

DE *CONSIDER THE OPPOSITE* STRATEGY IN HET CONTRACTENRECHT: EEN WELKOME AANVULLING?

Tom Bouwman*

Je zult het net als ik vast eens hebben gedaan bij het nemen van een moeilijke beslissing: de voor- en nadelen van alle opties op een rijtje zetten. Hoe die voor- en nadelen tegen elkaar moeten worden afgewogen, is vaak een lastige vervolgvraag. Als ik daar niet uitkom, laat ik doorgaans mijn gevoel bepalen wat de doorslag moet geven. Is het op een rijtje zetten van de voor- en nadelen van mijn opties dan voor niets geweest? Uit gedragswetenschappelijk onderzoek blijkt gelukkig van niet. Redenen bedenken waarom een bepaalde keuze onverstandig of onjuist zou kunnen zijn – de zogeheten *consider the opposite strategy* (hierna: CTO-strategie)¹ – vermindert namelijk de invloed van bepaalde psychologische effecten op besluitvorming.²

Een van die psychologische effecten is het ankereffect (*anchoring effect*). Van het ankereffect is sprake als iemand zijn oordeel of keuze sterker laat beïnvloeden door een numerieke waarde dan dat daar een goede reden voor is. Die waarde wordt dan onbewust als referentiepunt gebruikt.³ Zo blijkt uit onderzoek dat consumenten zich bij de zoektocht naar een koopwoning soms laten leiden door het maximale hypotheekbedrag dat zij kunnen krijgen aangezien zij dat bedrag onbewust als referentiepunt gebruiken.⁴ Hierdoor kunnen zij uiteindelijk voor een hoger hypotheekbedrag kiezen dan gezien hun situatie passend en verantwoord zou zijn.

Uit een gecontroleerd experiment dat in het kader van hetzelfde onderzoek is verricht, blijkt dat de invloed van het ankereffect wordt beperkt als consumenten redenen bedenken waarom het maximale hypotheekbedrag voor hen te hoog zou kunnen zijn.⁵ Hoewel dit positieve effect in een grootschaliger experiment niet kon worden gerepliceerd,⁶ staat het duidelijk niet op zichzelf.

Verschillende onderzoeken tonen aan dat de CTO-strategie de invloed van verschillende psychologische effecten, waaronder het ankereffect, kan verminderen.⁷ Zo blijkt dat consumenten zich ook minder laten leiden door de wijze waarop een online vertaaldienst wordt aangeprezen als hen gevraagd wordt aan te geven welke vier alternatieven er voor die dienst zijn. Interessant aan dit onderzoek is dat het aangeven van alternatieven de invloed van het zogeheten framing-effect sterker verminderde dan het formuleren van redenen waarom de vertaaldienst een goede keuze zou kunnen zijn.⁸

Wat heeft het voorgaande met het recht te maken? Helaas nog niets. Als het aan mij ligt, komt daar echter verandering in. Een van de redenen om zwakkere partijen in het contractenrecht te beschermen is om hen te helpen met het maken van een weloverwogen keuze.⁹ Verschillende beschermingstechnieken worden daarvoor toegepast. Zo is er voor een handelaar een uitgebreide informatieplicht bij bijvoorbeeld een overeenkomst op afstand of buiten de verkoopruimte (art. 6:230m BW), is er voor een aanbieder van een complex financieel product een waarschuwingsplicht over de risico's van het product,¹⁰ en heeft een consument bij het aangaan van een kredietovereenkomst onder meer een bedenktijd van veertien dagen (art. 7:66 BW). Het idee achter een bedenktijd is dat het de consument de gelegenheid biedt om een eventueel informatietekort aan te zuiveren en de keuze die hij heeft gemaakt nog eens te overdenken.¹¹

De hiervoor genoemde beschermingstechnieken worden echter bekritiseerd omdat zij uitgaan van een te optimistisch mensbeeld. Uit gedragswetenschappelijk onderzoek blijkt onder meer dat mensen lang niet altijd alle informatie die zij krij-

* Mr.dr. T. Bouwman is als postdoc verboden aan het Instituut voor Privatrecht, Universiteit Leiden. Hij doet onderzoek in het kader van het *Consumer ID project*: <https://consumerid.eu/>.

- 1 Voor een beter klinkende Nederlandse vertaling van deze term houd ik mij graag aanbevolen.
- 2 R. Nagtegaal e.a., 'Designing to De-bias: Measuring and Reducing Public Managers' Anchoring Bias', *Public Administration Review* (80) 2020, afl. 4, p. 565-576.
- 3 A.N. Tversky & D. Kahneman, 'Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases', *Science* (185) 1974, afl. 4157, p. 1128-1130. Zie verder S. Dhali, *The Foundations of Behavioral Economic Analysis*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 1370-1375.
- 4 M. Elsen e.a., *Werkt de maximale leennorm bij hypotheeklen onbedoeld als een anker in consumentenkeuzes? Onderzoek voor de ministeries van Financiën en BZK*, Tilburg: CentERdata 2020, p. 37.
- 5 Elsen 2007, p. 37. Uit het experiment kwam ook naar voren dat het niet uitmaakte of de consumenten gevraagd werden om zelf argumenten te bedenken, om zelf relevante argumenten te kiezen uit een lijst met mogelijk relevante argumenten of dat zij slechts mogelijk relevante argumenten te zien kregen.
- 6 M. Elsen e.a. 2020, p. 69-70. Er werd in sommige gevallen zelfs een averechts effect gemeten. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat in het grootschalige experiment de respondenten alleen een lijst met mogelijke argumenten tegen het hogere hypotheekbedrag te zien kregen.
- 7 Andere effecten waarvan bekend is dat de invloed op een keuze kan worden

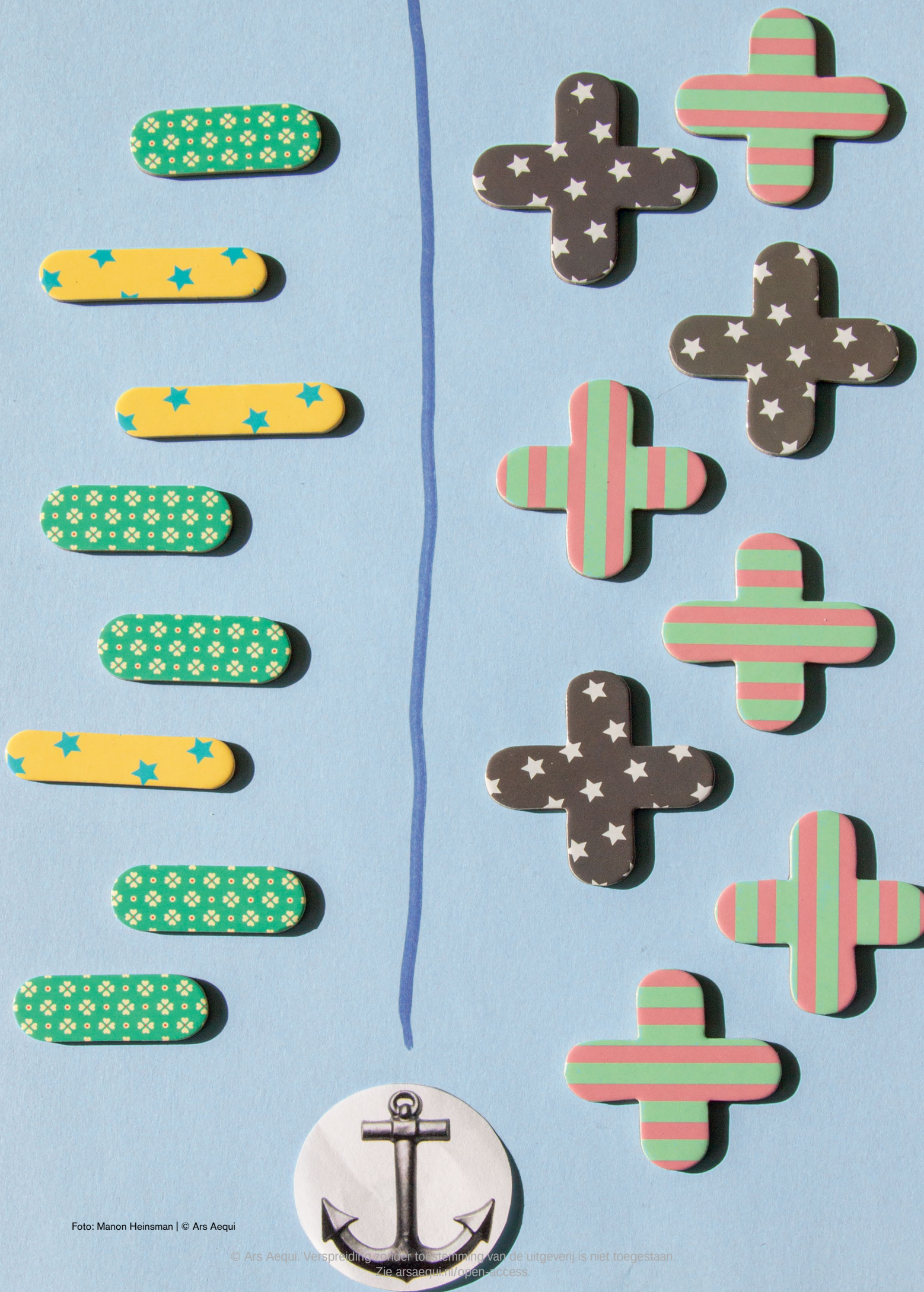


Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

© Ars Aequi. Verspreiding zonder toestemming van de uitgeverij is niet toegestaan.
Zie arsaequi.nl/open-access.

gen daadwerkelijk lezen en gebruiken,¹² dat een financiële waarschuwing slechts onder bepaalde voorwaarden effect heeft,¹³ en dat verschillende psychologische effecten consumenten kunnen tegenhouden hun bedenktijd te gebruiken.¹⁴ Een van die effecten is het bezitseffect (*endowment effect*), hetgeen inhoudt dat mensen iets automatisch meer gaan waarderen zodra zij het in hun bezit hebben.¹⁵

Gezien het feit dat de huidige beschermingstechnieken niet altijd de gewenste bescherming bieden, is het mijns inziens belangrijk om nader te onderzoeken of de CTO-strategie een welkome aanvulling is op het huidige arsenaal van beschermingstechnieken. Nader empirisch onderzoek zal dan allereerst moeten uitwijzen of de CTO-strategie ook binnen de context van het contractenrecht het gewenste effect kan hebben. Eerder heb ik al voorgesteld te onderzoeken of de CTO-strategie in het kader van de bijzondere zorgplicht van financiële instellingen en de bescherming van de particuliere borg kan worden toegepast als keuzehulp bij financieel risicovolle contracten.¹⁶ Concreet zou dat inhouden dat aan personen die op het punt staan een complex financieel product te kopen of een borgtochtovereenkomst aan te gaan, gevraagd wordt waarom het financiële risico van die keuze te groot zou kunnen zijn gezien hun situatie. Stel de CTO-strategie blijkt bij dergelijke keuzes tot een betere risico-inschatting te leiden, dan zijn de empirische vervolgvragen onder meer of het uitmaakt of het al dan niet verplicht is om gebruik te maken van de CTO-strategie en of het uitmaakt of personen zelf redenen moeten bedenken, redenen moeten kiezen uit een lijst met mogelijke relevante redenen, of alleen een lijst te zien krijgen met mogelijk relevante redenen.

Het gebruik van de CTO-strategie is vanuit een normatief-juridisch perspectief een aantrekkelijke optie omdat het de materiële contractsvrijheid van de zwakkere partij niet beperkt. Het contractenrecht heeft als uitgangspunt dat de materiële contractsvrijheid van een zwakkere partij slechts in uitzonderlijke gevallen mag worden beperkt ter bescherming tegen het maken van een onverstandige of ondoordachte keuze.¹⁷ Voor paternalisme is op dit terrein dus in beginsel geen plek in het contractenrecht. De CTO-strategie legt echter geen beperkingen op aan de materiële contractsvrijheid, aangezien een zwakkere partij na het gebruik daarvan niet in haar keuzevrijheid wordt beperkt.¹⁸ Het staat de zwakkere partij nog steeds vrij om bijvoorbeeld een financieel risicovol contract aan te gaan, ook al blijkt uit de tegenargumenten die in kaart zijn gebracht dat het mogelijk een onverstandige keuze is. Nieuwenhuis heeft een dergelijke beschermingswijze gekwalificeerd als fraternalistisch in plaats van paternalistisch.¹⁹ Er wordt geen verbod of gebod opgelegd aan de zwakkere partij, maar in plaats daarvan wordt de sterkere partij verplicht om de zwakkere partij te helpen met het maken van een weloverwogen

keuze. Een informatieplicht, waarschuwingplicht en bedenktijd leggen ook geen beperkingen op aan de materiële contractsvrijheid en zijn in die zin tevens fraternalistisch. Het mogelijke voordeel van de CTO-strategie ten opzichte van die beschermingstechnieken is echter dat zij duidelijker gestoeld is op empirisch bewijs omtrent de effectiviteit ervan. Uit nader empirisch onderzoek kan weliswaar naar voren komen dat de CTO-strategie ook lang niet altijd het gewenste effect heeft, maar het onderzoek dat er tot nu toe naar verricht is, stemt optimistisch.

Het gebruik van de *consider the opposite strategy* is vanuit een normatief-juridisch perspectief een aantrekkelijke optie omdat het de materiële contractsvrijheid van de zwakkere partij niet beperkt

Stel, in het meest gunstige scenario, dat de CTO-strategie zo goed beschermt dat het bijvoorbeeld een bedenktijd kan vervangen, dan is een bijkomend voordeel van de CTO-strategie dat het in sommige gevallen ook een duurzamere beschermingstechniek is. Bij fysieke producten heeft een bedenktijd vanuit het perspectief van duurzaamheid als nadeel dat producten teruggezonden moeten worden, die producten vervolgens niet altijd opnieuw (kunnen) worden verkocht, en dat het consumenten kan uitnodigen om bijvoorbeeld hetzelfde product in meerdere maten te bestellen, wetende dat sowieso één of meerdere producten moeten worden geretourneerd. Deze nadelen heeft de CTO-strategie niet aangezien het tracht te beschermen voordat iemand een bepaalde contractuele keuze maakt en niet daarna, zoals bij de bedenktijd.

Alles bij elkaar genomen, zijn er genoeg redenen om de potentie van de CTO-strategie in het contractenrecht nader te onderzoeken. Voordat definitief kan worden besloten of toepassing van de CTO-strategie een goed idee is, moeten niet alleen de voordelen daarvan nader in kaart worden gebracht, maar belangrijker nog – zo blijkt – ook de nadelen. Concreet zie ik hier in eerste instantie een taak weggelegd voor de wetenschap. Door eerst – eventueel in samenwerking met bijvoorbeeld een toezichthouder²⁰ – nader in kaart te brengen wat zou kunnen werken, kan wellicht de nieuwsgierigheid van de Nederlandse en Europese wetgever worden gewekt. Die zou dan opdracht kunnen geven de nog openstaande vragen te beantwoorden en uiteindelijk de knop kunnen doorhakken of de CTO-strategie moet worden toegepast en zo ja, hoe en in welke situaties dat moet worden gedaan en welke sanctie er bijvoorbeeld moet worden verbonden aan niet-naleving.

verminderd door de CTO-strategie zijn: het framing-effect, de overmoedigheidsbias en de bevestigingsbias. Zie voor een beknopt overzicht: Nagtegaal e.a. 2020, p. 565-576.

- 8 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* (37) 2014, p. 56-63.
- 9 T. Bouwman, *Nudging in het contractenrecht ter bescherming van zwakkere partijen* (diss. Utrecht; UCALL deel 23), Den Haag: Boom juridisch 2023, p. 71-72.
- 10 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009: BH2815, r.o. 5.2.2, *NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*).
- 11 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. 18-23.
- 12 G. Loewenstein, C.R. Sunstein & R. Golman, 'Disclosure: Psychology Changes Everything', *Annual Review of Economics* 2014, afl. 1, p. 391-419.
- 13 M. Mercer, A.R. Palmer & 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. Zie in het algemeen over waarschuwingplichten vanuit gedragswetenschappelijk perspectief: I. Giesen, *Handle with care! De waarschuwingplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.
- 14 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. 100-106.
- 15 Dhami 2016, p. 217-235.
- 16 Bouwman 2023, p. 239, 260-261.
- 17 Bouwman 2023, p. 95 e.v.
- 18 De vrijheid om zelf te bepalen of men contracteert, met wie men dat doet en welke inhoud het contract heeft, is de materiële contractsvrijheid. Zie verder: R. Feenstra & M. Ahsmann, *Contract: aspecten van de begrippen contract en contractsvrijheid in historisch perspectief*, Deventer: Kluwer 1988, p. 5.
- 19 J.H. Nieuwenhuis, 'Paternalisme, fraternalisme, egoïsme. Een kleine catechismus van het contractenrecht', *NJB* 2009, afl. 35, p. 2259.
- 20 Eerder heeft bijvoorbeeld de Autoriteit Financiële Markten al verschillende onderzoeken uitgevoerd naar de invloed van een keuzeomgeving op financiële beslissingen. Zie onder meer AFM, *Vooraf ingevulde waarden in de inkomens- en lastentoets in de telecombranche. Een experiment in de online keuzeomgeving*, Amsterdam: Autoriteit Financiële Markten 2018.