



Open Universiteit

Nudging in het financieel contractenrecht

$$\max_{x_i^t \in X} \sum_{t=0}^{\infty} \delta^t \sum_{s_t \in S} p(s_t) U(x_i^t | s_t)$$

PROGRAMMA

- Consumentengedrag
- Nudging
- Informatieparadigma
- Oneerlijke handelspraktijken en nudging
- Wilsgebreken en nudging
- Zorgplicht en nudging



Open Universiteit

Consumentengedrag

DENK OPEN





GRENZEN EN TEKORTKOMINGEN AAN HET EXPECTED UTILITY-MODEL

Het Expected Utility-model is gebaseerd op de **rationele keuzetheorie**. Dit model veronderstelt dat individuen keuzes maken op basis van de rekenregels van dit model die **het hoogst verwachte nut oplevert**.

Het EU-model **veronderstelt rationele en consistente besluitvorming**, waarbij suboptimale keuzes vooral worden toegeschreven aan een **gebrek aan informatie**. In de praktijk blijkt dit echter onvoldoende recht te doen aan de complexiteit van menselijke besluitvorming.

Uit gedragswetenschappelijke studies blijkt dat het klassieke beeld van het EU-model, niet langer als **normatief uitgangspunt** kan gelden.

Recente bevindingen tonen echter aan dat deze aanname te absoluut is. Dit betekent niet dat consumenten irrationeel of onwetend zijn, maar wel dat hun vermogen om informatie te begrijpen, te verwerken en optimaal te benutten **in de praktijk begrensd is**.



HEURISTIEKEN EN BIASES

Bij financiële keuzes maken consumenten vaak gebruik van **heuristieken**: cognitieve vuistregels die snelle besluitvorming mogelijk maken. Deze vuistregels besparen tijd en moeite, maar kunnen leiden tot **biases**: systematische denkfouten die het beslisproces beïnvloeden.

Enkele belangrijke, empirisch vastgestelde biases zijn:

- Present bias: De voorkeur voor directe beloningen, ook wanneer uitgestelde alternatieven objectief gunstiger zijn.
- Loss aversion: Verliezen wegen psychologisch ongeveer twee keer zo zwaar als een evenredige winst vreugde oplevert.
- Status quo bias: De hardnekkige neiging vast te houden aan de huidige situatie, vaak versterkt door verliesaversie.
- Framing-effecten: Identieke informatie kan tot verschillende keuzes leiden, afhankelijk van de positieve of negatieve formulering.



DUAAL DENKSYSTEEM

De gedragswetenschap biedt met het concept van begrensde rationaliteit een **realistischer verklaring voor suboptimale financiële beslissingen**. In de praktijk zijn keuzes vaak niet het resultaat van uitgebreide analyse, maar van snelle, intuïtieve reacties.

Binnen de literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen twee denksystemen:

- Systeem I: Werkt automatisch, snel en intuïtief, zonder bewuste controle of inspanning.
- Systeem II: Is traag, reflectief en vraagt om bewuste cognitieve inspanning.

Hoewel systeem I in veel alledaagse situaties efficiënt en toereikend is, ontstaan problemen wanneer systeem II **niet wordt geactiveerd** wanneer dat noodzakelijk is, zoals bij complexe financiële beslissingen.



FINANCIËLE BESLISSINGEN

Consumenten nemen regelmatig financiële beslissingen.

Twee voorbeelden:

- de beslissing óf en hoeveel te sparen, en
- de afweging om schulden aan te gaan dan wel af te lossen.

Deze financiële beslissingen worden doorgaans als **abstract en complex ervaren** en vereisen een beoordeling van risico, onzekerheid en een afweging tussen heden en toekomst.

Nudging

DENK OPEN





WAT IS NUDGING?

In de literatuur worden twee gezaghebbende definities van nudging onderscheiden:

- Een duwtje in de goede richting dat betrekking heeft op alle mogelijke **aspecten van de keuzeomgeving** die het gedrag van mensen op voorspelbare wijze veranderen **zonder** opties te verbieden of de financiële stimulansen aanzienlijk te wijzigen; en
- Het doelbewust (her)ontwerpen van zogenaamde 'keuzearchitecturen' met als doel het gedrag van mensen **te beïnvloeden** door in te spelen op hun meer automatische en minder rationele psychologische processen.

Het instrument nudging is expliciet **gericht op het belang van de consument**, waarbij autonomie behouden blijft en manipulatie wordt vermeden.



WAT ZIJN DARK PATTERNS?

Tegenover (digitale) nudging staan de zogenaamde **dark patterns**. Deze term verwijst naar trucs die worden toegepast op websites en in apps om consumenten ertoe te bewegen aankopen te doen of zich ergens voor aan te melden, **zonder dat dit hun oorspronkelijke intentie was**.

Dit zijn praktijken in digitale interfaces die consumenten sturen, bedriegen, dwingen of manipuleren om keuzes te maken die vaak **niet in hun belang zijn**.

De inzet van dark patterns is niet neutraal en beogen consumenten te bewegen tot gedragingen die niet in hun belang zijn of waarvan zij zich de consequenties onvoldoende realiseren.

De onderliggende **intentie is doorgaans commercieel** en dus niet beschermend of welzijnsbevorderend zoals nudges.



VERGELIJKING NUDGES EN DARK PATTERNS

Aspect	Nudges	Dark patterns	Overeenkomst
Doelstelling	Beschermend ; belang van de consument staat centraal.	Eigen belang van aanbieder; belang consument ondergeschikt en vaak nadelig.	Beide beïnvloeden keuzegedrag van consumenten.
Ethische basis	Keuzevrijheid behouden ; autonomie gewaarborgd; transparant en uitlegbaar.	Geen ethische legitimatie.	Beide gebruiken gedragswetenschappelijke inzichten.
Keuzevrijheid	Wordt behouden; consument kan eenvoudig alternatief kiezen.	Wordt ondermijnd; vrijheid wordt beperkt.	Beide sturen via de keuzeomgeving .
Transparantie	Transparant en uitlegbaar; verantwoord richting consument en toezichthouder.	Onzichtbare of verholde sturing; onttrekt zich aan bewustzijn consument.	Beide maken gebruik van heuristieken en biases .
Praktische toepassing	Stimuleren van positief gedrag , bijv. verstandige standaardinstellingen.	Consument sturen naar keuzes die gunstig zijn voor aanbieder, vaak nadelig.	Technieken zijn vaak identiek.
Context / grijs gebied	Legitiem indien consumentvriendelijk en transparant.	Problematisch indien nadelig en niet-transparant.	Onderscheid zit in intentie , transparantie en effect op welzijn.



VOOR- EN NADELEN VAN NUDGING

Voordelen:

- Effectief en kostenefficiënt beleidsinstrument.
- Kleine aanpassingen (defaults, volgorde, framing) leiden tot gedragsverandering zonder verboden, verplichtingen of financiële prikkels.
- Sluit aan bij het **duale denkproces**: benut systeem I, zonder dat altijd systeem II nodig is.
- Ondersteunt consumenten bij het **realiseren van eigen doelen** (bijv. pensioensparen, schulden voorkomen).

Nadelen:

- Dunne grens tussen **beïnvloeding en manipulatie**; heimelijke toepassing ondermijnt legitimiteit.
- Risico op vermenging met dark patterns in commerciële contexten waar het **belang van de aanbieder domineert**.
- Aanvaardbaarheid afhankelijk van doel, middel en transparantie; gebrek hieraan leidt tot ethische en juridische problemen.



WELKE VRAGEN ROEPT NUDGING OP?

Bijvoorbeeld:

- Wie bepaalt wat de 'juiste keuze' is?
- Tast nudging de vrije wil aan?
- Wanneer is de inzet ethisch en juridisch ontoelaatbaar?
- Inzet nudging altijd ten gunste van de consument of ook voor winstmaximalisatie van de financiële onderneming?
- Kennis is wetenschap vanuit zorgplicht bezien. Vereist kennis over consumentengedrag actie?
- Is er een normatieve toetsing vereist bij de inzet van nudging?



DE KEUZEOMGEVING

Elke beslissing wordt genomen binnen een keuzeomgeving.

Zulke omgevingen zijn **allerminst neutraal**: van de indeling van een supermarkt tot de opbouw van websites en apps – ze beïnvloeden gedrag op structurele wijze. Een volstrekt neutrale keuzeomgeving bestaat niet.

Afzien van nudging en elke keuzeomgeving ongewijzigd laten, is ook een beslissing met gevolgen voor het gedrag van mensen. Daarom is de keuze niet of men nudging inzet, maar hoe men dat **verantwoord** doet.



ENKELE VOORBEELDEN

Lening aanvragen

Vergelijk en vind direct de voordeligste lening

Je leenbedrag:

€ 25000

Je leendoel:

Woningverbetering

Vergelijk leningen

vanaf

3,3%

2. Kies je type autoverzekering

Ons advies

Basis verzekerd

Wettelijke Aansprakelijkheid

Selecteer

✓ Schade aan anderen

Meer verzekerd

WA + Beperkt casco

Selecteer

✓ Schade aan anderen
✓ Diefstal en inbraak
✓ Brand en storm
✓ Ruitschade

Volledig verzekerd

WA + Volledig casco

Selecteer

✓ Schade aan anderen
✓ Diefstal en inbraak
✓ Brand en storm
✓ Ruitschade
✓ Vandalisme
✓ Schade aan eigen auto

Vice Versa ★★★★★

15e Arrondissement, Parijs · [Toon op kaart](#) · 5,1 km van het centrum ·
Vlak bij de metro
7 keer geboekt op onze site voor jouw data: in de afgelopen 6 uur
Tijdelijke Deal

Classic Kamer
Bedden: 1 tweepersoons of 2 eenpersoons
Nog maar 3 kamers voor deze prijs op onze site

1 nacht, 2 volwassenen
~~€ 246~~ **€ 150**
Inclusief belastingen en toeslagen

Bekijk beschikbaarheid >

Informatieparadigma

DENK OPEN





INFORMATIE-ASYMMETRIE

Sinds eind jaren 60 wordt het duidelijk dat consumenteninformatie en consumentenbescherming hand in hand gaan. Hetgeen ook volgt uit de opvatting dat de **kern van consumentenbescherming** is het herstellen van het evenwicht tussen sterke en zwakke marktpartijen én het beperken van informatie-asymmetrie.

Informatieverstrekking dient de consument in staat te stellen een weloverwogen beslissing te nemen en is daarmee een instrument ter bestrijding van informatie-asymmetrie.

Het **informatieparadigma** houdt in dat de consument beschermd wordt door deze adequaat te informeren en dat dit leidt tot het opheffen van de informatie-asymmetrie.

Uit empirisch onderzoek en gedragseconomische inzichten volgt dat consumenten **informatie vaak niet (volledig) lezen, niet begrijpen of niet verwerken**. Bovendien is vastgesteld dat heuristieken en biases een significante rol spelen in de besluitvorming van consumenten. Dit geldt met name bij financiële producten.



GRENZEN AAN HET INFORMATIEPARADIGMA

Drie factoren ondermijnen de veronderstelde werking van het informatieparadigma:

- In de eerste plaats leidt de omvang en complexiteit van de verstrekte informatie tot **cognitieve overbelasting**, waardoor consumenten de essentie niet altijd kunnen onderscheiden;
- In de tweede plaats beschikt een aanzienlijk deel van de consumenten over een ontoereikend niveau van financiële geletterdheid, waardoor zelfs correct en volledig verstrekte informatie **onvoldoende wordt begrepen**: en
- In de derde plaats wordt het besluitvormingsproces beïnvloed door cognitieve vertekeningen en biases, waardoor keuzes **niet altijd overeenkomen met het rationele model** waarop de regelgeving is gebaseerd.



INFORMATIEVERSTREKKING VERSUS NUDGING

Het onderscheid tussen **informatieverstrekking en nudging** is juridisch en dogmatisch relevant, maar functioneel gezien kunnen beide strategieën **elkaar versterken**.

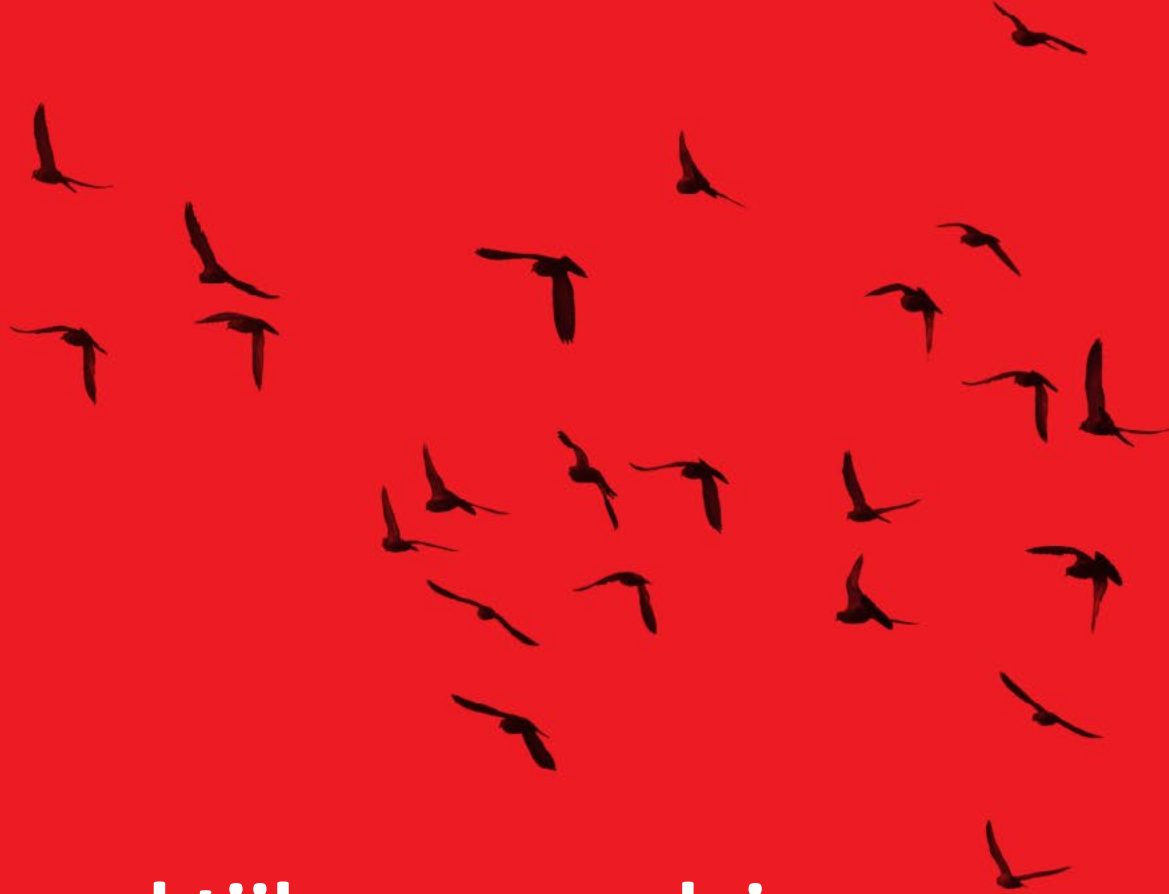
Waar informatievoorziening beoogt consumenten in staat te stellen zelfstandig afgewogen beslissingen te nemen, kan nudging helpen om heuristieken en biases te vermijden en de consument **daadwerkelijk te sturen** naar keuzes die aansluiten bij zijn eigen voorkeuren en belangen.



Open Universiteit

Oneerlijke handelspraktijken en nudging

DENK OPEN





ONEERLIJKE HANDELSPRAKTIJKEN

Een handelspraktijk wordt als oneerlijk aangemerkt indien deze:

- in strijd is met de vereisten van professionele toewijding; en
- het **economische gedrag** van de gemiddelde consument met betrekking tot het product **wezenlijk verstoort** of kan verstoren.

Of een nudge toelaatbaar is binnen de context van consumentenrecht, hangt mede af van de beoordeling van **het doel en het gebruikte middel**.

In essentie moet de keuzeomgeving – en daarmee de wijze waarop nudges worden toegepast – **in het belang van de consument** zijn.



MISLEIDENDE HANDELSPRAKTIJKEN

Artikel 6 lid 1 aanhef van de Richtlijn OHP bevat de normatieve definitie van een misleidende handeling:

*“Als misleidend wordt beschouwd een handelspraktijk die gepaard gaat met onjuiste informatie en derhalve op onwaarheden berust of, zelfs als de informatie feitelijk correct is, de gemiddelde consument op enigerlei wijze, inclusief **door de algemene presentatie, bedriegt of kan bedriegen** ten aanzien van een of meer van de volgende elementen, en de gemiddelde consument er zowel in het ene als in het andere geval toe brengt of kan brengen **een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen.**”*



MISLEIDENDE HANDELSPRAKTIJKEN

Aan de hand van wat de Richtlijn OHP als een misleidende handeling beschouwt kan in eerste instantie **geen onderscheid** worden gemaakt tussen de inzet van nudges enerzijds ten gunste of anderzijds ten nadele van de consument. Strikt genomen **zorgen nudges ervoor** dat consumenten in een bepaalde richting **worden geduwd** en daardoor **beslissingen nemen** die zij wellicht anders niet hadden genomen. Dat de inzet van nudges ten gunste van de consument wordt gebruikt, maakt dit feitelijk niet anders.

De woorden: ‘bedriegt’ en ‘kan bedriegen’ (artikel 6 lid 1 Richtlijn OHP) impliceren dat een persoon door een ander tot het verrichten van een bepaalde rechtshandeling is bewogen door (i) enige opzettelijk daartoe gedane onjuiste **mededeling**, (ii) door het opzettelijk daartoe **verzwijgen** van enig feit dat de verzwijger verplicht was mede te delen, of (iii) door een **andere kunstgreep**.

Zo kan een digitale nudge die door de opzet van de keuzeomgeving leidt tot een beslissing die de consument anders niet had genomen, **onder omstandigheden** als een misleidende handelspraktijk worden gekwalificeerd.

AGRESSIEVE HANDELSPRAKTIJKEN

Artikel 8 - Agressieve handelspraktijken

*“Als agressief wordt beschouwd een handelspraktijk die, in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, door intimidatie, dwang, inclusief het gebruik van lichamelijk geweld, of **ongepaste beïnvloeding**, de **keuzevrijheid** of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument met betrekking tot het product aanzienlijk beperkt of kan beperken, waardoor hij ertoe wordt gebracht of kan worden gebracht over een transactie een **besluit te nemen dat hij anders niet had genomen**.”*

Zolang nudging binnen de grenzen van transparantie, keuzevrijheid en proportionaliteit blijft, past deze interventievorm niet in het begrippenkader van agressieve handelspraktijken. Dit is anders wanneer sprake is van structurele pressie of misbruik van machtspositie binnen gepersonaliseerde digitale omgevingen.

In dat opzicht is het **onderscheid tussen nudging en dark patterns** van belang. Alleen bij nudges die structureel en doelgericht misbruik maken van cognitieve vertekeningen om consumenten te sturen in een voor hen nadelige richting, kan mogelijk sprake zijn van een grensoverschrijding.



Open Universiteit

Wilsgebreken en nudging

DENK OPEN





BEDREIGING

Bedreiging, zoals gedefinieerd in artikel 3:44 lid 2 BW, doet zich voor wanneer iemand een ander ertoe beweegt een rechtshandeling te verrichten door deze persoon of een derde onrechtmatig te bedreigen met enig nadeel in persoon of goed. De bedreiging moet van zodanige aard zijn dat deze een **redelijk oordelend mens kan beïnvloeden**.

Het gaat bij het wilsgebrek bedreiging dat een partij onder druk wordt gezet en met **een zekere mate van vrees** instemt met een overeenkomst.

Het kenmerk van bedreiging, zoals afgeleid uit de voorgaande tekst, is dat er sprake is van een handelwijze die een dusdanige **vrees opwekt** dat deze **de ander ertoe beweegt** een overeenkomst aan te gaan.

In dit verband concludeer ik dat het bewust aanpassen van de keuzeomgeving om gedrag te beïnvloeden door in te spelen op automatische en minder rationele psychologische processen **niet** valt onder het wilsgebrek bedreiging.



BEDROG

Uit artikel 3:44 lid 3 BW vloeit voort dat onder bedrog wordt verstaan: het bewegen van een ander tot het verrichten van een rechtshandeling door (i) enige opzettelijk daartoe gedane onjuiste mededeling, (ii) door het opzettelijk daartoe verzwijgen, of (iii) door een andere **kunstgreep**.

Een nudge die slechts een duwtje in de goede richting geeft, zonder dat daarbij opties worden verboden of financiële prikkels worden veranderd, kwalificeert naar mijn oordeel **niet** als bedrog.

Wanneer de keuzeomgeving echter opzettelijk zo wordt ingericht dat consumenten op **nadelige wijze** worden gestuurd (een zogenoemde “dark pattern”), kan dit worden aangemerkt als een kunstgreep.

Een goed **voorbeeld** hiervan is een vergelijkingswebsite die een van de drie opties omlijnt en vermeldt dat deze de “meest gekozen” optie is, terwijl dit niet het geval is.



MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDEN

Misbruik van omstandigheden is aanwezig, zo volgt uit artikel 3:44 lid 4 BW, wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden, zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand, of onervarenheid, **bewogen wordt** tot het verrichten van een rechtshandeling, het tot stand komen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan **zou behoren te weerhouden**.

Voorbeeld waarbij nudging **kan leiden tot het wilsgebrek** misbruik van omstandigheden:

Een verzekeraar heeft via een app inzicht in de locatie van een klant.

Op het moment dat de klant zich op Schiphol bevindt, ontvangt deze via de app een notificatie waarin wordt gesuggereerd om een overlijdensrisicoverzekering af te sluiten.

Door het versturen van deze notificatie speelt de verzekeraar in op een potentieel stressvolle situatie, waarbij de klant wordt genudged richting een 'oplossing' die aansluit bij de door de bijzondere omstandigheden tijdelijk versterkte perceptie van behoefte.



DWALING

Het vierde en laatste wilsgebrek is neergelegd in artikel 6:228 BW en betreft situaties waarin een partij een overeenkomst sluit onder een onjuiste voorstelling van zaken.

Voor een succesvol beroep op dwaling moet aan de **volgende vereisten** worden voldaan:

1. Onjuiste voorstelling van zaken;
2. Dit moet zijn veroorzaakt door een mededeling, een verzwijgen of door wederzijdse dwaling;
3. Er moet een causaal verband bestaan tussen de onjuiste voorstelling en het sluiten van de overeenkomst;
4. De wederpartij weet of kan geacht worden te weten dat hetgeen waaromtrent gedwaald wordt voor de ander essentieel is (kenbaarheid).
5. Het mag niet gaan om een toekomstige omstandigheid; en
6. De dwaling behoort niet op grond van de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening van de dwalende te blijven.



DWALING

Voorbeeld:

*Een verzekeraar heeft een website waarop autoverzekeringen worden aangeboden. Door de verzekeraar worden verschillende autoverzekeringen aangeboden (basis, uitgebreid, all-risk). Via de keuzeomgeving stuurt de verzekeraar naar de optie voor de uitgebreide verzekering. Deze wordt namelijk **prominent weergeven** met visueel aantrekkelijke kleuren en de tekst '**beste keuze**'.*

In deze situatie wekt de keuzeomgeving de indruk dat dit de beste autoverzekering is voor de consument, terwijl hiervan geen sprake hoeft te zijn.

In andere woorden: de consument kan een onjuiste voorstelling van zaken hebben bij het afsluiten van de autoverzekering. De onjuiste voorstelling is dan **veroorzaakt door een expliciete mededeling**: “de beste keuze” in samenhang met de visueel aantrekkelijke kleuren.



DWALING

Voor een succesvol beroep op dwaling moet degene die zich op dwaling beroept een causaal verband aantonen tussen de onjuiste voorstelling en het sluiten van de overeenkomst. Hierbij is het voldoende dat de overeenkomst niet onder dezelfde voorwaarden zou zijn gesloten **indien de juiste voorstelling van zaken was gegeven**.

Degene die zich op dwaling beroept, moet dus aantonen dat:

- de weergegeven keuze **niet werkelijk de beste keuze is**, en
- dat deze onjuiste voorstelling **van belang was** voor het sluiten van de overeenkomst.

Dit vraagt om een nauwkeurige reconstructie van de beweegredenen van degene die zich op dwaling beroept, wat in de praktijk problematisch kan zijn, zeker wanneer er ook andere factoren een rol hebben gespeeld in het beslissingsproces.



SAMENVATTEND

De analyse van de vier wilsgebreken laat zien dat nudges **niet zonder meer leiden tot aantasting van een rechtshandeling**.

- **Bedreiging** vergt het oproepen van zodanige vrees dat de wilsvorming wordt verlamd. Subtiele aanpassingen in de keuzeomgeving voldoen daar niet aan.
- **Bedrog** vereist opzettelijke misleiding of een kunstgreep. Dat is slechts denkbaar bij dark patterns.
- **Misbruik van omstandigheden** veronderstelt bijzondere kwetsbaarheid, kenbaarheid en actieve bevordering. Alleen in uitzonderlijke situaties, zoals het inspelen op stressvolle situaties, kan nudging daartoe worden gerekend.
- **Dwaling** doet zich alleen voor wanneer de nudge gepaard gaat met onjuiste voorstelling van zaken.



Open Universiteit

Zorgplicht en nudging

DENK OPEN





ZORGPLICHT

De zorgplicht verplicht financiële ondernemingen om **consumenten te beschermen** tegen hun eigen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht.

Positief gebruik van nudges.

Digitale nudges kunnen bescherming versterken door consumenten te begeleiden richting verstandige keuzes.

Negatief gebruik van nudges.

Dezelfde technieken kunnen de zorgplicht schenden wanneer zij consumenten sturen naar suboptimale of financieel nadelige beslissingen.

Achterwege laten van nudges.

Ook het niet toepassen van passende nudges kan leiden tot schending, wanneer gedragsinterventies noodzakelijk zijn om bekende cognitieve beperkingen te compenseren.



ZORGPLICHT

Een onderneming kan de **zorgplicht schenden** door:

- de keuzeomgeving te ontwerpen **ten nadele** van de consument;
- het **nalaten** van beschermende nudges, waardoor voorzienbare passiviteit of vertekeningen ongunstige uitkomsten veroorzaken.

De invulling van de zorgplicht wordt mede bepaald door **maatschappelijke opvattingen**:

- Toenemende weerstand tegen dark patterns.
- Groeiend belang van financiële weerbaarheid.
- Verwachting dat ondernemingen actief voorkomen dat consumenten onnodige risico's nemen.

Afronding

DENK OPEN





BEDANKT