

Lieverse 2018

C.W.M. Lieverse, 'De IDD: het nieuwe toezicht op verzekeringsdistributie', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2018, p. 12-22.

Van der Linden 2018

S. van der Linden, 'The Future of Behavioral Insights: On the Importance of Socially Situated Nudges', *Behavioural Public Policy* 2018, afl. 2, p. 207-217.

Lindley 1986

R. Lindley, *Autonomy*, Basingstoke: Macmillan 1986.

Loewenstein & Haisley 2008

G. Loewenstein & E. Haisley, 'The Economist as Therapist: Methodological Ramifications of "Light" Paternalism', in: A. Caplin & A. Schotter (red.), *The Foundations of Positive and Normative Economics*, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 210-245.

Loewenstein & Prelec 1992

G. Loewenstein & D. Prelec, 'Anomalies in Intertemporal Choice: Evidence and an Interpretation', *The Quarterly Journal of Economics* 1992, afl. 2, p. 573-597.

Loewenstein & Ubel 2008

G. Loewenstein & P.A. Ubel, 'Hedonic Adaptation and the Role of Decision and Experience Utility in Public Policy', *Journal of Public Economics* 2008, afl. 8, p. 1795-1810.

Loewenstein, Sunstein & Golman 2014

G. Loewenstein, C.R. Sunstein & R. Golman, 'Disclosure: Psychology Changes Everything', *Annual Review of Economics* 2014, afl. 1, p. 391-419.

Lokin 2000

J.H.A. Lokin, 'Van handeling naar rechtshandeling: een kwestie van definitie', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2000, p. 17-42.

Van Loo 2013

L. van Loo, *Vernietiging van overeenkomsten op grond van laesio enormis, dwaling of misbruik van omstandigheden: over buitensporige nadeligheid van overeenkomsten als grond voor vernietiging en over vernietiging van buitensporig nadelige overeenkomsten op grond van dwaling of misbruik van omstandigheden, naar Nederlands, Duits en Oostenrijks recht* (diss. Heerlen), Rotterdam: Brave New Books 2013.

Loonstra 2003

C.J. Loonstra, 'De arbeidsovereenkomst', in: P.G.J. van den Berg & W.A. Zondag (red.), *Bijzondere overeenkomsten en het algemene overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 37-55.

Loos 2020

M.B.M. Loos, 'Transparantievereiste versus contra-proferentem-regeling: de worsteling van de Hoge Raad met algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten', *Tijdschrift voor Consumentenrecht & handelspraktijken* 2020, afl. 1, p. 6-11.

Loth 2009

M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht* (Monografieën BW, deel A19), Deventer: Kluwer 2009.

Loth 2016

M.A. Loth, 'Rechtvaardige aansprakelijkheid: over herstel van autonomie, beginselen in het aansprakelijkheidsrecht, en de "maatmens benadeelde"', in: C.J.M. Klaasen & J. Spier (red.), *Aansprakelijkheidsrecht en maatmens*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 33-67.

Loth 2018

M.A. Loth, *Privaatrecht in context. Wat een jurist van theorie moet weten voor hij de praktijk in gaat*, Den Haag: Boom juridisch 2018.

Lourenço e.a. 2016

J.S. Lourenço, E. Ciriolo, S.R. Almeida & X. Troussard, *Behavioural Insights Applied to Policy. European Report 2016*, Luxemburg: Bureau voor publicaties van de Europese Unie 2016.

Lupiáñez-Villanueva e.a. 2022

F. Lupiáñez-Villanueva, A. Boluda, F. Bogliacino, G. Liva, L. Lechardoy & T. Rodríguez de las Heras Ballell, *Behavioural Study on Unfair Commercial Practices in the Digital Environment: Dark Patterns and Manipulative Personalisation*, Luxemburg: Bureau voor publicaties van de Europese Unie 2022.

Luzak 2014

J.A. Luzak, 'To Withdraw or Not to Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking into Account Its Behavioural Effects on Consumers', *Journal of Consumer Policy* 2014, afl. 1, p. 91-111.

Luzak 2018

J.A. Luzak, 'Who Calls the Tune? Stocktaking of Behavioural Consumer Protection in Europe', in: H.W. Micklitz, A.L. Sibony & F. Esposito (red.), *Research Methods in Consumer Law: A Handbook*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2018, p. 239-275.

Luzak 2020

J.A. Luzak, 'The Steady Creep of an Average Consumer as a Reference Consumer in the Assessment of the Transparent Provision of Mandatory Information', *Tijdschrift voor Consumentenrecht & handelspraktijken* 2020, afl. 5, p. 265-274.

Luzak & Junuzović 2019

J.A. Luzak & M. Junuzović, 'Blurred Lines: Between Formal and Substantive Transparency in Consumer Credit Contracts', *Journal of European Consumer and Market Law* 2019, p. 97-107.

MacCallum 1967

G.C. MacCallum, 'Negative and Positive Freedom', *The Philosophical Review* 1967, afl. 3, p. 312-334.

Macklin 2003

R. Macklin, 'Dignity as Useless Concept', *British Medical Journal* 2003, p. 1419-1420.

Macneil 1985

I.R. Macneil, 'Relational Contract: What We Do and Do Not Know', *Wisconsin Law Review* 1985, afl. 3, p. 483-526.

Madern 2015

T.E. Madern, *Op weg naar een schuldenvrij leven: gezond financieel gedrag noodzakelijk om financiële problemen te voorkomen* (diss. Leiden), Utrecht: Nibud 2015.

Maine 2012

H.S. Maine, *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas*, Cambridge: Cambridge University Press 2012.

Mak 2011

V. Mak, 'De grenzen van maximumharmonisatie in het Europese consumentenrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2011, afl. 10, p. 558-564.

Mak 2016

V. Mak, 'The Consumer in European Regulatory Private Law', in: D. Leczykiewicz & S. Weatherill (red.), *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law*, Oxford: Hart Publishing 2016, p. 381-400.

Mak 2020

V. Mak, *Legal Pluralism in European Contract Law*, Oxford: Oxford University Press 2020.

Markovits 2003

D. Markovits, 'Contract and Collaboration', *Yale Law Journal* 2003, p. 1417-1518.

Markovits 2020

D. Markovits, 'Contract as Collaboration', in: H. Dagan & B.C. Zipursky (red.), *Research Handbook on Private Law Theory*, Cheltenham & Northampton, MA: Edward Elgar 2020, p. 96-111.

Markovits & Schwartz 2017

D. Markovits & A. Schwartz, '(In)efficient Breach of Contract', in: F. Parisi (red.), *The Oxford Handbook of Law and Economics: Volume 2: Private and Commercial Law*, Oxford: Oxford University Press 2017, p. 20-38.

Marx (1885) 2013

K. Marx, *Capital: A Critical Analysis of Capitalist Production*, Ware: Wordsworth (Das Kapital: Kritik der politischen Oekonomie, 1885, vertaald door C.J. Arthur) 2013.

McAdams 2015

R.H. McAdams, *The Expressive Powers of Law*, Harvard: Harvard University Press 2015.

McCabe 2001

D. McCabe, 'Joseph Raz and the Contextual Argument for Liberal Perfectionism', *Ethics* 2001, afl. 3, p. 493-522.

McDowell & Jacobs 2017

M. McDowell & P. Jacobs, 'Meta-Analysis of the Effect of Natural Frequencies on Bayesian Reasoning', *Psychological Bulletin* 2017, afl. 12, p. 1273-1312.

McDowell e.a. 2016

M. McDowell, F.G. Rebitschek, G. Gigerenzer & O. Wegwarth, 'A Simple Tool for Communicating the Benefits and Harms of Health Interventions: A Guide for Creating a Fact Box', *MDM Policy & Practice* 2016, afl. 1, p. 1-10.

Meijer 2018

S.Y.T. Meijer, 'Oververzekering en onderverzekering', *Aansprakelijkheid, verzekering en schade* 2018, p. 127-128.

Meijer e.a. (red.) 2016

S.Y.T. Meijer, N. van Tiggele-van der Velde, N. Vloemans & J.H. Wansink (red.), *Zicht op toezicht in de verzekeringssector*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Meijers 1958

E.M. Meijers, *Algemene leer van het burgerlijk recht. Deel I. De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire Pers 1958.

Meindertsma 2020

J.M. Meindertsma, *De kredietwaardigheidstoets bij kredietverlening aan consumenten* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Melnikoff & Bargh 2018

D.E. Melnikoff & J.A. Bargh, 'The Mythical Number Two', *Trends in Cognitive Sciences* 2018, afl. 4, p. 280-293.

Mercer, Palmiter & Taha 2010

M. Mercer, A.R. Palmiter & A.E. Taha, 'Worthless Warnings? Testing the Effectiveness of Disclaimers in Mutual Fund Advertisements', *Journal of Empirical Legal Studies* 2010, afl. 3, p. 429-459.

Mertens, Hahnel & Brosch 2020

S. Mertens, U.J.J. Hahnel & T. Brosch, 'This Way, Please: Uncovering the Directional Effects of Attribute Translations on Decision Making', *Judgment and Decision Making* 2020, afl. 1, p. 25-46.

Mertens e.a. 2022

S. Mertens, M. Herberz, U.J.J. Hahnel & T. Brosch, 'The Effectiveness of Nudging: A Meta-Analysis of Choice Architecture Interventions across Behavioral Domains', *Proceedings of the National Academy of Sciences* 2022, afl. 1, p. 1-10.

Michel 2017

C. Michel, 'Market Regulation of Voluntary Add-on Contracts', *International Journal of Industrial Organization* 2017, p. 239-268.

Micklitz 2022

H.W. Micklitz, 'Book Notes "Law" 1/2022', *Journal of Consumer Policy* 2022, afl. 2, p. 343-348.

Micklitz, Sibony & Esposito (red.) 2018

H.W. Micklitz, A.L. Sibony & F. Esposito (red.), *Research Methods in Consumer Law: A Handbook*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2018.

Van Mierlo 2018

T. van Mierlo, 'Crown Jewels for Consumers in the 1992 Civil Code: The Making of Consumer Law in the Netherlands', *Journal of European Consumer and Market Law* 2018, afl. 1, p. 24-30.

Mill (1859) 2015

J.S. Mill, *On Liberty, Utilitarianism, and Other Essays*, Oxford: Oxford University Press (1859) 2015.

Miller & Campbell 1959

N. Miller & D.T. Campbell, 'Recency and Primacy in Persuasion as a Function of the Timing of Speeches and Measurements', *The Journal of Abnormal and Social Psychology* 1959, afl. 1, p. 1-9.

Mills 2020

S. Mills, 'Nudge/Sludge Symmetry: On the Relationship between Nudge and Sludge and the Resulting Ontological, Normative and Transparency Implications', *Behavioural Public Policy* 2020, p. 1-24.

Mills 2022

S. Mills, 'Personalized Nudging', *Behavioural Public Policy* 2022, p. 150-159.

Milyavskaya & Inzlicht 2018

M. Milyavskaya & M. Inzlicht, 'Attentional and Motivational Mechanisms of Self-Control', in: D.T.D. de Ridder, M.A. Adriaanse & K. Fujita (red.), *The Routledge International Handbook of Self-Control in Health and Well-Being: Concepts, Theories and Central Issues*, London: Routledge 2018, p. 11-23.

Moore & Healy 2008

D.A. Moore & P.J. Healy, 'The Trouble with Overconfidence', *Psychological Review* 2008, afl. 2, p. 502-517.

Münscher, Vetter & Scheuerle 2016

R. Münscher, M. Vetter & T. Scheuerle, 'A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques', *Journal of Behavioral Decision Making* 2016, afl. 5, p. 511-524.

Mussweiler & Strack 1999

T. Mussweiler & F. Strack, 'Hypothesis-Consistent Testing and Semantic Priming in the Anchoring Paradigm: A Selective Accessibility Model', *Journal of Experimental Social Psychology* 1999, afl. 2, p. 136-164.

Nagtegaal e.a. 2020

R. Nagtegaal, L.G. Tummers, M. Noordegraaf & V. Bekkers, 'Designing to Debias: Measuring and Reducing Public Managers' Anchoring Bias', *Public Administration Review* 2020, p. 565-576.

Neering 2013

V.M. Neering, 'Aansprakelijkheid bij execution only, advies en vermogensbeheer', in: D. Busch, C.J.M. Klaassen & T.M.C. Arons (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013, p. 373-422.

Nelson 2005

E. Nelson, 'Liberty: One Concept Too Many?', *Political Theory* 2005, afl. 1, p. 58-78.

Von Neumann & Morgenstern 2007

J. von Neumann & O. Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton: Princeton University Press 2007.

Newall 2022

P.W.S. Newall, 'What Is Sludge? Comparing Sunstein's Definition to Others', *Behavioural Public Policy* 2022, p. 1-7.

Nieuwenhuis 1979

J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979.

Nieuwenhuis 1992

J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis: recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer: Kluwer 1992.

Nieuwenhuis 1999

J.H. Nieuwenhuis, 'Contractvrijheid, een weerbarstig beginsel', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 23-32.

Nieuwenhuis 2006

J.H. Nieuwenhuis, *Waar toe is het recht op aarde?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Nieuwenhuis 2009

J.H. Nieuwenhuis, 'Paternalisme, fraternalisme, egoïsme. Een kleine catechismus van het contractenrecht', *Nederlands Juristenblad* 2009, p. 2254-2263.

Nieuwenhuis 2014

J.H. Nieuwenhuis, 'Een wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard. De erfenis van Friedrich Carl von Savigny', *Ars Aequi* 2014, p. 545-550.

Noggle 2018

R. Noggle, 'The Ethics of Manipulation', in: E.N. Zalta (red.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford: Metaphysics Research Lab 2018.

Nozick (1974) 2001

R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford: Wiley-Blackwell (1974) 2001.

Nuchelmans 1967

G. Nuchelmans, *Proeven van analytisch filosoferen*, Hilversum: De Haan 1967.

Nussbaum 2011

M.C. Nussbaum, *Creating Capabilities: The Human Development Approach*, Cambridge: Belknap Press 2011.

Nys & Engelen 2017

T.R.V. Nys & B. Engelen, 'Judging Nudging: Answering the Manipulation Objection', *Political Studies* 2017, afl. 1, p. 199-214.

O'Donoghue & Rabin 2015

T. O'Donoghue & M. Rabin, 'Present Bias: Lessons Learned and to Be Learned', *American Economic Review* 2015, afl. 5, p. 273-279.

Oehler & Wendt 2017

A. Oehler & S. Wendt, 'Good Consumer Information: The Information Paradigm at Its (Dead) End?', *Journal of Consumer Policy* 2017, afl. 2, p. 179-191.

OFT 2002

OFT, *Extended Warranties on Domestic Electrical Goods*, Londen: Office of Fair Trading 2002.

OFT 2012

OFT, *Extended Warranties on Domestic Electrical Goods. An OFT Market Study and Notice of the OFT's Intention to Accept Undertakings in Lieu of A Market Investigation Reference*, Londen: Office of Fair Trading 2012.

Van Oven 1995

J.C. van Oven, 'Verbintenissenrecht: ingrijpen van de wetgever in de contractsvrijheid', in: J.H.A. Lokin & C.J.H. Jansen (red.), *Tussen droom en daad*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 89-109.

Pachur, Hertwig & Steinmann 2012

T. Pachur, R. Hertwig & F. Steinmann, 'How Do People Judge Risks: Availability Heuristic, Affect Heuristic, or Both?', *Journal of Experimental Psychology: Applied* 2012, afl. 3, p. 314-330.

Page 2019

L. Page, 'Disclosure for Real Humans', *Behavioural Public Policy* 2019, p. 1-13.

Palstra 2008

J.T.M. Palstra, 'Art. 7:230a BW', in: J.M. Heikens, H.M. Hielkema, J.Ph. van Lochem & M.H. Wissink (red.), *Groene Serie Huurrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Parisi 2004

F. Parisi, 'Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics', *European Journal of Law and Economics* 2004, p. 259-272.

Parry 2005

R. Parry, 'The Position of Family Sureties within the Framework of Protection for Consumer Debtors in European Union Member States', *European Review of Private Law* 2005, afl. 3, p. 357-381.

Paunov, Wänke & Vogel 2019

Y. Paunov, M. Wänke & T. Vogel, 'Transparency Effects on Policy Compliance: Disclosing How Defaults Work Can Enhance Their Effectiveness', *Behavioural Public Policy* 2019, afl. 2, p. 187-208.

Pavillon 2021

C.M.D.S. Pavillon, 'Herijking van consumentencontractenrecht: duurzaamheid als nieuw ijkpunt?', in: C.M.D.S. Pavillon & W.H. van Boom (red.), *Privaatrechtelijke bescherming herijkt. Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2021*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 11-112.

Pavillon 2022

C.M.D.S. Pavillon, 'Dwingend consumentenrecht en de overgang naar een circulaire economie: het mes snijdt aan twee kanten', *Ars Aequi* 2022, p. 576-585.

Pavillon & Tigelaar 2022

C.M.D.S. Pavillon & L.B.A. Tigelaar, 'Een prijskorting voor de consument bij gebrekkige informatieverstrekking: een onevenredige sanctie', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2022, afl. 7, p. 229-242.

Du Perron 2003

C.E. du Perron, 'Zorgplicht en eigen schuld in het effectenrecht', in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron & A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 185-198.

Pessers 2005

D.W.J.M. Pessers, *Menselijke waardigheid en het persoonsbegrip in het recht. Preadviezen voor de vergadering van de Christen Juristen Vereniging op 27 mei 2005*, Utrecht: Lemma 2005.

Phillips e.a. 2017

N.D. Phillips, H. Neth, J.K. Woike & W. Gaissmaier, 'FFTrees: A Toolbox to Create, Visualize, and Evaluate Fast-and-Frugal Decision Trees', *Judgment and Decision Making* 2017, afl. 4, p. 344-368.

Pi, Parisi & Luppi 2014

D. Pi, F. Parisi & B. Luppi, 'Biasing, Debiasing, and the Law', in: E. Zamir & D. Teichman (red.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 143-166.

Pinker 2008

S. Pinker, 'The Stupidity of Dignity', *New Republic* 28 mei 2008.

Posner 2003

E.A. Posner, 'Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?', *The Yale Law Journal* 2003, afl. 4, p. 829-880.

Puri & Robinson 2007

M. Puri & D.T. Robinson, 'Optimism and Economic Choice', *Journal of Financial Economics* 2007, afl. 1, p. 71-99.

Purnhagen & Van Herpen 2017

K.P. Purnhagen & E. van Herpen, 'Can Bonus Packs Mislead Consumers? A Demonstration of How Behavioural Consumer Research Can Inform Unfair Commercial Practices Law on the Example of the ECJ's Mars Judgement', *Journal of Consumer Policy* 2017, afl. 2, p. 217-234.

Purnhagen e.a. 2021

K.P. Purnhagen, E. van Herpen, S. Kamps & F. Michetti, 'Oversized Area Indications on Bonus Packs Fail to Affect Consumers' Transactional Decisions – More Experimental Evidence on the Mars Case', *Journal of Consumer Policy* 2021, afl. 3, p. 385-406.

Quong 2010

J. Quong, *Liberalism without Perfection*, Oxford: Oxford University Press 2010.

Van Raaij 2016

W.F. van Raaij, *Understanding Consumer Financial Behavior: Money Management in an Age of Financial Illiteracy*, New York: Palgrave Macmillan 2016.

Rabin & Thaler 2001

M. Rabin & R.H. Thaler, 'Anomalies: Risk Aversion', *Journal of Economic Perspectives* 2001, afl. 1, p. 219-232.

Rawls 1971

J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press 1971.

Raz 1986

J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press 1986.

Rebonato 2014

R. Rebonato, 'A Critical Assessment of Libertarian Paternalism', *Journal of Consumer Policy* 2014, afl. 3, p. 357-396.

Reehuis, Slob & Van Zeven (red.) 1991

W.H.M. Reehuis, E.E. Slob & C.J. van Zeven (red.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 7, Bijzondere overeenkomsten, titels 1, 7, 9 en 14*, Deventer: Kluwer 1991.

Reich & Micklitz 2014

N. Reich & H.W. Micklitz, 'The Court and Sleeping Beauty: The Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)', *Common Market Law Review* 2014, afl. 3, p. 771-808.

Reijula & Hertwig 2020

S. Reijula & R. Hertwig, 'Self-Nudging and the Citizen Choice Architect', *Behavioural Public Policy* 2020, p. 1-31.

Remund 2010

D.L. Remund, 'Financial Literacy Explicated: The Case for a Clearer Definition in an Increasingly Complex Economy', *Journal of Consumer Affairs* 2010, afl. 2, p. 276-295.

De Ridder, Adriaanse & Fujita (red.) 2017

D.T.D. de Ridder, M.A. Adriaanse & K. Fujita (red.), *Routledge International Handbook of Self-Control in Health and Well-Being*, Londen: Routledge 2017.

De Ridder, Kroese & Van Gestel 2022

D.T.D. de Ridder, F.M. Kroese & L.C. van Gestel, 'Nudgeability: Mapping Conditions of Susceptibility to Nudge Influence', *Perspectives on Psychological Science* 2022, p. 346-359.

De Ridder e.a. 2020

D.T.D. de Ridder, J. Feitsma, M. van den Hoven, F.A. Kroese, T. Schillemans, M.F. Verweij, T.A.G. Venema, A. Vugts & E. de Vet, 'Simple Nudges That Are Not So Easy', *Behavioural Public Policy* 2020, p. 1-19.

Rijken 2020

G.J. Rijken, 'Ontstaan en positie van het consumentenrecht', in: E.H. Hondius & V. Mak (red.), *Handboek consumentenrecht: een overzicht van de rechtspositie van de consument*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2020, p. 19-31.

Riley & Taha 2019

B.K. Riley & A.E. Taha, 'Protecting Consumers through Mandatory Disclosures: An Experimental Investigation of Extended Warranties', *Villanova Law Review* 2019, afl. 2, p. 285-308.

Rinkes 2020

J.G.J. Rinkes, 'Europees consumentenrecht', in: E.H. Hondius & V. Mak (red.), *Handboek Consumentenrecht: een overzicht van de rechtspositie van de consument*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2020, p. 33-52.

RMO 2014

RMO, *De verleiding weerstaan: grenzen aan beïnvloeding van gedrag door de overheid*, Den Haag: Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling 2014.

Rousseau (1762) 1999

J.J. Rousseau, *The Social Contract*, Oxford: Oxford University Press (Du contract social, 1762, vertaald door C. Bets) 1999.

Rouyard e.a. 2022

T. Rouyard, B. Engelen, A. Papanikitas & R. Nakamura, 'Boosting Healthier Choices', *British Medical Journal* 2022, p. 1-5.

Saghai 2013

Y. Saghai, 'Salvaging the Concept of Nudge', *Journal of Medical Ethics* 2013, p. 487-493.

Said 2022

S. Said, *De arbeidsovereenkomst: een bewerkelijk begrip* (diss. Tilburg), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Salisbury 2014

L.C. Salisbury, 'Minimum Payment Warnings and Information Disclosure Effects on Consumer Debt Repayment Decisions', *Journal of Public Policy & Marketing* 2014, afl. 1, p. 49-64.

Samuelson 1937

P.A. Samuelson, 'A Note on Measurement of Utility', *The Review of Economic Studies* 1937, afl. 2, p. 155-161.

Von Savigny 1840

F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlijn: Veit 1840.

Schaub 2015

M.Y. Schaub, *Wilsgebreken* (Monografieën BW, deel B3), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Schaub 2017

M.Y. Schaub, 'Wie is consument?', *Tijdschrift voor Consumentenrecht & handelspraktijken* 2017, p. 30-40.

Schelhaas 2017

H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Monografieën BW, deel A5), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schelhaas 2018

H.N. Schelhaas, *Commerciële contractanten – consistentere differentiëren?*, Den Haag: Boom juridisch 2018.

Schermer, Custers & Van der Hof 2014

B.W. Schermer, B. Custers & S. van der Hof, 'The Crisis of Consent: How Stronger Legal Protection May Lead to Weaker Consent in Data Protection', *Ethics and Information Technology* 2014, afl. 2, p. 171-182.

Schmidt 2017

A.T. Schmidt, 'The Power to Nudge', *American Political Science Review* 2017, afl. 2, p. 404-417.

Schmidt 2019

A.T. Schmidt, 'Getting Real on Rationality – Behavioral Science, Nudging, and Public Policy', *Ethics* 2019, afl. 4, p. 511-543.

Schmidt & Engelen 2020

A.T. Schmidt & B. Engelen, 'The Ethics of Nudging: An Overview', *Philosophy Compass* 2020, p. 1-13.

Schmitz & Pavillon 2020

B. Schmitz & C.M.D.S. Pavillon, 'Measuring Transparency in Consumer Contracts: The Usefulness of Readability Formulas Empirically Assessed', *Journal of European Consumer and Market Law* 2020, p. 191-200.

Schneewind 1997

J.B. Schneewind, *The Invention of Autonomy: A History of Modern Moral Philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press 1997.

Scholten 1931

P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1931.

Schultz e.a. 2007

P.W. Schultz, J.M. Nolan, R.B. Cialdini, N.J. Goldstein & V. Griskevicius, 'The Constructive, Destructive, and Reconstructive Power of Social Norms', *Psychological Science* 2007, afl. 5, p. 429-434.

Schwarcz 2010

D. Schwarcz, 'Regulating Consumers Demand in Insurance Markets', *Erasmus Law Review* 2010, afl. 2, p. 23-45.

Schwartz 2004

B. Schwartz, *The Paradox of Choice: Why More is Less*, New York: Ecco/HarperCollins 2004.

Scoccia 2013

D. Scoccia, 'The Right to Autonomy and the Justification of Hard Paternalism', in: C. Coons & M. Weber (red.), *Paternalism: Theory and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 74-92.

Scoccia 2020

D. Scoccia, 'Paternalism', in: H. LaFollette (red.), *International Encyclopedia of Ethics*, Hoboken: John Wiley & Sons 2020, p. 1-12.

Seizov, Wulf & Luzak 2019

O. Seizov, A.J. Wulf & J.A. Luzak, 'The Transparent Trap: A Multidisciplinary Perspective on the Design of Transparent Online Disclosures in the EU', *Journal of Consumer Policy* 2019, afl. 1, p. 149-173.

Sent 2004

E. Sent, 'Behavioral Economics: How Psychology Made Its (Limited) Way Back into Economics', *History of Political Economy* 2004, afl. 4, p. 735-760.

Shahab & Lades 2021

S. Shahab & L.K. Lades, 'Sludge and Transaction Costs', *Behavioural Public Policy* 2021, p. 1-22.

Shepperd e.a. 2015

J.A. Shepperd, E.A. Waters, N.D. Weinstein & W.M.P. Klein, 'A Primer on Unrealistic Optimism', *Current Directions in Psychological Science* 2015, afl. 3, p. 232-237.

Sher & McKenzie 2011

S. Sher & C.R.M. McKenzie, 'Levels of Information: A Framing Hierarchy', in: G. Keren (red.), *Perspectives on Framing*, New York: Psychology Press 2011, p. 35-63.

Sibony 2014

A.L. Sibony, 'Can EU Consumer Law Benefit from Behavioural Insights? An Analysis of the Unfair Practice Directive', *European Review of Private Law* 2014, p. 901-941.

Sibony 2021

A.L. Sibony, 'Did You Say "Theories of Choice"? On the Limited and Variable Appetite for Theories in Consumer Law', in: S. Grundmann & P. Hacker (red.), *Theories of Choice: The Social Science and the Law of Decision Making*, Oxford: Oxford University Press 2021, p. 115-136.

Sieburgh 2009

C.H. Sieburgh, 'Western Law of Contract', in: M. Bussani & F. Werro (red.), *European Private Law: A Handbook*, Bern: Stämpfli 2009, p. 161-201.

Simon 1957

H.A. Simon, *Models of Man: Social and Rational. Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting*, New York & Londen: Wiley & Sons 1957.

Simon 1978

H.A. Simon, 'Rationality as Process and as Product of Thought', *The American Economic Review* 1978, afl. 2, p. 1-16.

Simon 1990

H.A. Simon, 'Invariants of Human Behavior', *Annual Review of Psychology* 1990, afl. 1, p. 1-20.

Simon 2018

H.A. Simon, 'Behavioural Economics', in: M. Vernengo, E.P. Caldentey & B.J. Rosser (red.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, Londen: Palgrave Macmillan 2018, p. 846-853.

Simonson & Tversky 1992

I. Simonson & A.N. Tversky, 'Choice in Context: Tradeoff Contrast and Extremeness Aversion', *Journal of Marketing Research* 1992, afl. 3, p. 281-295.

Skinner 2012

Q. Skinner, *Liberty before Liberalism*, Cambridge: Cambridge University Press 2012.

Slovic e.a. 2007

P. Slovic, M.L. Finucane, E. Peters & D.G. MacGregor, 'The Affect Heuristic', *European Journal of Operational Research* 2007, afl. 3, p. 1333-1352.

Smith 2004

S.A. Smith, *Contract Theory*, Oxford: Oxford University Press 2004.

Smits 1995

J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid: beschouwingen omtrent de dogmatiek van het overeenkomstenrecht* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1995.

Smits 2017

J.M. Smits, *Advanced Introduction to Private Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2017.

Snijders 1999

H.J. Snijders, 'Maten van dwingend recht', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 153-167.

Sparkman, Howe & Walton 2021

G. Sparkman, L. Howe & G. Walton, 'How Social Norms Are Often a Barrier to Addressing Climate Change but Can Be Part of the Solution', *Behavioural Public Policy* 2021, afl. 4, p. 528-555.

Spruit, Feenstra & Bongenaar (red.) 1994

J.E. Spruit, R. Feenstra & K.E.M. Bongenaar (red.), *Corpus iuris civilis. Tekst en vertaling. II. Digesta I-X*, Zutphen: Walburg 1994.

Stanovich & West 2000

K.E. Stanovich & R.F. West, 'Individual Differences in Reasoning: Implications for the Rationality Debate?', *Behavioral and Brain Sciences* 2000, afl. 5, p. 645-665.

Stijns 2005

S. Stijns, *Verbintenissenrecht*, Brugge: Die Keure 2005.

Strack & Mussweiler 1997

F. Strack & T. Mussweiler, 'Explaining the Enigmatic Anchoring Effect: Mechanisms of Selective Accessibility', *Journal of Personality and Social Psychology* 1997, afl. 3, p. 437-446.

Study Group on Social Justice in European Private Law 2004

Study Group on Social Justice in European Private Law, 'Social Justice in European Contract Law: A Manifesto', *European Law Journal* 2004, afl. 6, p. 653-674.

Sugden 2015

R. Sugden, 'Looking for a Psychology for the Inner Rational Agent', *Social Theory & Practice* 2015, afl. 4, p. 579-598.

Sunstein 2014a

C.R. Sunstein, 'Deciding by Default', *University of Pennsylvania Law Review* 2014, afl. 1, p. 1-58.

Sunstein 2014b

C.R. Sunstein, 'Choosing Not to Choose', *Duke Law Journal* 2014, afl. 1, p. 1-52.

Sunstein 2016

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

Sunstein 2020a

C.R. Sunstein, *Too Much Information: Understanding What You Don't Want to Know*, Cambridge: MIT Press 2020.

Sunstein 2020b

C.R. Sunstein, 'Sludge Audits', *Behavioural Public Policy* 2020, p. 654-673.

Sunstein 2021a

C.R. Sunstein, 'Hayekian Behavioral Economics', *Behavioural Public Policy* 2021, p. 1-19.

Sunstein 2021b

C.R. Sunstein, *Sludge: What Stops Us from Getting Things Done and What to Do About It*, Cambridge: MIT Press 2021.

Sunstein & Thaler 2003

C.R. Sunstein & R.H. Thaler, 'Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron', *The University of Chicago Law Review* 2003, afl. 4, p. 1159-1202.

Suter e.a. 2017

J. Suter, C. Duke, A. Harms, A. Joshi, J. Rzepecka, L. Lechardoy, P. Hausemer, C. Wilhelm, F. Dekeulenaer & E. Lucica, *Study on Consumers' Decision Making in Insurance Services: A Behavioural Economics Perspective*, Luxemburg: Bureau voor publicaties van de Europese Unie 2017.

Swaenepoel 2011

E. Swaenepoel, *Toetsing van het contractuele evenwicht* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2011.

Sydnor 2010

J. Sydnor, '(Over)insuring Modest Risks', *American Economic Journal: Applied Economics* 2010, afl. 4, p. 177-199.

Szaszi e.a. 2018

B. Szaszi, A. Palinkas, B. Palfi, A. Szollosi & B. Aczel, 'A Systematic Scoping Review of the Choice Architecture Movement: Toward Understanding When and Why Nudges Work', *Journal of Behavioral Decision Making* 2018, afl. 3, p. 355-366.

Taekema & Van Klink 2009

S. Taekema & B. van Klink, 'Dwarsverbanden. Interdisciplinair onderzoek in de rechtswetenschap', *Nederlands Juristenblad* 2009, p. 2559-2566.

Taylor 1985

C. Taylor, *Philosophy and the Human Sciences. Philosophical Papers. Volume 2*, Cambridge: Cambridge University Press 1985.

Tereszkiewicz 2016

P. Tereszkiewicz, 'Neutral Third-Party Counselling as Nudge toward Safer Financial Products?', in: K. Mathis & A. Tor (red.), *Nudging – Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, Cham: Springer International Publishing 2016, p. 169-196.

Terryn 2008

E. Terryn, *Bedenktijden in het consumentenrecht* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2008.

Thaler 1981

R.H. Thaler, 'Some Empirical Evidence on Dynamic Inconsistency', *Economics Letters* 1981, afl. 3, p. 201-207.

Thaler 1999

R.H. Thaler, 'Mental Accounting Matters', *Journal of Behavioral Decision Making* 1999, afl. 3, p. 183-206.

Thaler 2018

R.H. Thaler, 'Nudge, Not Sludge', *Science* 2018, p. 431.

Thaler & Benartzi 2004

R.H. Thaler & S. Benartzi, 'Save More Tomorrow: Using Behavioral Economics to Increase Employee Saving', *Journal of Political Economy* 2004, afl. 1, p. 164-187.

Thaler & Sunstein 2008

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

Thaler & Sunstein 2021

R.H. Thaler & C.R. Sunstein, *Nudge: The Final Edition*, New York: Penguin 2021.

Tiemeijer & Anderson 2014

W.L. Tiemeijer & J.H. Anderson, 'Normatieve overwegingen rondom gedragssturingen', in: RMO (red.), *De verleiding weerstaan: grenzen aan beïnvloeding van gedrag door de overheid*, Den Haag: Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling 2014, p. 89-150.

Tigelaar 2017

L. Tigelaar, *Sanctionering van informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten* (diss. Groningen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2017.

Tjittes 1991

R.P.J.L. Tjittes, 'Van status naar contract naar status', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 1991, p. 60-88.

Tjittes 1994

R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de betekenis van de (onderlinge) hoedanigheid van partijen voor de totstandkoming en de vaststelling van de inhoud van rechtshandelingen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.

Tjittes 1996

R.P.J.L. Tjittes, *Bezwaarde verwanten* (oratie Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1996.

Tjittes 2000

R. Tjittes, 'Verplichtingen van de schuldeiser jegens de borg', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2000, p. 1445-1479.

Tjong Tjin Tai 2006

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2006.

Tjong Tjin Tai & Verbruggen 2022

T.F.E. Tjong Tjin Tai & P. Verbruggen, 'Onderzoeksmethoden in de rechtswetenschap', *Nederlands Juristenblad* 2022, p. 4-12.

Tomer 2017

J.F. Tomer, *Advanced Introduction to Behavioral Economics*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2017.

Tully 2019

K. Tully, 'Odd Bedfellows: How Choice Architecture Can Enhance Autonomy and Mitigate Inequality', *Behavioural Public Policy* 2019, p. 1-19.

Tummers 2019

L.G. Tummers, 'Public Policy and Behavior Change', *Public Administration Review* 2019, afl. 6, p. 925-930.

Tversky & Kahneman 1973

A.N. Tversky & D. Kahneman, 'Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability', *Cognitive Psychology* 1973, afl. 2, p. 207-232.

Tversky & Kahneman 1974

A.N. Tversky & D. Kahneman, 'Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases', *Science* 1974, afl. 4157, p. 1124-1131.

Tversky & Kahneman 1981

A.N. Tversky & D. Kahneman, 'The Framing of Decisions and the Psychology of Choice', *Science* 1981, afl. 4481, p. 453-458.

Uittenbogaard & Toussaint 2017

R.A. Uittenbogaard & J. Toussaint, 'Financiële standaardproducten in aanvulling op het bestaande aanbod: een goed idee? Een voorbeeld van empirisch gefundeerd beleid', *Tijdschrift voor Consumentenrecht & handelspraktijken* 2017, p. 285-291.

Unberath & Johnston 2007

H. Unberath & A. Johnston, 'The Double-Headed Approach of the ECJ Concerning Consumer Protection', *Common Market Law Review* 2007, afl. 5, p. 1237-1284.

Urminsky & Zaubergerman 2015

O. Urminsky & G. Zaubergerman, 'The Psychology of Intertemporal Preferences', in: G. Keeren & G. Wu (red.), *The Wiley Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making*, Chichester: Wiley-Blackwell 2015, p. 141-181.

Utlu 2017

A. Utlu, *Der Schutz des Bürgen bei Abschluss des Bürgschaftsvertrags im türkischen und Deutschen Bürgschaftsrecht*, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking 2017.

Valk 2016a

W.L. Valk, 'De maatstaf voor uitleg', in: H.N. Schelhaas & W.L. Valk (red.), *Uitleg van rechtshandelingen. Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2016*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 13-74.

Valk 2016b

W.L. Valk, 'Uitleg in zijn verhouding tot de andere bronnen van art. 6:248 BW', in: H.N. Schelhaas & W.L. Valk (red.), *Uitleg van rechtshandelingen. Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2016*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 75-86.

Valkhoff 1949

J. Valkhoff, *Een eeuw rechtsontwikkeling: de vermaatschappelijking van het Nederlandse privaatrecht sinds de codificatie*, Amsterdam: De Arbeiderspers 1949.

Van Dyck 2010

T. Van Dyck, *De geharmoniseerde prospectusplicht. Kritische analyse van de geharmoniseerde prospectusplicht in de Prospectusrichtlijn 2003/71/EG en haar omzettingen in België, Nederland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Duitsland* (diss. Leuven), Brugge: Die Keure 2010.

Vandenberghe 2019

A. Vandenberghe, 'Limits of Contracts', in: A. Marciano & G.B. Ramello (red.), *Encyclopedia of Law and Economics*, New York: Springer 2019, p. 1330-1338.

Vasas 2022

Z. Vasas, 'Do Nudges Increase Consumer Search and Switching? Evidence from Financial Markets', *Behavioural Public Policy* 2022, p. 1-17.

Van Velthoven & Van Wijck 2013

B. van Velthoven & P. van Wijck, *Recht en efficiëntie: een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 2013.

Venema 2020

T.A.G. Venema, *Preferences as Boundary Condition of Nudge Effectiveness: The Potential of Nudges under Empirical Investigation* (diss. Utrecht), Utrecht: Kurt Lewin Instituut 2020.

Venema e.a. 2019

T.A.G. Venema, F.M. Kroese, E. de Vet & D.T.D. de Ridder, 'The One That I Want: Strong Personal Preferences Render the Center-Stage Nudge Redundant', *Food Quality and Preference* 2019, p. 1-8.

Vermolen & Van Boom 2017

J.M. Vermolen & W.H. van Boom, 'Wetgeving en claimcultuur: rationeel proces of politiek ritueel?', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2017, p. 245-252.

Verschuuren 2007

G. Verschuuren, 'Behavioral finance en zorgplicht: (nog) niet meer dan een incidentele ontmoeting', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2007, afl. 4, p. 115-122.

Vervloet e.a. 2012

M. Vervloet, A.J. Linn, J.C.M. van Weert, D.H. de Bakker, M.L. Bouvy & L. van Dijk, 'The Effectiveness of Interventions Using Electronic Reminders to Improve Adherence to Chronic Medication: A Systematic Review of the Literature', *Journal of the American Medical Informatics Association* 2012, afl. 5, p. 696-704.

Verwijmeren e.a. 2012

T. Verwijmeren, J.C. Karremans, W. Stroebe & D.H. Wigboldus, 'Goal Relevance Moderates Evaluative Conditioning Effects', *Learning and Motivation* 2012, afl. 3, p. 107-115.

Viale 2018

R. Viale, 'The Normative and Descriptive Weaknesses of Behavioral Economics-Informed Nudge: Depowered Paternalism and Unjustified Libertarianism', *Mind & Society* 2018, p. 53-69.

Visscher 2006

L. Visscher, 'De economische rationale van het (nieuwe) verzekeringsrecht', *Ars Aequi* 2006, p. 485-492.

Vogrincic-Haselbacher e.a. 2021

C. Vogrincic-Haselbacher, J.I. Krueger, B. Lurger, I. Dinslaken, J. Anslinger, F. Caks, A. Florack, H. Brohmer & U. Athenstaedt, 'Not Too Much and Not Too Little: Information Processing for a Good Purchase Decision', *Frontiers in Psychology* 2021, p. 1-15.

Van der Vossen 2019

B. van der Vossen, 'Libertarianism', in: E.N. Zalta (red.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford: Metaphysics Research Lab 2019.

Vranken 2000

J.B.M. Vranken, 'Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht', in: M.A.B. Chao-Duivis & H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginselen van het contractenrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 145-155.

Vranken 2020

J. Vranken, 'De afwikkeling van massaschade door de rechter lijkt onbegonnen werk. Een onderzoek aan de hand van de precedentwerking van vijftig uitspraken van de Hoge Raad over effectenlease', *Nederlands Juristenblad* 2020, p. 3142-3151.

De Vré 2014

I. de Vré, 'De bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners onder toezicht', in: T.C. Gerverdinc, J. van Heusden, I. de Vaate & R. Kuiper (red.), *Wetenschappelijk bijdragen: bundel ter gelegenheid van het 35-jarig bestaan van het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad der Nederlanden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 279-298.

De Waal & Van der Hoek 2022

K. de Waal & F. van der Hoek, 'Decennia denken over Dexia: de afhandeling van de effectenlease-affaire in de spiegel', *Nederlands Juristenblad* 2022, p. 1836-1843.

Waldron 2005

J. Waldron, 'Moral Autonomy and Personal Autonomy', in: J. Christman & J.H. Anderson (red.), *Autonomy and the Challenges to Liberalism: New Essays*, Cambridge: Cambridge University Press 2005, p. 307-329.

Waldron 2014

J. Waldron, 'It's All for Your Own Good', *The New York Review of Books* 28 september 2014.

Wall 2019

S. Wall, 'Perfectionism in Moral and Political Philosophy', in: E.N. Zalta (red.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford: Metaphysics Research Lab 2019.

Wallinga 2016

M. Wallinga, 'De bijzondere zorgplicht: de looper van het verbintenissenrecht op financieel gebied?', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2016, p. 606-614.

Wallinga 2020a

M. Wallinga, 'Privaatrechtelijke aansprakelijkheid bij schending MiFID II: complementariteit en beleggersbescherming', *SEW. Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2020, p. 11-21.

Wallinga 2020b

M. Wallinga, 'Dwaling in de rentederivatenproblematiek', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2020, p. 183-191.

Wansink, Kent & Hoch 1998

B. Wansink, R.J. Kent & S.J. Hoch, 'An Anchoring and Adjustment Model of Purchase Quantity Decisions', *Journal of Marketing Research* 1998, afl. 1, p. 71-81.

Wansink 2010

J.H. Wansink, 'De dwingendrechtelijke beperking van contractsvrijheid in titel 7.17 BW', in: N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink (red.), *Contractsvrijheid in het verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 37-44.

Weimer 2020

D.L. Weimer, 'When Are Nudges Desirable? Benefit Validity When Preferences Are Not Consistently Revealed', *Public Administration Review* 2020, afl. 1, p. 118-126.

Westbrook 2008

R. Westbrook, 'The Origin of Laesio Enormis', *Revue internationale des droits de l'antiquité* 2008, p. 39-52.

Weststrate 1932

C.W. Weststrate, 'Het burgerlijk recht in evolutie', *De Gids* 1932, afl. 2, p. 341-361.

Wheeler 2018

G. Wheeler, 'Bounded Rationality', in: E.N. Zalta (red.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford: Metaphysics Research Lab 2018.

Whitman & Rizzo 2015

D.G. Whitman & M.J. Rizzo, 'The Problematic Welfare Standards of Behavioral Paternalism', *Review of Philosophy and Psychology* 2015, afl. 3, p. 409-425.

Wilkinson 2013

T.M. Wilkinson, 'Nudging and Manipulation', *Political Studies* 2013, afl. 2, p. 341-355.

Williams 2009

A.T. Williams, 'Taking Values Seriously: Towards a Philosophy of EU Law', *Oxford Journal of Legal Studies* 2009, afl. 3, p. 549-577.

Wilson, Kaplan & Schneiderman 1987

D.K. Wilson, R.M. Kaplan & L.J. Schneiderman, 'Framing of Decisions and Selections of Alternatives in Health Care', *Social Behaviour* 1987, afl. 1, p. 51-59.

Windscheid (1856) 1906

B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt: Literarische Anstalt Rütten & Loening (1856) 1906.

Windschitl & O'Rourke 2015

P.D. Windschitl & J.L. O'Rourke, 'Optimism Biases: Types and Causes', in: G. Keren & G. Wu (red.), *The Wiley Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making*, Chichester: Wiley-Blackwell 2015, p. 431-455.

Witteveen 1997

W. Witteveen, 'De nuttige fictie van het algemene belang', *Feit & fictie. Tijdschrift voor de geschiedenis van de representatie* 1997, afl. 2, p. 15-34.

Wood 2014

W.A. Wood, 'Coercion, Manipulation, Exploitation', in: C. Coons & M. Weber (red.), *Manipulation: Theory and Practice*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 17-50.

WRR 2014

WRR, *Met kennis van gedrag beleid maken*, Den Haag: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2014.

WRR 2017

WRR, *Weten is nog geen doen*, Den Haag: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2017.

Wulf 2021

C. Wulf, 'Rondom het nieuws. Symposiumverslag "Nudging in de financiële sector" bij de Vereniging voor Financieel Recht (VvFR)', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2021, p. 142-145.

Yeung 2012

K. Yeung, 'Nudge as Fudge', *The Modern Law Review* 2012, afl. 1, p. 122-148.

Zamir & Teichman (red.) 2014

E. Zamir & D. Teichman (red.), *Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford: Oxford University Press 2014.

Zamir & Teichman 2018

E. Zamir & D. Teichman, *Behavioral Law and Economics*, New York: Oxford University Press 2018.

Zanna & Fazio 1982

M.P. Zanna & R. Fazio, 'The Attitude Behavior Relation: Moving toward a Third Generation of Research', in: C.P. Herman, E.T. Higgins & M.P. Zanna (red.), *Consistency in Social Behavior: The Ontario Symposium. Volume 2*, Mahwah: Lawrence Erlbaum Associates 1982, p. 283-301.

Van Zeven, Belinfante & Van Ewijk (red.) 1961

C.J. van Zeven, W.G. Belinfante & O.W. van Ewijk (red.), *Parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Boek 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 1961.

Zijlstra, De Bresser & Knoef 2020

W. Zijlstra, J. de Bresser & M. Knoef, *Keuzes tijdens de pensioenopbouw: de effecten van nudging met volgorde en standaardopties*, Tilburg: Netspar 2020.

JURISPRUDENTIE

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 2 juli 2013, ECLI:NL:XX:2013:357, NJ 2014/425, m.nt. Huydecoper (*Nobel e.a./Nederland*)

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EG 15 juli 1964, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/Enel*)

HvJ EG 12 december 1974, ECLI:EU:C:1974:130, NJ 1975/148 (*Walrave*)

HvJ EG 8 april 1976, ECLI:EU:C:1976:56, NJ 1976/510 (*Defrenna II*)

HvJ EG 20 februari 1979, ECLI:EU:C:1979:42, NJ 1982/120, m.nt. Wichers Hoeth (*Cassis de Dijon*)

HvJ EG 6 juli 1995, ECLI:EU:C:1995:224, NJ 1996/228 (*Mars*)

HvJ EG 16 juli 1998, ECLI:EU:C:1998:369, NJ 2000/374, m.nt. Verkade (*Gut Springenheide*)

HvJ EG 9 februari 1999, ECLI:EU:C:1999:64 (*Van der Laan*)

HvJ EG 4 april 2000, ECLI:EU:C:2000:184 (*Adolf Darbo*)

HvJ EG 27 juni 2000, ECLI:EU:C:2000:346, NJ 2000/730 (*Océano*)

HvJ EU 26 april 2012, ECLI:EU:C:2012:242 (*Invitel*)

HvJ EU 14 maart 2013, ECLI:EU:C:2013:164, NJ 2013/374, m.nt. Mok (*Aziz*)

HvJ EU 21 maart 2013, ECLI:EU:C:2013:180 (*RWE*)

HvJ EU 30 april 2014, ECLI:EU:C:2014:282 (*Kásler*)

HvJ EU 4 juni 2015, ECLI:EU:C:2015:361, IER 2015/53, m.nt. Hoogenraad en Duivenvoorde (*Teekanne*)

HvJ EU 26 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:800 (*Canal Digital*)

HvJ EU 25 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:37, NJ 2018/139 (*Schrems*)

Hoge Raad

HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, NJ 1958/67, m.nt. Rutten (*Baris/Riezenkamp*)

HR 21 januari 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4621, NJ 1966/183, m.nt. Scholten (*Booy/Wisman*)

HR 1 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7632, NJ 1990/759, m.nt. Brunner (*Van Landschot/Brink*)

- HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, NJ 1998/192, m.nt. Van Zeben (*Rabobank/ Everaars*)
- HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, NJ 1999/285, m.nt. Kleijn (*Mees Pierson/ Ten Bos*)
- HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686, NJ 1998/660, m.nt. Van Zeben (*Van der Klundert/Rabobank*)
- HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, NJ 2005/103, m.nt. Du Perron (*Van Zuylen/ Rabobank*)
- HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224, NJ 2005/105, m.nt. Brunner (*Jetblast*)
- HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, NJ 2006/289, m.nt. Mok (*Safe Haven*)
- HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, NJ 2012/183, m.nt. Vranken (*Levob/Bolle*)
- HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182, m.nt. Vranken (*De Treek/ Dexia*)
- HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, NJ 2012/184, m.nt. Vranken (*Aegon/GeSP*)
- HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011/251, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*)
- HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914, NJ 2012/95 (*Rabobank Vaart & Vecht/X*)
- HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497, m.nt. Hijma (*Van de Steeg c.s./Rabobank*)
- HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, NJ 2015/477, m.nt. Hijma (*Lindorff/Statia*)
- HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3606, NJ 2016/29 (*Nooij/ING*)
- HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:543, NJ 2016/190
- HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, NJ 2017/363, m.nt. Tjong Tjin Tai (*SNS/Stichting Gedupeerden Overwaardeconstructie*)
- HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298, NJ 2019/185, m.nt. Tjong Tjin Tai
- HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, NJ 2020/257, m.nt. Hijma
- HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1499, NJ 2020/258, m.nt. Hijma
- HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1500, NJ 2020/259, m.nt. Hijma
- HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, NJ 2022/89, m.nt. Pavillon
- HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:166, JA 2022/115, m.nt. Wallinga (*Vereniging Woekerpolis.nl/Nationale Nederlanden*)

College van Beroep voor het bedrijfsleven

- CbB 23 januari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:16, JOR 2015/143 (*AFM/Quarz*)

Gerechtshoven

Hof Amsterdam 25 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ7033, NJ 2007/427

Hof 's-Hertogenbosch 15 juli 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2143

Hof 's-Hertogenbosch 26 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1650

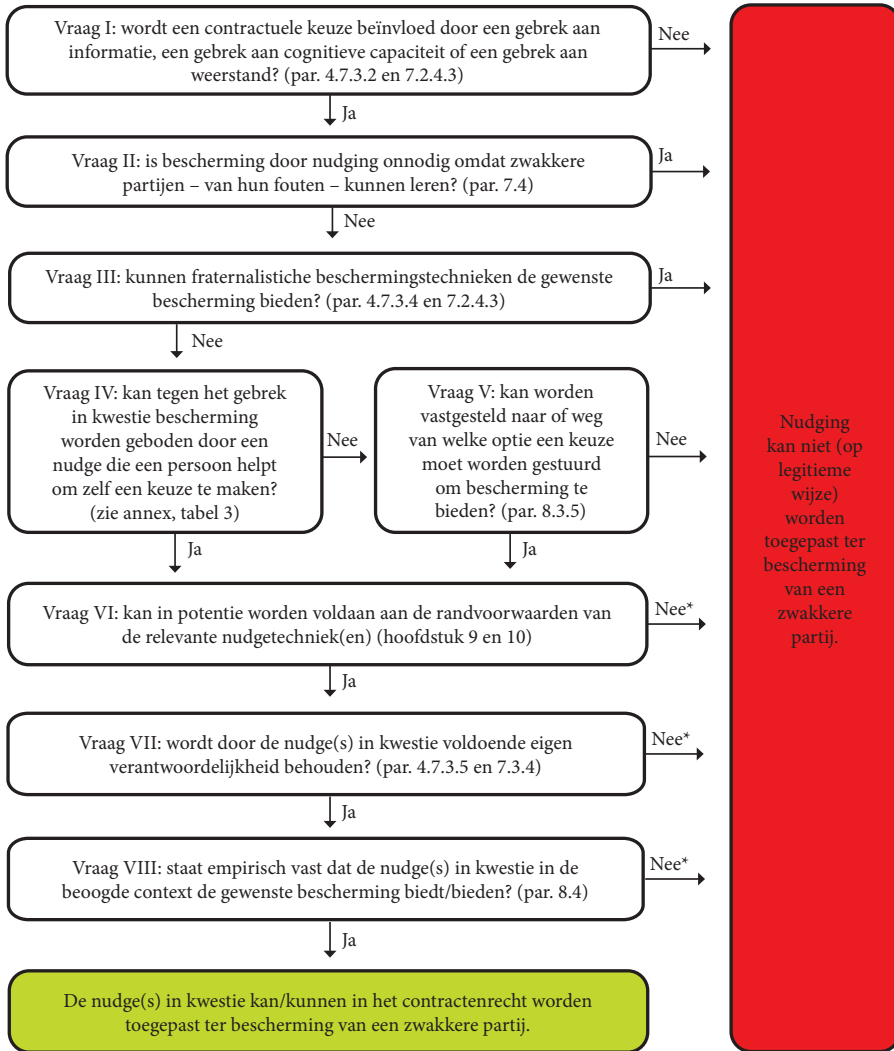
Hof Amsterdam 28 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4946, JOR 2018/72, m.nt. Strijbos

Rechtbanken

Rb. Maastricht 28 februari 2007, ECLI:NL:RBMAA:2007:AZ9740

Rb. Zeeland-West-Brabant 7 oktober 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:6967

ANNEX: STROOMSCHEMA



* Als vraag V is overgeslagen moet die alsnog worden beantwoord.

Tabel 3 Invloeden waartegen nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken in potentie bescherming kunnen bieden

Invloed op een keuze	Potentiële nudge
<i>Confirmation bias</i>	<i>Consider-the-opposite strategy</i> (par. 9.6.2)
Een <i>bias</i> in het algemeen	<i>Debiasing</i> -nudge (par. 9.8)
<i>Framing-effect</i>	<i>Consider-the-opposite strategy</i> (par. 9.6.2)
Gebrek aan weerstand tegen een <i>evil</i> -nudge	<i>Counter</i> -nudge (par. 9.8)
Gebrek aan zelfcontrole	Zelfnudge (par. 9.7)
<i>Inertia</i>	Herinnering (par. 9.4); actief vragen om een keuze (par. 9.5)
Moeite met eigen wensen in kaart brengen	Keuzehulpmiddel (par. 9.6.3)
Moeite met informatie begrijpen en/of gebruiken	Gebruiks-informatie (par. 9.3.3)
Moeite met informatie herinneren	Herinnering (par. 9.4)
Moeite met informatie lezen	Meta-informatie (par. 9.3.2)
Moeite met informatie lezen, begrijpen en/of gebruiken	Informatie vertalen (par. 9.2)
Moeite met informatie op het juiste moment gebruiken	Herinnering (par. 9.4)
Onoplettendheid	Actief vragen om een keuze (par. 9.5)
<i>Overconfidence</i>	<i>Consider-the-opposite strategy</i> (par. 9.6.2)
Overmatig optimisme	Gebruiks-informatie (par. 9.3.3); <i>consider-the-opposite strategy</i> (par. 9.6.2)
<i>Present bias</i>	Gebruiks-informatie (par. 9.3.3)

TREFWOORDENREGISTER

A

Aansprakelijkheid 68
Aanvullend recht 176
Active choosing 172, 194
Active consent 195
Add-on verzekering 265
Adhesiecontract 70
Adviesplicht 73, 227, 235
Affect-heuristiek 113
Afnemend grensnut van geld 266, 269
Ambtshalve toetsing 68
Ancillary decision factors 174
Ankereffect 120, 197, 212
Ankernudge 241, 276
Aquino, Van 34
Aristoteles 33
Autonomie 24, 45, 146, 152
– drempelconcept 47, 52
– ideaalconcept 47, 48
– inhoudelijke voorwaarden 49
– kloof 7
– moreel 46
– perimeters of 175, 179
– persoonlijk 46
– politiek 46
– procedurele voorwaarden 49

B

Bagchi 35, 40
Bandwagon-effect 207
Bedenktijd 75, 116, 122
Bedreiging 50
Beginsel 21
– van contractsvrijheid 50, 227

– van maatschappelijke rechtvaardigheid 54
– van private autonomie 44
Behavioral market failure 118
Beleggingsadvies 227
Benson 33
Bepaalde zelfcontrole 114
Berlin 51
Bescherming 16
– beschermingstechniek 73
– categorisch 57, 143, 151, 171
– contextueel 69, 180
– gepersonaliseerd 125
– indirect 196, 206
– zwakkere partijen 56
Beschikbaarheidsheuristiek 109
Bewijsvermoeden 76
Bezitseffect 110
Bezwaarde verwant 247
Bias 108, 111
Bijzondere zorgplicht van financiële instellingen 88, 95, 221, 225
Boost 135
Boosting 135
Borgtocht 245

C

Causa 28, 34
Center-stage-effect 113, 213
Center-stage-nudge 166
Choice overload 113
Claimratio 266
Colportage 75
Compensatie 69

Complex financieel product 223
Compromise-effect 113, 213
Confirmation bias 197
Consider-the-opposite strategy 138, 197,
239, 260
Consistente kiezer 173
Consument 83
Consumentisme 83
Contractsgebied 27
Contractsvrijheid 50, 97
– formele 50
– materiële 50, 73, 167
Contracttheorie 22
Contractuele gebondenheid 22, 30
Contra proferentem-regel 69

D

Dagan 27, 37, 40
Dark pattern 119
Decoy-effect 113, 214
Default 203
Diocletianus 39
Disposition-effect 232
Doenvermogen 114
Draft Common Frame of Reference 35
Dual Process Theory 108
Dwaling 50, 228, 249
Dwingend recht 45, 67
– driekwart 67
– eenzijdig 67
– meezijdig 67
– relatief 67
– semi 67
– volledig 67

E

Educatie 157
Effectenleaseproduct 223
Efficiëntie 42

Eigen schuld 228
Eigen verantwoordelijkheid 57, 98, 156,
229, 242, 262, 276
Elaborate strategy 197
Endogenous preferences 169
Europees recht 64
Europese interne markt 64, 84, 100
Evil nudge 134, 200
Execution only-dienstverlening 226
Expected utility hypothesis 106, 110, 269
Experienced utility 171

F

Fast and frugal tree 198
Financieel toezichtrecht 65, 222, 230, 267
Financiële educatie 157, 273
Financiële geletterdheid 157, 232, 236
Financiële prikkel 133
Framing-effect 112, 197, 210
Framing-nudge 210, 240, 262, 276
Fraternalistische beschermingstechniek
73, 121, 124
Fried 25

G

Gebod 78, 130
Gebrek aan cognitieve capaciteit 71, 115,
119
Gebrek aan informatie 49, 71, 115
Gebrek aan inzicht 232
Gebrek aan onderhandelingspositie 50,
70, 115
Gebrek aan weerstand 50, 72, 115, 117
Gebruiksinformatie 138, 191, 260, 275
Gedragswetenschappelijke inzichten 72,
106
Gedwongen wilsbepaling 194
Gedwongen winkelnering 37, 102
Gemeenschap 27, 31, 38

Gemiddelde consument 85, 115, 117
 Gestandaardiseerd beleggingsproduct 226
 Gestandaardiseerd informatiedocument
 74
 Gigerenzer 111, 156
 Goedschrift 249, 254
 Gordley 34

H

Handelaar 84
 Harmonisatie
 – maximum 84
 – negatief 65
 – positief 64
 Hegel 51
 Heller 27
 Herd behavior 207, 232
 Herinnering 138, 192
 Hesselink 35, 40
 Heuristieken 108
 Hobbes 51
 Hoedanigheid 57, 70, 80
 Huurder van woonruimte 81
 Hyperbolic discounting 114, 139, 215,
 241

I

Implementatie-intentie 199
 Inconsistente kiezer 165, 173
 Inertia 114, 193, 195, 205
 Inertia selling 206
 Informatieparadigma 116, 189
 Informatieplicht 57, 73, 116, 122, 255
 Informatie vertalen 138, 186, 259
 – inkorten 186
 – versimpelen 187
 Information overload 112, 120, 138, 185
 Informed consent 92
 Intertemporal preference 215

Iustum pretium-leer 39, 42

J

Justinianus 39, 45

K

Kahneman 108
 Kant 46
 Ken-uw-cliënt-beginsel 227, 230
 Keuzearchitectuur 132
 Keuzehulpmiddel 138, 196
 Keuzevrijheid 130, 164
 Koppelverkoop 268
 Kronman 34, 40

L

Laesio enormis 40
 Lessius 34
 Liberaal perfectionisme 59
 Liberalisme 59, 170
 Libertarian Paternalism 136
 Libertarisme 26, 37
 Lichtvaardigheid 231
 Loss aversion 110, 204, 232, 270

M

Maatmens 58, 85
 Macht 158
 Macneil 32
 Maine 55
 Mandated-choice model 196
 Manipulatie 146, 148
 Marginverplichting 59, 180
 Markovits 32
 Marktfalen 31, 38
 – informatieasymmetrie 31, 115
 – onvolledige mededinging 31, 70, 115
 Marktwerking 58
 Marx 51
 Meerderheidsbenadering 177

Meijers 47
Menselijke waardigheid 152, 153
Mental accounting 113, 269
Meta-analyse 10
Meta-informatie 190
Mill 46, 59
Misbruik van omstandigheden 50

N

Nadere specificering van een contractuele plicht 78
Negentiende-eeuwse wilstheorie 24, 37
Neoklassieke economie 105
Nieuwenhuis 28, 37, 41, 47, 52, 155, 222
Nozick 26
Nudge 130
Nudge unit 131
Nudging 130, 133
– counter 200
– debiasing 200
– negatieve toepassing 9
– nudge-congruent 165
– nudge-incongruent 165
– positieve toepassing 9
Nut 27, 41

O

Onderzoeksplicht 227
Onerlijke handelspraktijk 85, 118
Onthulde eigen wens 169
Opt-out 203
Overconfidence 197
Overmatig optimisme 192, 197, 239, 253, 256

P

Pareto-verbetering 30, 35, 38
Particuliere borg 89
Particuliere pandbelener 94

Particuliere verzekeringnemer 93
Paternalisme 59
– asymmetrisch 130
– gemengd 59
– gericht op doelen 60, 142
– gericht op middelen 60, 141
– hard 59
– zacht 59
Paternalistische beschermingstechniek 73, 124, 177
Patiënt 92
Perfectionisme 58, 141, 142, 170, 178
Persoon 47, 56, 155
Pluralistische contracttheorieën 23
Present bias 192, 253, 256
Primacy-effect 213
Privaatrecht 45
– nationaal 63
Problematische schuld 8
Prospect Theory 110
Proximity-effect 113, 214
Publiekrecht 45, 65

R

Randvoorwaarde 182, 283
Rationaliteit
– begrensde 107
– ecologische 107, 147
– economische 57, 105, 111, 115
Rationele-keuzetheorie 106
Rationele overtuiging 134, 149
Raz 27, 37
Recht 77
Rechtseconomische contracttheorie 29, 38
Rechtshandeling 47
– nietig 67
– vernietigbaar 67
Rechtzekerheid 28

- Rechtvaardigheid 28, 39
 – corrigerende 33
 – sociale 33
 – verdelende 33
 Recognition-heuristiek 111
 Referentieniveau-heuristiek 109
 Regret aversion 270
 Reiziger 90
 Representativiteitsheuristiek 109
 Revealed preference 169
 Risicoaversie 269
 Rousseau 46, 51
- S**
- Satisficing 107
 Savigny, Von 24
 Scaling 182
 Scholten 101
 Schriftelijkheidsvereiste 75, 116, 122, 254
 Simon 107, 111
 Sludge 134
 Sociale druk 256
 Sociale norm-nudge 139, 207, 240, 261
 – empirische verwachting 207
 – normatieve verwachting 207
 Solidariteit 99
 Standaardoptie 72, 138, 203, 261, 275
 – harde 204
 – zachte 204
 Status quo bias 110
 Sturende nudge 138
 Sunset clause 176
 Sunstein 129
 Systeem 1 108, 111, 147
 Systeem 2 108, 111, 147
 Systematic review 10
- T**
- Taalhandeling 28
- Thaler 129
 Toepassingsvoorwaarde 97, 280
 Transactiekosten 30
 Transparantie 159
 Transparantievereiste 74, 119, 188
 Turbo 224
 Tversky 108
- U**
- Ulpianus 45
 Unconscionability 25, 33
- V**
- Verbod 76, 77, 130
 Vergewisplicht 227, 233
 Vermogensbeheer 227
 Vormvoorschrift 75
 Vrijheid 28
 – contractsvrijheid 37
 – negatieve 51
 – positieve 51
- W**
- Waarde 21
 Waardepluralisme 40
 Waarschuwingsplicht 74, 116, 227, 228, 233
 Weigeringsplicht 77, 227
 Werknemer 80
 Wilsovereenstemming 36
 Windscheid 25
- Z**
- Zeggingskracht van het recht 153
 Zelfnudging
 – in enge zin 199
 – in ruime zin 199
 Zelfontplooiing 29, 37, 44
 Zelfrespect 153, 154
 Zwakkere partij 16, 79

– particulier 11

CURRICULUM VITAE

In 2015 behaalde Tom Bouwman (1991) zowel de bachelor Wijsbegeerte als *cum laude* de bachelor Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Utrecht. Aan diezelfde universiteit rondde hij in 2017 *cum laude* de Legal Research Master af. Voor zijn masterscriptie getiteld ‘Van psychologisch inzicht naar verbintenisrechtelijke norm. Een onderzoek naar de voorwaarden voor het gebruik van psychologische inzichten bij verbintenisrechtelijke normstelling’ ontving hij in 2019 de G.J. Wiarda LRM-prijs. Tijdens zijn studie is Tom student-assistent geweest bij onder meer het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law*. Voordat hij in september 2018 bij diezelfde onderzoeksgroep als promovendus begon, was hij vanaf november 2017 werkzaam als junior docent bij het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht.