



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Proefschrift; drie stellingen: nudging in het contractenrecht ter bescherming van zwakkere partijen**

Bouwman, T.

### **Citation**

Bouwman, T. (2023). Proefschrift; drie stellingen: nudging in het contractenrecht ter bescherming van zwakkere partijen. *Wpnr: Weekblad Voor Privaatrecht, Notariaat En Registratie*, 154(7428), 702-704. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3716788>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3716788>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

## Proefschrift

### Drie stellingen

Mr. T. Bouwman, *Nudging in het contractenrecht ter bescherming van zwakkere partijen*.<sup>1</sup>

Promotoren: prof. mr. A.L.M. Keirse

prof. dr. D.T.D. de Ridder en

prof. dr. J.H. Anderson

Copromotor: mr. dr. E.G.D. van Dongen

Het proefschrift is verdedigd op 21 april 2023 aan de Universiteit Utrecht.

### Inleiding

In het contractenrecht worden zwakkere partijen, zoals werknemers, huurders en consumenten, beschermd. Het huidige contractenrecht houdt daarbij te weinig rekening met hoe zwakkere partijen in werkelijkheid keuzes maken. Zij worden daarom onvoldoende beschermd, hetgeen nadelige gevolgen heeft voor hun autonomie. Om zwakkere partijen beter te beschermen zonder hun contractsvrijheid te beperken, kan in potentie nudging worden toegepast. Door nudging worden keuzes namelijk beïnvloed op basis van gedragswetenschappelijke inzichten over menselijk keuzegedrag, zonder dat keuzevrijheid wordt beperkt in die zin dat een persoon de vrijheid behoudt om zich aan de sturing van een nudge te onttrekken. Er bestond echter nog geen systematisch onderzoek naar de wijze waarop nudging in het Nederlandse contractenrecht kan worden toegepast ter bescherming van zwakkere partijen en de grenzen daarvan. In mijn proefschrift beantwoord ik daarom de vraag hoe nudging aan hun bescherming kan bijdragen. Aan de hand van drie stellingen licht ik de belangrijkste bevindingen toe.

### Stelling I

**In het contractenrecht moet bij de bescherming van zwakkere partijen meer rekening worden gehouden met gedragswetenschappelijke inzichten**  
De belangrijkste waarde van het contractenrecht is autonomie.<sup>2</sup> Door ervoor te zorgen dat personen eigen wensen kunnen nastreven door met anderen te contracteren, faciliteert het zelfontplooiing. Zwakkere partijen worden in het contractenrecht beschermd zodat ook zij zichzelf kunnen ontplooiën door met anderen te contracteren. Zij worden niet alleen beschermd tegen een gebrek aan onderhandelingspositie, maar regelmatig ook tegen een gebrek aan informatie, gebrek aan cognitieve capaciteit en gebrek aan weerstand.<sup>3</sup> Bij de bescherming tegen die laatste drie gebreken wordt vaak verondersteld dat zwakkere partijen economisch rationeel handelen.<sup>4</sup> Stilzwijgend wordt aangenomen 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.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> Zwakkere partijen worden vaak niet 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.<sup>7</sup>

Inmiddels houden een aantal rechtsregels uit – in hoofdzaak – het consumentenrecht tot op zekere hoogte rekening met gedragswetenschappelijke inzichten. Zo bepaalt artikel 6:230j BW kortgezegd dat een consument niet gebonden is aan een aanvullende betaling als instemming

1. Mr. T. Bouwman, *Nudging in het contractenrecht ter bescherming van zwakkere partijen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2023, ISBN: 9789462127920.
2. Bouwman 2023, hoofdstuk 2.
3. Zie verder over dit onderscheid: Bouwman 2023, § 4.4. Zie voor een overzicht van de zwakkere partijen die in het contractenrecht worden beschermd en de gebreken waartegen zij worden beschermd: Bouwman 2023, § 4.6.
4. Bouwman 2023, § 5.3.2.
5. D. Kahneman, 'A Perspective on Judgment and Choice: Mapping Bounded Rationality', *American Psychologist* 2003, afl. 9, p. 697-720. Zie met verdere verwijzingen: Bouwman 2023, § 5.2.
6. Bouwman 2023, § 5.3.
7. G. Loewenstein, C.R. Sunstein & R. Golman, 'Disclosure: Psychology Changes Everything', *Annual Review of Economics* 2014, afl. 1, p. 391-419.

daarmee wordt afgeleid uit een standaardoptie – een zogeheten *pre-ticked box*.<sup>8</sup> Op deze wijze rekening houden met ook de kwaadaardige invloed die een standaardoptie op een keuze van een consument kan hebben, is echter slechts een eerste stap in de goede richting. Om ervoor te zorgen dat zwakkere partijen zichzelf daadwerkelijk kunnen ontplooiën door met anderen te contracteren, moet over de volle breedte van hun bescherming onderkend worden hoe zij in werkelijkheid keuzes maken. Een dergelijke *reality check* voorkomt dat het contractenrecht losgezongen raakt van de werkelijkheid.<sup>9</sup>

Dat bij de bescherming van zwakkere partijen meer rekening moet worden gehouden met gedragswetenschappelijke inzichten betekent overigens niet dat op basis van alleen die inzichten bepaald moet worden hoe zwakkere partijen moeten worden beschermd. Er bestaat immers een kloof tussen feit en norm.<sup>10</sup> Hoe er bij de bescherming van zwakkere partijen rekening moet worden gehouden met gedragswetenschappelijke inzichten is en blijft daardoor een normatieve kwestie waarbij ook andere – normatieve – factoren moeten worden meegewogen, zoals de inpasbaarheid van die inzichten in het huidige dogmatische systeem en de mate waarin zwakkere partijen een eigen verantwoordelijkheid dienen te behouden.

## Stelling II

### Het gebruik van nudging kan bijdragen aan een betere bescherming van zwakkere partijen in het contractenrecht

Nudging is een verzamelbegrip voor keuzebeïnvloedingstechnieken 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.<sup>11</sup> Enkele bekende voorbeelden van nudges zijn het hanteren van een standaardoptie, het appelleren aan een sociale norm en een bepaalde keuzeoptie in het oog laten springen.<sup>12</sup> De toepassing van een nudge kan een alternatief zijn voor de toepassing van een reeds bestaande beschermingstechniek, zoals een informatieplicht of vormvereiste, als die beschermingstechniek niet de gewenste bescherming biedt. Doordat nudges rekening houden met of inspelen op de beperkte cognitieve capaciteit van mensen, en aldus gestoeld zijn op gedragswetenschappelijke inzichten, bieden zij in potentie betere bescherming dan bijvoorbeeld een informatieplicht. Tegelijkertijd behouden nudges keuzevrijheid in die zin dat een persoon de vrijheid behoudt om zich aan de sturing van een nudge te onttrekken. Daardoor behouden nudges ook contractsvrijheid, hetgeen hen onder-

scheidt van hard paternalistische beschermingstechnieken, zoals een verbod en gebod.<sup>13</sup>

De potentie van nudging voor de bescherming van zwakkere partijen laat zich illustreren aan de hand van de spanning tussen effectieve bescherming en het behouden van de contractsvrijheid van de zwakkere partij, zoals die onder meer speelt bij de bijzondere zorgplicht van financiële instellingen.<sup>14</sup> Omdat er vraagtekens gezet kunnen worden bij de effectiviteit van een waarschuwingplicht over de risico's van een complex financieel product, zou bijvoorbeeld in het kader van de bijzondere zorgplicht voor financiële instellingen de plicht geïntroduceerd kunnen worden om een sociale norm te communiceren die de aanschaf van een complex financieel product ontmoedigt. Denk bijvoorbeeld aan de boodschap dat het merendeel van de beleggers voor een minder risicovolle beleggingsoptie kiest.<sup>15</sup> Een dergelijke nudge biedt in potentie betere bescherming dan een waarschuwingplicht terwijl de contractsvrijheid van de zwakkere partij behouden blijft, hetgeen bij een weigeringsplicht voor de financiële instelling bijvoorbeeld niet het geval is. Met nudging kan zo een middenweg worden bewandeld tussen enerzijds effectieve (re) bescherming bieden en anderzijds de contractsvrijheid van de zwakkere partij behouden, hetgeen zijn autonomie ten goede komt.

Concreet kan nudging op drie manieren worden toegepast ter bescherming van zwakkere partijen in het contractenrecht.<sup>16</sup> Ten eerste kunnen nudges die een persoon helpen om zelf een keuze te maken zwakkere partijen beschermen door hen

8. Deze rechtsregel kwalificeert overigens als een zogeheten counter-nudge. Zie verder: Bouwman 2023, § 9.8.

9. W.H. van Boom, 'Empirisch privaatrecht: enige beschouwingen over de rol van empirisch onderzoek in de hedendaagse privaatrechtswetenschap', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2013, p. 49.

10. T. Bouwman, 'Empirisch-juridisch onderzoek en de sprong van feit naar norm', *Nederlands Juristenblad* 2020, p. 888-893.

11. R.H. Thaler & C.R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Haven & Londen: Yale University Press 2008, p. 6. Zie verder: Bouwman 2023, § 6.2.

12. Zie voor een overzicht van de verschillende nudgetechnieken die er zijn: 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. Zie verder: Bouwman 2023, hoofdstuk 9 en 10.

13. Bouwman 2023, § 8.2.5.

14. Zie uitgebreid over die spanning: Bouwman 2023, § 4.7.2.

15. Zie uitgebreid: Bouwman 2023, hoofdstuk 11.

16. Bouwman 2023, § 6.3.

te helpen met het maken van een contractuele keuze die aansluit bij hun eigen wensen. Uit onderzoek blijkt bijvoorbeeld dat overmatig optimisme kan worden tegengegaan door mensen te vragen een aantal redenen te bedenken waarom hun voorgenomen keuze onverstandig zou kunnen zijn – de zogeheten *consider-the-opposite-strategy*.<sup>17</sup> Een dergelijke nudge zou onder meer kunnen worden toegepast om bij een particuliere borg “ondoordachtigheid en misplaatst vertrouwen op de goede afloop”<sup>18</sup> te voorkomen.<sup>19</sup>

Ten tweede kunnen sturende nudges 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. 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 de sturende nudge te negeren. Ervan uitgaande dat de meeste consumenten hun financiële gezondheid niet op het spel willen zetten door een complex financieel product te kopen, is het hiervoor aangehaalde voorbeeld van de communicatie van een sociale norm bij een complex financieel product een illustratie van deze tweede toepassing van nudging.

Ten derde kunnen sturende nudges zwakkere partijen ook beschermen door hun keuze te sturen naar de meest verstandige optie of weg van een onverstandige optie. 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. Als een particuliere verzekeringnemer zelf de hoogte van het eigen risico moet kiezen, zou bijvoorbeeld het hoogste eigen risico als de standaardoptie kunnen worden aangemerkt.<sup>20</sup> Een standaardoptie wordt dan op een goedaardige manier toegepast. Economen zijn het er namelijk over eens dat het hoogste eigen risico in beginsel de financieel meest verstandige optie is. Een verzekeringnemer die zeer risicoavers is, kan dan alsnog besluiten om voor een lager eigen risico te kiezen aangezien een nudge keuzevrijheid behoudt.

### Stelling III

**Dat nudging kan bijdragen aan een betere bescherming van zwakkere partijen betekent niet dat het voor hun bescherming een wondermiddel is**

Verschillende factoren beperken het toepassingsbereik van nudging ter bescherming van

zwakkere partijen.<sup>21</sup> De potentie van nudging moet daarom niet worden overschat. Door nudging kunnen zwakkere partijen bijvoorbeeld niet worden beschermd tegen een gebrek aan onderhandelingspositie, 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 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. Voorts is het niet vanzelfsprekend dat een nudge altijd het gewenste effect heeft. Het is daarom belangrijk dat vooraf altijd 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. Door zowel de potentie als de grenzen van de toepassing van nudging ter bescherming van zwakkere partijen aan te duiden, biedt mijn proefschrift aan rechtsbeoefenaars, zoals wetgevingsjuristen en rechters, handvatten 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 alleen de economisch rationele zwakkere partij wordt beschermd, maar ook de daadwerkelijk zwakkere partij.

Mr. T. Bouwman\*

17. R. Nagtegaal e.a., ‘Designing to Debias: Measuring and Reducing Public Managers’ Anchoring Bias’, *Public Administration Review* 2020, p. 565-576.

18. HR 1 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7632, r.o. 3.3, NJ 1990/759, m.nt. Brunner (*Van Landschot/Brink*).

19. Zie uitgebreid: Bouwman 2023, hoofdstuk 12.

20. Zie uitgebreid: Bouwman 2023, hoofdstuk 13.

21. Zie uitgebreid: Bouwman 2023, hoofdstuk 7, 8, 9 en 10.

\* Postdoc bij het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden.  
(t.bouwman@law.leidenuniv.nl)