

Mr. dr. J.J.A. Braspenning* en mr. dr. P.W.J. Verbruggen**

Gedragwetenschappelijke inzichten in het consumentenrecht

1. Inleiding

Onderzoek door gedragwetenschappers heeft de laatste twee decennia tot vernieuwende inzichten geleid in het doorgronden van gedrag van bedrijven en consumenten. Studies door onder meer criminologen, economen, neurologen, politicologen, psychologen en taalwetenschappers tonen aan dat bedrijven en consumenten keuzes maken die niet te verklaren zijn binnen traditionele economische modellen, gestoeld op paradigma's van 'autonomie' en 'complete informatie'. Vanwege deze studies zijn 'bounded rationality', 'bias' en 'heuristics' belangrijke concepten geworden om de keuzes die bedrijven en consumenten maken in competitieve markten beter te begrijpen en te voorspellen. De recente toekenning van de Nobelprijs voor de economie aan Richard Thaler bevestigt dit beeld.

Gedragwetenschappelijke inzichten lijken daarmee zeer relevant voor een effectieve vormgeving, implementatie en handhaving van het consumentenrecht. De vraag is echter of en hoe zij een plaats hebben in ons huidige consumentenrecht. In hoeverre maakt de (Europese) wetgever gebruik van inzichten uit gedragwetenschappen bij het opstellen van nieuwe regulering op het terrein van het consumentenrecht? Maken rechters of toezichthouders zoals de Autoriteit Consument en Markt (ACM) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) er (voldoende) gebruik van in hun beoordeling van het marktgedrag van gereguleerde bedrijven? Zou dat gebruik, gelet op de meerwaarde (of juist de tekortkomingen) van deze analyses, anders moeten?

De bijdragen in dit themanummer van *TvC* behandelen deze en aanpalende vragen met als doel een goed en up-to-date beeld te schetsen van de invloed van gedragwetenschappelijke inzichten op het huidige consumentenrecht. Experts op uiteenlopende delen van het consumentenrecht, van oneerlijke bedingen tot oneerlijke handelspraktijken en van financiële standaardproducten tot online contracteren, geven inzicht in het gebruik en de invloed van gedragwetenschappen in het consumentenrecht. Ook meer horizontale thema's, zoals het gebruik van gedragsinzichten in het wetgevingsproces en in beleid en toezicht, komen aan de orde. Ten slotte blijft uiteraard de invloed van de Europese Unie (EU) bij de behandeling van deze onderwerpen niet buiten beschouwing.

2. Gedragsinzichten en hun rol in consumentenwetgeving en -beleid

Een eerste vraag die opkomt bij analysering van de invloed van gedragsinzichten op het huidige consumentenrecht is wat precies met deze inzichten bedoeld wordt. Eng gedefinieerd betreffen deze inzichten kennis uit de sociale wetenschappen, zoals de economie en psychologie, over het gedrag van mensen en instellingen. Een bredere definitie omvat tevens inzichten die niet direct betrekking hebben op de keuzes die mensen maken, maar die daar wel sterk mee in verband staan. Te denken valt daarbij aan inzichten uit de neurologie of taal- en communicatiewetenschappen over de wijze waarop mensen geschreven tekst verwerken. Ook kennis ontleend aan ergonomie, neurologie of veiligheidswetenschappen kan het consumentenrecht informeren, bijvoorbeeld door inzichtelijk te maken hoe mensen effectief gewaarschuwd kunnen worden voor een risicovolle situatie. Hierna gaan we verder in op beide definities.

2.1. *Bounded rationality*

De enge definitie van gedragsinzichten heeft voornamelijk de grootste impact gehad op het consumentenrecht. De essentie van de thans toegepaste kennis over het gedrag van mensen is te herleiden tot een paradigmaverschuiving die de laatste decennia in de economie plaatsgevonden heeft.¹ Lange tijd was het beeld van een rationeel handelende consument onbetwist in het consumentenrecht. Door middel van informatieplichten werd de consument geacht tot verstandig consumentengedrag te komen. Het beeld van de *homo economicus* uit de neoklassieke economie speelde daarbij een prominente rol.² Deze calculerende modelmens kiest, zo luidt de theorie, op rationele wijze de producten en diensten die zijn behoeften maximaal tegemoetkomen. Zijn voorkeuren zijn stabiel en hij gaat rationeel met de hem beschikbare informatie om.³ De Europese 'gemiddelde consument' uit het *Gut Springenheide*-arrest van het Hof van Justitie van de

* Advocaat bij Linssen cs Advocaten in Tilburg en scheidend redactiesecretaris van dit tijdschrift

** Universitair docent aan de Universiteit van Tilburg en tevens redacteur van dit tijdschrift

1. Zie W.F. van Raaij, 'Credit Behavior and Debt Problems', in: *Understanding Consumer Financial Behavior: Money Management in an Age of Financial Illiteracy*, New York: Palgrave Macmillan US 2016, p. 1-2.
2. E. van Dijk & M. Zeelenberg, 'De (ir)rationaliteit van de beslisser', in: W. Tiemeijer & C.A. Thomas (red.), *De menselijke beslisser: over de psychologie van keuze en gedrag*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2009, p. 25.
3. J.J.A. Braspenning & V. Mak, 'Nieuwe regels voor hypothecaire kredietverstrekking aan consumenten: over leren en bezweren', *TvC* 2015, afl. 2, p. 75-76; G. Loewenstein, C.R. Sunstein & R. Golman, 'Disclosure: Psychology Changes Everything', *Annual Review of Economics* 2014, afl. 6, p. 13-14.

Europese Unie (EU) vertoont sterke raakvlakken met de *homo economicus*.⁴

Door het baanbrekende onderzoek van onder meer Amos Tversky en Daniel Kahneman in de jaren zeventig en tachtig naar de invloed van het onderbewuste in de vorm van *heuristics* en *biases*, is het beeld van de mens als rationele beslisser onder druk komen te staan.⁵ Tversky en Kahneman toonden namelijk aan dat de mens allesbehalve rationeel is als het gaat om het bepalen van voorkeuren en economische transacties. Voorts bleek dat mensen op een enigszins systematische wijze afwijken van het rationele keuzemodel. Zo zijn hun voorkeuren niet stabiel en gaan zij niet rationeel met informatie om. In de economie viel vervolgens een voorzichtige paradigmaverschuiving van *full rationality* naar *bounded rationality* te ontwaren.⁶ Dit beeld vond ook zijn weg naar het recht, met name via de stroming van de rechtseconomie en rechtspsychologie.⁷

2.2. Nudging

De idee van *bounded rationality* heeft in de laatste twee decennia aan relevantie gewonnen in de wereld van bestuur en beleid, ook op het terrein van het consumentenrecht.⁸ Een specifieke en zeer invloedrijke toepassing daarvan is het concept van ‘nudging’, zoals geïntroduceerd door Richard Thaler en Cass Sunstein in hun paper ‘Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron’.⁹ Het centrale idee van nudging is dat de overheid er onder omstandigheden goed aan doet om haar burgers (en dus ook consumenten) af en toe een duwtje te geven in de goede richting. Zo’n duwtje (‘nudge’) is nodig omdat burgers niet altijd goed weten wat goed voor hen is. Onwetendheid, kortetermijndenken, zelfoverschatting en vooronderstellingen staan daar namelijk aan in de weg. Op basis van het werk van onder meer bovengenoemde Tversky en Kahneman stellen Thaler en Sunstein daarom dat het wenselijk is dat de overheid de keuzemogelijkheden van burgers inregelt en ze als zodanig ‘nuden’ in de

vermeend goede richting. *Bounded rationality* wordt zo *bounded freedom*.

Nudging gaat in de kern dus om het bewaken, maar tegelijkertijd stileren en dus beïnvloeden van keuzemogelijkheden van consumenten. Die beïnvloeding moet verlopen via een bepaalde keuze-architectuur. Een effectieve strategie daarbij is, zo stellen Thaler en Sunstein, het gebruik van default-opties: een bepaalde antwoordoptie die overeenstemt met het voor de betrokkenen gewoonlijk meest gunstige scenario is al aangevinkt. Het staat de consumenten dan nog steeds vrij om een andere mogelijkheid dan de *default* te kiezen. Zo wordt de autonomie van de burger niet wezenlijk beperkt, maar met zachte hand gestuurd, aldus Thaler en Sunstein. Zo leunt het effect van default-opties sterk op de menselijke neiging om verandering te vermijden, de zogenaamde *status-quo-bias*.

In 2008 verscheen het boek *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness* waarmee het grote publiek bekend raakte met de ideeën van Thaler en Sunstein.¹⁰ Het slim vormgeven van keuzes voor de burger ter bevordering van beleidsdoelinden, zonder dat de burger inboet aan autonomie, vindt gewillig weerklank binnen de muren van vele ministeries en departementen.¹¹ In het Verenigd Koninkrijk werd een ‘Nudge Unit’ opgeleid binnen het Cabinet Office van voormalig premier David Cameron¹² en in Duitsland adviseerde de expertraad voor consumentenvraagstukken van het Bondsministerie van Justitie recentelijk dat het beleid op het terrein van het consumentenrecht ‘evidenzbasierte Verbraucher-Rechts-Politik’ moet zijn.¹³ In Nederland verscheen

4. In HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96, ECLI:EU:C:1998:369 wordt de consument omschreven als ‘de gemiddeld geïnformeerde, omzichtigte en oplettende gewone consument’. Zie uitgebreid: M.Y. Schaub, ‘Wie is de consument?’, *TvC* 2017, afl. 1, p. 30-40.
5. Zie bijvoorbeeld A. Tversky & D. Kahneman, ‘The framing of decisions and the psychology of choice’, *Science* 1981, p. 453-458.
6. Overigens kwam Herbert Simon al in de jaren vijftig met het idee van *bounded rationality*, H.A. Simon, ‘A behavioral model of rational choice’, *The Quarterly Journal of Economics* 1955, p. 99-118.
7. Zie voor een van de eerste grote bijdragen op dit gebied C. Jolls, C.R. Sunstein & R. Thaler, ‘A behavioral approach to law and economics’, *Stanford Law Review* 1998, p. 1471-1550.
8. Van Dijk en Zeelenberg 2009; Rapport WRR, *Hoe mensen keuzes maken. De psychologie van het beslissen*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011; W. Tiemeijer, C.A. Thomas & H. Prast, *De menselijke beslisser: over de psychologie van keuze en gedrag*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2009. Het zou onjuist zijn om te suggereren dat het consumentenrecht al die tijd wars is geweest van inzichten uit de gedragwetenschappen. Zo beoogde de Europese Colportagerichtlijn uit 1985 consumenten reeds te beschermen tegen impulsaankopen die tot stand kwamen onder de druk die huis-aan-huis-verkopen gewoonlijk voor consumenten met zich brengen. De bedenktijd van acht (en later veertien) dagen was een mechanisme om consumenten te beschermen tegen onder meer irrationeel koopgedrag vanwege het zich overvallen voelen door de verkoper. Zie considerans Richtlijn 85/577/EEG. In deze zin is *bounded rationality* (en een beleidstoepassing daarvan) niet nieuw. Zie voor een omvangrijk overzicht van beleidsinitiatieven van nationale regeringen in Azië, Europa en Noord-Amerika en internationale organisaties zoals de EU, de OESO en de Wereldbank: Ch. Thorun e.a., *Nudge-Ansätze beim nachhaltigen Konsum: Ermittlung und Entwicklung von Maßnahmen zum ‘Anstoßen’ nachhaltiger Konsummuster*, Berlijn: Institut für Verbraucherpolitik 2016, p. 52, te raadplegen via: www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten_BMU/Pool/Forschungsdatenbank/fkz_3714_93_303_nudge-ansatze_konsum_bf.pdf, laatst geraadpleegd op 20 oktober 2017.
9. C.R. Sunstein & R.H. Thaler, ‘Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron’, *The University of Chicago Law Review* 2003, 70-4, p. 1159-1202.
10. R. Thaler & C. Sunstein, *Nudge*, New Haven: Yale University Press 2008.
11. Thorun e.a. 2016, p. 36-43. Zie specifiek voor de EU: blogs.ec.europa.eu/eupolicylab/portfolios/biap-country_overviews/, laatst geraadpleegd op 20 oktober 2017.
12. De Nudge Unit is ook wel bekend onder de naam ‘Behavioral Insights Team’. Zie www.behaviouralinsights.co.uk/, laatst geraadpleegd op 20 oktober 2017.
13. *Verbraucherrecht 2.0, Verbraucher in der digitalen Welt* 2016, p. 6 en 53, www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/Gutachten_SVRV-.pdf, laatst geraadpleegd op 20 oktober 2017.

eveneens een aantal gewichtige rapporten van adviesorganisaties over het gebruik van nudging.¹⁴

Ook op het niveau van de EU is een introductie van nudging en andere gedragswetenschappelijke inzichten waarneembaar, voornamelijk op het gebied van consumenten- en gezondheidsrecht.¹⁵ Sinds 2008 heeft de Europese Commissie, zo stelt zij zelf, actief gebruikgemaakt van gedragsinzichten bij het vormgeven en implementeren van beleid en wetgeving. Een bekende toepassing van deze kennis betreft artikel 22 Richtlijn Consumentenrechten (Richtlijn 2011/83/EU).¹⁶ Op basis van dit artikel kan de consument niet langer door middel van reeds aangevinkte vakjes gebonden worden aan aanvullende diensten bij onlinebestellingen en -boekingen.¹⁷ De Europese wetgever laat zich op het terrein van financiële dienstverlening ook voorlichten door gedragsinzichten over de keuzes die consumenten maken op o.a. leengebied. In de Richtlijn hypothecair krediet bestaat thans een wettelijke verplichting voor lidstaten tot het verschaffen van financiële scholing.¹⁸ Recenter nog is in de nieuwe EU-agenda 'Better Regulation' van 2015 plaats ingeruimd voor gedragswetenschappen als pijler voor effectievere regelgeving¹⁹ en in 2016 werd de 'Foresight and Behavioural Insights Unit' ingesteld als onderdeel van het 'Joint Research Centre' van de Commissie om de banden tussen (academisch) onderzoek en beleidsvorming te versterken.²⁰

In de Verenigde Staten ten slotte, de thuisbasis van nudging zogezegd, werd de ondersteuning van nudgestrategieën door de federale overheid bekrachtigd doordat voormalig president Obama Cass Sunstein benoemde tot hoofd van het 'White House Office of Information and Regulatory Affairs', waarmee Sunstein de bijnaam van 'Regulation Czar' verwierf.²¹ Ongeacht de vraag of nudging de juiste beleidsstrategie is,²² beïnvloedt zij

vandaag de dag vele wetgevers en beleidsmakers op het terrein van het consumentenrecht.

2.3. Innovatie in informatievoorziening aan consumenten

De invloed van gedragswetenschappen, binnen haar enge definitie, op het consumentenrecht reikt verder dan het veelbesproken idee van nudging. Onderzoek dat niet direct onder de noemer van *bounded rationality* te scharen valt, noemen wij hier gedragswetenschappen in brede zin. Ook op het gebied van informatieverstrekking aan consumenten vinden de laatste jaren ontwikkelingen plaats. Een belangrijke stroming in die context is het werk van Oren Bar-Gill met betrekking tot 'product-use information'. Bar-Gill pleit voor een alternatieve kijk op het informeren van consumenten. Hij stelt dat consumenten niet alleen minder informatie hebben over de eigenschappen van een product of dienst, maar dat consumenten ook veelal geen goed beeld van hun eigen consumenten-gedrag hebben. Hij pleit daarom voor informatieplichten die niet alleen over een product informeren, maar ook over productgebruik.²³ Door consumenten op een andere manier te informeren kan ingespeeld worden op de beperkingen van de menselijke beslisser.²⁴ Uit recent Nederlands onderzoek blijkt dat dergelijke alternatieve infor-

14. WRR 2011; Rapport RMO, *De verleiding weerstaan. Grenzen aan beïnvloeding van gedrag door de overheid*, Den Haag: Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling 2014; Rapport AFM, *Consumentengedrag op de markt voor consumptief krediet. Impact van de keuzeomgeving op het beslisgedrag van consumenten*, Amsterdam: Autoriteit Financiële Markten 2016; J. Potters & H. Prast, 'Gedragseconomie in de praktijk', in: W. Tiemeijer e.a. (red.), *De menselijke beslisser. Over de psychologie van keuze en gedrag*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2009; J. Scherpenisse e.a., *Nudges onderscheiden. Over de inbedding van gedragspsychologie in overheidsbeleid* (Working paper), Nederlandse School voor Openbaar Bestuur 2014, te raadplegen via: www.nsob.nl/publicatie/2015-nudges-onderscheiden-over-de-inbedding-van-gedragspsychologie-in-overheidsbeleid-working-paper/, laatst geraadpleegd op 20 oktober 2017.
15. Zie voor een overzicht van de initiatieven de bijdragen in A.-L. Sibony & A. Alemano (red.), *Nudge and the Law. A European Perspective*, Oxford: Hart Publishing 2015, zie met name de bijdragen in deel III van de bundel.
16. Geïmplementeerd in artikel 6:230j BW.
17. Zie voor enkele andere toepassingen J.S. Lourenço e.a., *Behavioural Insights Applied to Policy. European Report 2016*, p. 15-17, te raadplegen via: publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC100146/kjna27726enn_new.pdf, laatst geraadpleegd op 20 oktober 2017.
18. Artikel 6 Richtlijn 2014/17/EU. In de praktijk is daar in Nederland overigens nog weinig van terechtgekomen. J.J.A. Braspenning, *Een gedragswetenschappelijk perspectief op de consumentenkredietovereenkomst*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, p. 195.
19. De zogenaamde 'Better Regulation Toolbox' van de Europese Commissie wijst onder meer expliciet op behavioural biases in de probleemanalyse bij wetgevingsprocessen (p. 90-92) en erkent dat de gedragsinzichten in combinatie met bepaalde beleidsinstrumenten tot betere regelgeving kunnen leiden (p. 118), te raadplegen via: ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/br_toolbox_en.pdf, laatst geraadpleegd op 20 oktober 2017.
20. Zie in het algemeen: ec.europa.eu/jrc/en/research/crosscutting-activities/behavioural-insights, laatst geraadpleegd op 20 oktober 2017.
21. Zie voor meer achtergrond today.law.harvard.edu/feature/mr-sunstein-went-to-washington/, laatst geraadpleegd op 20 oktober 2017.
22. Nudging is zeker niet vrij van kritiek (zie ook paragraaf 4 hierna). Vooral vanuit normatief perspectief worden kanttekeningen geplaatst vanwege de inherente beperking van de autonomie van consumenten, zie T.M. Wilkinson, 'Nudging and Manipulation', *Political Studies* 2013, p. 341-355. Bovendien is het de vraag of de overheid wel de kennis in pacht heeft om te bepalen wat 'goed' is voor de consument: ook overheden zijn niet vrij van kortetermijndenken, risico-onderschatting en vooronderstellingen. P. Westerman, 'Nudging en de paradox van autonomie', *AA* 2017, afl. 7/8, p. 582-590. Ten slotte geldt de kritiek dat nudging geen betekenisvol antwoord geeft op de vraag welke beleidsdoelinden de overheid legitiem kan nastreven: nudges zijn weliswaar snelle en attractieve oplossingen, maar geven zelden blijvende en fundamentele voldoening, aldus K. Yeung, 'Nudge as Fudge', *Modern Law Review* 2012, afl. 1, p. 122-148.
23. O. Bar-Gill, 'The Behavioral Economics of Consumer Contracts', *Minnesota Law Review* 2007, p. 749-802.
24. Bar-Gill 2007, p. 797-800; P. Ali, I. Ramsay & C. Read, 'Behavioural Law and Economics: Regulatory Reform of Consumer Credit and Consumer Financial Services', *Common Law World Review* 2014, p. 312.

matieplichten wel degelijk een effect kunnen hebben op het (leen)gedrag van financiële consumenten.²⁵

Ook in Europa ontstaat meer aandacht voor informatieverstrekking aan consumenten. In 2016 onderzochten Maartje Elshout e.a. in opdracht van de Europese Commissie in hoeverre online-informatieverstrekking aan consumenten verbeterd kan worden.²⁶ Zo onderzochten zij onder andere het effect van keurmerken op het leesgedrag van consumenten. Deze studie liet overigens wisselende resultaten zien voor wat betreft het effect van keurmerken als vorm van meta-informatie.

2.4. Leesgedrag, taalgebruik en waarschuwingen

We zien voorts dat inzichten uit bijvoorbeeld de communicatie- en taalwetenschappen tot belangrijke inzichten kunnen leiden voor het consumentenrecht. Zo verscheen in dit tijdschrift in 2015 een bijdrage van Willem van Boom e.a. over de invloed van tekstniveau in algemene verzekeringsvoorwaarden op verwachtingen en gedrag van consumenten.²⁷ Een andere interessante onderzoekslijn op het snijvlak van het consumentenrecht en taal- en communicatiewetenschappen is het werk van Florencia Marotta-Wurgler.²⁸ Zij verricht onder andere onderzoek naar de wijze waarop consumenten op het internet omgaan met de gebruiksvoorwaarden van websites, software en apps. Het blijkt dat consumenten in de regel maar bijzonder kort naar dergelijke informatie-uitingen kijken, waardoor serieus moet worden betwijfeld of consumenten überhaupt informatie verwerken (laat staan op een nuttige wijze) over rechten en plichten die via algemene voorwaarden worden geregeld. In het verlengde van dit onderzoek ligt de bijdrage van Brigitta Lurger in dit themanummer. In haar bijdrage geeft ze inzicht in een door haar verrichte empirische studie naar het keuzegedrag van consumenten bij het online afsluiten van mobielelefoniecontracten. Een van de uitkomsten van deze studie is dat slechts een kleine meerderheid (57%) van de respondenten een optimale keuze maakte gelet op hun gebruikersbehoeften.

Ook binnen de context van onderzoek naar de werking van waarschuwingen komen inzichten over het gedrag van consumenten terug. Zo gebruikte Sanne Pape in haar dissertatie over productaansprakelijkheid inzichten uit onder andere de ergonomie om meer inzicht in de werking van waarschuwingen te krijgen.²⁹ Ook naar de werking van waarschuwingen binnen het financieel consumentenrecht wordt steeds vaker onderzoek verricht. De AFM onderzocht bijvoorbeeld recentelijk de werking

van de welbekende waarschuwing ‘geld lenen kost geld’ en varianten daarop.³⁰ Opvallend was dat de veelgebruikte kredietwaarschuwing in dit onderzoek weinig effect op het gedrag van consumenten bleek te hebben.

3. In dit themanummer

De vraag rijst of en hoe de inzichten uit de gedragswetenschappen anno 2017 het consumentenrecht bereiken. Dit themanummer bevat een zestal bijdragen die deze vraag beantwoorden. We zijn bijzonder verheugd dat experts uit binnen- en buitenland gehoor hebben gegeven aan onze ‘call for papers’ om op verscheidende deeltherreinen inzage te geven in de wijze waarop gedragsinzichten het consumentenrecht (kunnen) beïnvloeden.

Het nummer vangt aan met de Engelstalige bijdrage van Brigitta Lurger. Zij schetst een levendig beeld van de wijze waarop gedragsinzichten uit de psychologie wetgeving en beleid op het terrein van het consumentenrecht informeren. Deze schets vormt de opmaat voor een empirische studie die zij met collega’s organiseerde om na te gaan hoe consumenten beslissingen nemen in een gesimuleerde online-omgeving ten aanzien van het afsluiten van mobielelefoniecontracten. Deelnemers aan het experiment (n=363) werden gevraagd een mobielelefoniecontract te kiezen dat zoveel mogelijk aansluit op hun eigen gebruikersbehoeften. De keuzekwaliteit liet te wensen over; slechts 57% wist een optimale keuze te maken gebaseerd op persoonlijke voorkeuren. Lurger spreekt de verwachting uit dat dit percentage in werkelijkheid lager zal zijn omdat in de studie de beschikbare informatie versimpeld en verbeterd werd, waardoor deelnemers in theorie beter hun keuzes konden afstemmen op persoonlijke behoeften. Ook blijkt uit de studie dat deelnemers die niet uitputtend informatie proberen te verzamelen, maar juist op een gemiddeld niveau, vaker een optimale keuze maken. Een hoge bereidheid onder deelnemers om informatie te verzamelen over de te maken contractskeuze, resulteerde evenmin noodzakelijkerwijs in een betere keuze. Lurger bespreekt deze interessante resultaten vervolgens onder meer tegen de achtergrond van de notoire vraag of en in hoeverre zij in te passen zijn in consumentenwetgeving en -beleid.

De volgende drie bijdragen richten zich specifiek op het terrein van oneerlijke handelspraktijken. Elena Tzouli poneert in haar essay-bijdrage de stelling dat het moderne consumentenrecht de diversiteit aan verwachtingen, capa-

25. J.J.A. Braspenning, *Een gedragswetenschappelijk perspectief op de consumentenkredietovereenkomst*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, p. 333.

26. M. Elshout e.a., *Study on consumers' attitudes towards Terms and Conditions*, Brussel: Europese Commissie 2016 en zie ook het redactioneel van M.B.M. Loos in *TvC* 2016, afl. 6, p. 272 over deze studie.

27. W.H. van Boom, P.T.M. Desmet & M.R. van Dam, ‘Eenvoudige tekst, eenvoudige claim?’, *TvC* 2015, afl. 4, p. 199-206.

28. Zie bijvoorbeeld: F. Marotta-Wurgler, ‘Will Increased Disclosure Help? Evaluating the Recommendations of the ALI’s “Principles of the Law of Software Contracts”’, *The University of Chicago Law Review* 2011, p. 165-186 en Y. Bakos, F. Marotta-Wurgler & D.R. Trossen, ‘Does anyone read the fine print? Consumer attention to standard-form contracts’, *Journal of Legal Studies* 2014, afl. 1, p. 1-35.

29. S.B. Pape, ‘Waarschuwingen op producten zijn geen veiligheidswondermiddelen. De implicaties ervan voor productaansprakelijkheid’, *TvC* 2012, afl. 5, p. 214-221; S.B. Pape, *Warnings and product liability. Lessons learned from cognitive psychology and ergonomics*, Den Haag: Eleven International Publishing 2012.

30. AFM-rapport 2016b, *Let op! Geld lenen kost geld. Een onderzoek naar de effectiviteit van een waarschuwing in kredietreclames*, Amsterdam: Autoriteit Financiële Markten 2016. Zie voor een enigszins vergelijkbare studie over waarschuwingen bij beleggen A. Hüser, ‘The role of investors’ objective financial knowledge on the assessment of risk disclosures in mutual fund advertisements’, *Journal of Financial Services Marketing* 2015, afl. 1, p. 5-22.

citeiten en voorkeuren van verschillende soorten consumenten, zoals die blijken uit gedragsinzichten, mee moet wegen en niet enkel op basis van juridische dogma's hun verwachtingen moet definiëren. De vraag is in hoeverre de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken dat mogelijk maakt. In haar betoog ziet Tzoulia kansen voor differentiatie tussen verschillende soorten consumenten op basis van de richtlijn. Zo kunnen rechters bij de beoordeling van de vraag of een handelspraktijk misleidend of agressief is, rekening houden met behoeften van specifieke subgroepen van consumenten, kwetsbare consumenten en hun sociale, culturele en taalkundige verscheidenheid. Zelfs met emotionele, ideologische en ethische aspecten kan in theorie rekening worden gehouden. Rechters zouden deze ruimte moeten benutten, aldus Tzoulia, omdat de consument niet die anonieme figuur in het publieke domein is.

Pauline Verbiest verzorgt vervolgens een uitgebreide noot bij de zaak *Canal Digital* van het Hof van Justitie EU (HvJ EU). Verbiest laat zien dat ook de rechter kritisch tegenover het heersende paradigma van *full rationality* kan staan. In deze zaak, die speelt op het terrein van oneerlijke handelspraktijken, neemt het HvJ EU namelijk voorzichtig afstand van het sterk op de *homo economicus* gerichte beeld van de gemiddelde consument. Het Hof erkent dat informatie die verstrekt is in een commerciële boodschap niet zonder meer gezien en begrepen wordt door de gemiddelde consument. Ter discussie stonden namelijk de aanvullende kosten van een aanbieding voor een televisieabonnement, die slechts als kleine lettertjes in een reclame-uiting op televisie en op internet werden getoond. Het HvJ EU overweegt dat de nationale rechter bij de beoordeling of betrokken reclame-uitingen misleidende handelspraktijken zijn, uit moet gaan van de perceptie van de gemiddelde – dat wil zeggen redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende – consument, rekening houdend met de maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren. Meer specifiek moet hij nagaan of de informatie over de abonnementsprijs en eventueel aanvullende kosten 'op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze of tardief werd verstrekt, zodat de gemiddelde consument uit die informatie niet kon opmaken dat hij bij het nemen van een abonnement behalve de maandelijkse kosten nog andere kosten diende te betalen, en dus geen geïnformeerd besluit over de transactie kon nemen' (r.o. 57).

De bijdrage van Kai Purnhagen en Hanna Schebesta begint waar die van Verbiest eindigt. Purnhagen en Schebesta onderzoeken namelijk in hoeverre de Nederlandse rechter de mogelijkheden die het HvJ EU in zijn rechtspraak geeft om gedragsinzichten in het domein van oneerlijke handelspraktijken in te passen, in de praktijk te baat neemt. Een analyse van zeventien uitspraken van Nederlandse feitenrechters leert dat geen enkele rechter expliciet gedragsinzichten betreft in zijn oordeel of een handelspraktijk misleidend is of niet. Purnhagen en Schebesta onderscheiden verschillende wijzen waarop de

rechter het verschil tussen de uitlatingen van de handelaar en de perceptie van de consument presenteert, waardoor de ruimte voor het toepassen van gedragsinzichten doorgaans beperkt is. Ook institutionele factoren zoals de lijdelijkheid van de burgerlijke rechter, de beschikbare financiële middelen voor het doen van gedragsonderzoek ten behoeve van een vordering en de werkdruk van een rechter kunnen dit beeld verder verklaren. De auteurs eindigen niettemin met een positieve noot: op het terrein van oneerlijke handelspraktijken zien zij kans voor nationale rechters om in het geval van zeer regelmatig terugkerende biases ('robust biases') gebruik te maken van gedragsinzichten.

Het themanummer eindigt met twee bijdragen uit de praktijk. Peter Dijkstra en Annemieke Tuinstra beschrijven hoe de Autoriteit Consument en Markt (ACM) gedragswetenschappen gebruikt in haar rol als toezichhouder. Gedragsinzichten blijken anno 2017 in diverse aspecten van het toezicht van de ACM een rol te spelen. Op basis van gedragsinzichten worden bepaalde onwenselijke marktpraktijken ontdekt en ook bij het bepalen van het gebruik van handhavingsmaatregelen worden dergelijke inzichten aangewend. De ACM gebruikt bijvoorbeeld de sociale interactie tussen bedrijven in een bepaalde sector om overtreders te wijzen op concurrenten die wel volledig *compliant* zijn. In de toekomst denkt de ACM nog verder gebruik te kunnen maken van gedragsinzichten. Een belangrijk discussiepunt dat Dijkstra en Tuinstra daarbij opwerpen is de vraag wanneer het slim inspelen op kennis over consumentengedrag overgaat in het misbruiken van *bounded rationality*. Gedragsinzichten kunnen dan in concrete gevallen bepalen hoe open normen uit het consumentenrecht ingevuld moeten worden en wanneer handhaving vereist is.³¹

Ten slotte beschrijven Roland Uittenbogaard en Janneke Toussaint op interessante wijze een recent beleidstrajet dat het Ministerie van Financiën gevolgd heeft met betrekking tot een nieuwe vorm van regulering: financiële standaardproducten. In de financiële sector ontstond in 2013 het idee om standaardproducten te introduceren. Deze producten zouden de besluitvorming van consumenten positief kunnen beïnvloeden en de concurrentie tussen banken kunnen bevorderen. Het gaat hierbij niet om nudges en *defaults*, maar om financiële producten die qua producteigenschappen identiek zijn en waarbij slechts op prijs geconcurrereerd kan worden door aanbieders. Uittenbogaard en Toussaint beschrijven de stappen die genomen zijn in dit beleidsdossier om te komen tot een oordeel over de vraag of standaardproducten als reguleringsinstrument zouden moeten worden ingezet. Een belangrijk onderdeel in die besluitvorming is het empirisch onderzoek naar de effecten van standaardproducten op consumentengedrag geweest, dat in 2016 werd uitgevoerd. Deze studie wordt besproken in de bijdrage. Het onderzoek vormde samen met een uitgebreide literatuurstudie naar de werking van standaardproducten de reden voor het ministerie om standaardproducten voorlopig

31. Zie daarover ook J. Luzak, 'Empirical Evidence in Consumer Law Cases: What are "Up To" Claims Up To?', *Amsterdam Law School Research Paper No. 2015-20*, te raadplegen via papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2616188, laatst geraadpleegd op 30 november 2017.

niet in te zetten als reguleringsinstrument in de financiële sector.

4. Een kritische noot

Ondanks de bijval die gedragwetenschappelijke inzichten recentelijk genieten in het domein van de wetgever, beleidsmaker en rechter, moet worden gesteld dat zij niet zaligmakend zijn.³² In het wetenschappelijk debat wordt er nogal eens kritiek geuit op de meerwaarde van gedragsinzichten. Deze kritiek, die ook weerklinkt in de bijdrage van Brigitta Lurger, kan grofweg in twee hoofdpunten worden verdeeld: een overkoepelende theorie ontbreekt en het empirisch onderzoek is veelal laboratoriumonderzoek.

Het eerste kritiekpunt hangt sterk samen met de ontwikkeling van gedragseconomische discipline. Waar lange tijd de ‘rationele keuze’-theorie een helder theoretisch kader bood om het gedrag van mensen te duiden en te begrijpen, geeft de gedragseconomie juist een gefragmenteerd en genuanceerd beeld. *Heuristics* en *biases*, invloed van sociale omgeving, beperkte financiële geletterdheid, inzichten uit de communicatiewetenschappen en veiligheidsstudies, allemaal laten ze ons zien dat de homo sapiens zelden een homo economicus is. Die verscheidenheid aan inzichten heeft echter tot dusver niet tot een volwaardig alternatief theoretisch kader geleid.³³ Dit maakt het, bijvoorbeeld, voor beleidsmakers erg complex om al de verschillende soorten gedragsinzichten mee te nemen in het wetgevend proces.³⁴ Een andere complicatie is dat het moeilijk is beleid te maken, zoals bijvoorbeeld via *nudging*, als niet duidelijk is wat de consument wil. De rationele consument wil simpelweg zoveel mogelijk gewin uit een bepaalde situatie halen, maar de *behavioural* consument heeft wisselende voorkeuren en komt vaak uit bij een minder rationele, en wellicht zelfs minder optimale beslissing. Dat stelt beleidsmakers voor grote uitdagingen.³⁵

Het tweede fundamentele kritiekpunt hangt samen met het type onderzoek dat doorgaans verricht wordt door gedragwetenschappers en juristen die op het snijvlak van gedrag en recht opereren. Vaak worden er lab-experimenten, surveys en vignettenstudies uitgevoerd teneinde meer inzicht te krijgen in het gedrag van mensen. Het risico dat aan dergelijk onderzoek kleef is dat er niet snel uitspraken gedaan kunnen worden over de generaliseerbaarheid van de uitkomsten.³⁶ In hoeverre kan bijvoorbeeld onderzoek onder studenten naar de *status-quo bias* ons wat leren over het gedrag van professionele partijen in een gerechtelijke procedure? Beleidsmakers en andere juridische actoren zullen, indien zij met dergelijke gedrags-

inzichten aan de slag willen, veelal aanvullend veldonderzoek moeten doen.³⁷ Daarbij geldt voorts het adagium dat ‘één studie géén studie is’. Zowel de betrokken gedragwetenschappers, als de beleidsmakers zouden moeten getuigen van de beperkingen die empirische studies kenmerken.³⁸

5. Conclusie

De vraag of en hoe de groeiende aandacht voor gedragsinzichten de wereld van het consumentenrecht verandert is anno 2017 nog te precair om te beantwoorden. Het beeld dat uit dit themanummer blijkt is dat wetgevers, beleidsmakers en rechters in toenemende mate vertrouwd zijn geraakt met het uitgangspunt dat gedragsinzichten hun handelen waar mogelijk kunnen en moeten informeren. Toch is het gebruik van deze kennis niet wijdverbreid en vanzelfsprekend. Zoals ook de bijdrage van Brigitta Lurger onderstreept, is het sociaalwetenschappelijke onderzoek waar het steeds om draait arbeidsintensief, duur, schaars, en vaak zeer specifiek. Hierdoor zijn de resultaten niet altijd voorhanden en breed toepasbaar. Ook de politieke realiteit van het snel moeten (of willen) reageren op maatschappelijke problematiek, maakt dat toepassing van gedragsinzichten in wet en beleid niet altijd past. Zoals Kai Purnhagen en Hanna Schebesta aanstippen in hun bijdrage bestaan er voor toepassing van deze kennis in de rechtspraak tevens institutionele en praktische hobbels.

Niettemin wordt steeds vaker het potentieel van gedragsinzichten voor consumenten en het consumentenrecht onderkend. Wellicht vat de Autoriteit Financiële Markten in een recent rapport de huidige opvatting onder wetgevers en toezichthouders over dat potentieel nog het beste samen door te stellen:

‘Bij het inzetten van gedragwetenschappelijke inzichten zijn we zowel ambitieus als realistisch. Omdat consumenten van nature niet volledig rationeel handelen, is het onrealistisch om aan te nemen dat alle consumenten op termijn optimale financiële beslissingen gaan nemen. Zelfs niet als we in ons toezicht uitgaan van een realistisch beeld van de consument. Wel bieden inzichten uit de gedragwetenschappen aanknopingspunten om consumenten een zetje in de goede richting te geven, zonder dat hiermee hun keuzevrijheid wordt beperkt. Ons streven is om het voor consumenten zo gemakkelijk mogelijk te maken om betere uitkomsten te realiseren.’³⁹

32. Zie uitgebreid Braspenning 2017, p. 347-350.

33. Yeung 2012, p. 146-148; A. Schwartz, ‘Regulating for rationality’, *Stanford Law Review* 2015, p. 1409. Van Raaij merkt overigens op dat het niet evident is dat de gedragseconomie en psychologie ons uiteindelijk een volwaardig alternatief theoretisch kader opleveren, maar dat het bij een verzameling kleinere theorieën blijft, zoals we nu reeds zien, zie Van Raaij 2016, p. 1-2.

34. Zie daarover bijvoorbeeld I. Ramsay, ‘Changing Policy Paradigms of EU Consumer and Debt Regulation’, in: D. Leczykiewicz & S. Weatherill (red.), *The Images of the Consumer in EU Law*, Oxford: Hart Publishing 2016, p. 176.

35. Ramsay 2016, p. 177.

36. Schwartz 2015, p. 1409.

37. W.H. van Boom, ‘Experimenteren met informeren’, *Justitiële verkenningen* 2016, afl. 6, p. 96.

38. K. van den Bos & L. Hulst, ‘On Experiments in Empirical Legal Research’, *Law and Method* 2016, p. 11.

39. AFM-rapport 2016c, *AFM & Consumentengedrag. Een verkenning*, Amsterdam: Autoriteit Financiële Markten 2016, p. 5.