

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Open Universiteit
op gezag van de rector magnificus
prof. dr. Th.J. Bastiaens
ten overstaan van een door het
College voor promoties ingestelde commissie
in het openbaar te verdedigen

op donderdag 29 oktober 2026 te Heerlen

om 16.00 uur precies

door
Christian Alexander Wulf
geboren op 13 september 1982 te Den Haag

VOORWOORD

Het onderzoek dat aan dit proefschrift ten grondslag ligt, is voortgekomen uit mijn interesse in de combinatie van consumentengedrag, contractenrecht en zorgplicht. In het bijzonder raakte ik geïnteresseerd in de wijze waarop het gedrag van consumenten in een steeds verder digitaliserende omgeving kan worden beïnvloed en in de vraag wat dit betekent voor de bescherming van de financiële consument. De ogenschijnlijk eenvoudige vraag wat in zo'n omgeving nu eigenlijk de 'juiste keuze' voor iemand is, bleek daarbij al snel minder eenvoudig te beantwoorden.

Het doen van dit onderzoek heeft mij veel gebracht. Het heeft mij gedwongen hoofd- en bijzaken steeds opnieuw van elkaar te onderscheiden en juridische vraagstukken vanuit verschillende perspectieven te benaderen. Vooral het interdisciplinaire karakter van het onderzoek heb ik als bijzonder leerzaam ervaren. Het combineren van inzichten uit het recht, de economie en de psychologie vergde soms enig schakelen, maar heeft mijn blik op het financieel contractenrecht aanzienlijk verbreed.

Allereerst wil ik mijn promotores bedanken. Prof. mr. J.G.J. Rinkes, jou wil ik in het bijzonder bedanken voor de kans die je mij hebt geboden. Na de verdediging van mijn masterscriptie rechtsgeleerdheid benaderde je mij met de vraag of ik promotieonderzoek wilde gaan doen. Zonder die uitnodiging zou dit proefschrift er niet zijn geweest. Dank voor het vertrouwen dat je mij toen hebt gegeven en gedurende het traject bent blijven geven.

Ook prof. mr. drs M.L. Hendrikse ben ik veel dank verschuldigd. Vanaf het moment dat jij bij het onderzoek betrokken raakte, kwam het onderzoek in een stroomversnelling. Dank voor je heldere en scherpe feedback, je goede ideeën hielpen mij om het onderzoek verder te brengen.

Ik dank prof. mr. C.E. du Perron, prof. mr. C.W.M. Lieverse, prof. mr. T.H.M. van Wechem, mr. dr. M.D.H. Nelemans en mr. dr. D. Op Heij voor hun bereidheid zitting te nemen in de beoordelingscommissie en voor de tijd en aandacht die zij aan het manuscript hebben besteed.

Ook mijn collega's wil ik bedanken voor hun belangstelling, steun en aanmoediging gedurende het onderzoek. In het bijzonder dank ik Frank 't Hart. voor het meedenken en voor de gesprekken over mogelijke onderzoeksrichtingen. Het was waardevol om ideeën die soms nog weinig omlijnd waren met jou te kunnen bespreken en ze zo verder aan te scherpen.

Het combineren van een promotietraject met een gezin en een baan is niet altijd eenvoudig geweest. Dit proefschrift had ik dan ook niet kunnen voltooien zonder mijn vrouw. Lieve Daniëlle, bedankt voor de ruimte die je mij hebt gegeven om dit traject aan te gaan en af te ronden, ook op de momenten waarop het onderzoek meer tijd en aandacht vroeg dan ons beiden waarschijnlijk lief was.

Thijmen en Hugo, gedurende het schrijven van dit proefschrift hebben jullie er vooral voor gezorgd dat er altijd belangrijkere dingen waren dan voetnoten, deadlines en hoofdstukken die nog niet af waren. Ik heb enorm genoten van alle momenten met jullie en van de vanzelfsprekende manier waarop jullie alles steeds weer in perspectief hebben geplaatst.

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Lijst van afkortingen / XV

DEEL 1: INLEIDING EN ONDERZOEKSOPZET

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 3

1.1 Aanleiding voor het onderzoek / 3
1.2 Probleemstelling / 5
1.3 Onderzoeksvraag en deelvragen / 6
- 1.3.1 Centrale vraag / 6
- 1.3.2 Deelvragen / 6
- 1.3.3 Deelvraag 1 / 6
- 1.3.4 Deelvraag 2 / 7
- 1.3.5 Deelvraag 3 / 7
- 1.3.6 Deelvraag 4 / 8

1.4 Opzet van dit boek / 8
- 1.4.1 Wilsgebreken buiten het bereik van dit onderzoek / 13

1.5 Methodologie / 13
1.6 Belang van het onderzoek / 15
- 1.6.1 Wetenschappelijke relevantie / 15
- 1.6.2 Maatschappelijke relevantie / 15
- 1.6.3 Praktische hanteerbaarheid / 16
- 1.6.4 Originaliteit en bijdrage aan het debat / 16
- 1.6.5 Tijdsafbakening / 17

DEEL 2: GEDRAGSWETENSCHAPPELIJKE EN CONCEPTUELE GRONDSLAGEN

HOOFDSTUK 2

Consumentengedrag / 21

2.1 Inleiding / 21
- 2.1.1 Algemeen / 21
- 2.1.2 Hoofdstukindeling / 22

2.2 Behavioral economics en het EU-model / 23
2.2.1 EU-Model / 23
2.2.2 Suboptimale beslissingen / 24
2.3 Twee denksystemen / 24
2.4 Biases / 26
2.4.1 Voorbeelden / 26
2.5 Heuristieken / 29
2.5.1 Voorbeelden / 29
2.6 Framing / 30
2.7 Samenvatting / 30

HOOFDSTUK 3

Nudging / 33

3.1 Inleiding / 33
3.1.1 Algemeen / 33
3.1.2 Hoofdstukindeling / 34
3.2 Wat is nudging? / 34
3.3 Wat is de rol van autonomie en manipulatie bij nudging / 36
3.3.1 Autonomie / 36
3.3.2 Manipulatie / 38
3.4 Voordelen en nadelen van nudging / 41
3.5 Wie bepaalt of een nudge goed of slecht is? / 43
3.6 Digitalisering / 44
3.6.1 Offline en online consument / 45
3.6.2 Eigen opvatting / 46
3.6.3 Regulering / 47
3.6.4 Eigen opvatting / 47
3.7 Commerciële nudges / 48
3.7.1 Classificatie commerciële nudges / 48
3.8 Dark pattern of nudging? / 49
3.8.1 Dark patterns / 50
3.8.2 Taxonomie / 51
3.8.3 Voorbeelden van dark patterns / 52
3.8.4 Nudges en de verschillen met dark patterns / 54
3.9 Vooruitblik: Artificial intelligence-gedreven nudging / 55
3.10 Samenvatting / 58

HOOFDSTUK 4

Toepassing van nudging in de financiële sector / 61

4.1 Inleiding / 61
4.1.1 Algemeen / 61
4.1.2 Hoofdstukindeling / 62
4.2 Pensioenen en nudging / 62
4.2.1 Rol en invloed van de keuzeomgeving / 62

4.2.2 Keuzebegeleiding / 64
4.2.3 Rol van de pensioenuitvoerder / 64
4.3 Consumentenkrediet, sparen en nudging / 65
4.3.1 Consumentenkrediet / 65
4.3.2 Rol en invloed van de keuzeomgeving / 66
4.3.3 Sparen / 68
4.4 Beleggen en nudging / 69
4.4.1 Verschuiving naar AI-gedreven beïnvloeding / 70
4.5 Beleidsvisies op beleggersbescherming: Ministerie van Financiën en AFM / 71
4.5.1 Eigen opvatting / 72
4.6 Samenvatting / 72
Bijlagen / 74

DEEL 3: JURIDISCHE BEOORDELING VAN DIGITALE NUDGES

HOOFDSTUK 5

Informatieverstrekking en het informatieparadigma / 79

5.1 Inleiding / 79
5.1.1 Hoofdstukindeling / 80
5.2 Opkomst consumentenbescherming / 80
5.2.1 Europese ontwikkelingen / 80
5.2.2 Introductie van consumentenbescherming in het Nederlandse vermogensrecht / 82
5.2.3 Consumentenproblemen / 83
5.3 Consumentenbegrip / 84
5.3.1 Geen eenduidig consumentenbegrip / 85
5.3.2 Gemiddelde consument / 87
5.4 Opkomst informatieverstrekking / 87
5.5 Het informatieparadigma / 89
5.5.1 Theoretische benaderingen informatieverstrekking / 89
5.5.2 Beperkingen van het informatieparadigma / 91
5.5.3 Eigen opvatting / 92
5.6 Financiële geletterdheid / 92
5.7 Financieel consumentenrecht / 94
5.7.1 Consumentenkrediet en informatieverstrekking / 95
5.7.2 Beleggingsdiensten en informatieverstrekking / 97
5.8 Spanningsveld tussen toezichtrecht en privaatrecht / 100
5.9 Informatieverstrekking versus nudging / 102
5.9.1 Eigen opvatting / 104
5.10 Deelconclusie / 105

HOOFDSTUK 6

Oneerlijke handelspraktijken en nudging / 107

6.1 Inleiding / 107
6.1.1 Hoofdstukindeling / 108
6.2 Conceptuele en gedragswetenschappelijke basis / 108
6.2.1 Juridische relevantie van ontwerpkeuzes / 109
6.2.2 Cognitieve vertekeningen en de Richtlijn OHP / 109
6.2.3 Digitale beïnvloeding en de normen uit de Richtlijn OHP / 110
6.3 Functie en systematiek van de Richtlijn OHP / 111
6.3.1 Doel, reikwijdte en materiële norm / 111
6.3.2 Implementatie in Nederlandse wetgeving / 113
6.3.3 Professionele toewijding en de norm van wezenlijke verstoring / 115
6.3.4 Professionele toewijding en de inzet van nudging / 115
6.3.5 De rol van de gemiddelde consument in een digitale context / 116
6.4 Misleidende handelspraktijken in digitale omgevingen / 120
6.4.1 Klassieke benadering van misleidende handelspraktijken / 121
6.4.2 Gedragswetenschappelijke onderbouwing van misleiding / 125
6.4.3 Beoordeling van digitale nudges onder de norm voor misleidende handelspraktijken / 125
6.5 Agressieve handelspraktijken in digitale omgevingen / 130
6.5.1 Klassieke benadering van agressieve handelspraktijken / 130
6.5.2 Beoordeling van digitale nudges onder de norm voor agressieve praktijken / 134
6.6 Bijlage I van de Richtlijn OHP in digitale context / 136
6.6.1 Functie en systematiek van de zwarte lijst / 137
6.6.2 Digitale beïnvloeding en asymmetrie binnen een limitatieve lijst / 138
6.6.3 Nudges en de zwarte lijst / 139
6.6.4 Beoordeling van de noodzaak van uitbreiding of herinterpretatie / 140
6.7 Gedragscodes en soft law / 141
6.7.1 Richtsnoeren van de Europese Commissie / 141
6.7.2 Normatieve functie van soft law bij digitale beïnvloeding / 143
6.8 Financiële diensten en de toepassing van het OHP-kader / 144
6.8.1 Informatievereisten in het financieel recht en de normatieve benadering van de Richtlijn OHP / 146
6.8.2 De spanning tussen informatievereisten en gedragssturing in financiële besluitvorming / 148
6.9 Civielrechtelijke bescherming / 148
6.9.1 Civielrechtelijke grondslagen en bewijsproblematiek / 149
6.9.2 Wettelijk kader volgens nationale rechtspraak / 153
6.9.3 Vernietiging en causaliteit / 154
6.10 Deelconclusie / 156

HOOFDSTUK 7

Zorgplicht en nudging / 159

7.1 Inleiding / 159
7.1.1 Hoofdstukindeling / 160
7.2 Grondslag en functie van de zorgplicht / 161
7.2.1 Normatieve grondslag / 161
7.2.2 Contractuele gezichtspunten / 162
7.3 Civielrechtelijke zorgplicht / 165
7.4 Publiekrechtelijke zorgplicht / 167
7.4.1 Verhouding tot de civielrechtelijke zorgplicht / 168
7.5 Werking tussen publiek- en civielrechtelijk zorgplichten / 169
7.5.1 Dogmatische verschillen / 170
7.6 De bijzondere zorgplicht / 171
7.6.1 Chronologische ontwikkeling van de bijzondere zorgplicht / 172
7.6.2 Ontwikkellijn / 178
7.7 Concrete verplichtingen voortvloeiend uit de zorgplicht / 180
7.7.1 Vergaren van relevante informatie / 181
7.7.2 Verschaffen van relevante informatie / 182
7.7.3 Waarschuwingsplicht / 183
7.7.4 Ontraden van de transactie / 183
7.7.5 Weigeren uitvoering te geven aan een opdracht / 184
7.7.6 Mededelingsplicht versus waarschuwingsplicht / 184
7.8 Zorgplicht en nudging / 186
7.8.1 Begripsafbakening: nudging en zorgplicht / 186
7.8.2 Nudging als vorm van zorgvuldige dienstverlening / 186
7.8.3 Dark patterns en strijdigheid met de zorgplicht / 187
7.8.4 Beschermende nudges en de zorgplicht / 188
7.8.5 De rol van maatschappelijke opvattingen / 189
7.8.6 Nudging in de verschillende fasen van de rechtsverhouding / 189
7.8.7 Praktisch toetsingskader voor nudges / 190
7.9 Deelconclusie / 191

DEEL 4: AFSLUITING

HOOFDSTUK 8

Samenvatting, conclusie en slotbeschouwing / 195

8.1 Inleiding / 195
8.2 Het informatieparadigma onder druk / 195
8.2.1 Het informatieparadigma als reguleringsmodel / 196
8.2.2 Het onderliggende mensbeeld / 196
8.2.3 Digitale keuzeomgevingen en gedragsmatige realiteit van consumenten / 196
8.2.4 Gevolgen voor de effectiviteit van het paradigma / 196
8.2.5 Conclusie / 197

8.3 Digitale nudges en oneerlijke handelspraktijken / 197
8.3.1 Het gelaagde toetsingskader / 197
8.3.2 Nudges en dark patterns / 198
8.3.3 De beperkte rol van bijlage I / 198
8.3.4 Misleidende handelingen en omissies / 198
8.3.5 Agressieve handelspraktijken en ongepaste beïnvloeding / 198
8.3.6 Professionele toewijding / 199
8.3.7 Juridische toereikendheid en knelpunten / 199
8.3.8 Conclusie / 199
8.4 Zorgplicht en digitale keuzeomgevingen / 200
8.4.1 Rekening houden met voorzienbare biases / 200
8.4.2 Zorgplichtconforme nudges / 200
8.4.3 Schending van de zorgplicht / 200
8.4.4 Het ontbreken van beschermende nudges / 201
8.4.5 Contextuele invulling van de zorgplicht / 201
8.4.6 Conclusie / 201
8.5 Naar een geïntegreerd normatief toetsingskader / 201
8.5.1 Onderlinge samenhang van de bestaande kaders / 202
8.5.2 Beperkingen in het huidige beschermingsmodel / 202
8.5.3 Normatieve criteria voor een adequaat toetsingskader / 203
8.5.4 Conclusie / 204
8.6 Slotsom / 205
8.7 English Summary / 206
8.7.1 The Information Paradigm Under Pressure / 206
8.7.2 The Information Paradigm as a Regulatory Model / 206
8.7.3 The Underlying Conception of the Individual / 207
8.7.4 Digital Choice Environments and the Behavioural Reality of Consumers / 207
8.7.5 Implications for the Effectiveness of the Paradigm / 207
8.7.6 Conclusion / 207
8.7.7 Digital Nudges and Unfair Commercial Practices / 208
8.7.8 The Layered Assessment Framework / 208
8.7.9 Nudges and Dark Patterns / 208
8.7.10 The Limited Role of Annex I / 209
8.7.11 Misleading Actions and Omissions / 209
8.7.12 Aggressive Commercial Practices and Undue Influence / 209
8.7.13 Professional Diligence / 209
8.7.14 Adequacy and Bottlenecks / 210
8.7.15 Conclusion / 210
8.7.16 Duty of Care and Digital Choice Environments / 210
8.7.17 Taking Account of Foreseeable Biases / 211
8.7.18 Duty-of-Care-Compliant Nudges / 211
8.7.19 Breach of the Duty of Care / 211
8.7.20 The Absence of Protective Nudges / 211
8.7.21 Contextual Interpretation of the Duty of Care / 212
8.7.22 Conclusion / 212

8.7.23 Towards an Integrated Normative Assessment Framework / 212
8.7.24 Interrelationship Between the Existing Frameworks / 212
8.7.25 Limitations in the Current Model of Protection / 213
8.7.26 Normative Criteria for an Adequate Assessment Framework / 213
8.7.27 Conclusion / 215
8.8 Conclusion / 215

Literatuurlijst / 217

Jurisprudentieregister / 239

Wetgeving, beleidsstukken en overige publicaties / 243

DEEL 1: INLEIDING EN ONDERZOEKSOPZET

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1.1 Aanleiding voor het onderzoek

Wat is een verstandige keuze? Ter beantwoording van deze vraag wordt aangesloten bij het zogenoemde EU-model.[1] De kern van het EU-model is dat mensen kiezen voor de optie die volgens de rekenregels van dit model het hoogste verwachte nut oplevert.[2] De optie met de hoogste uitkomst geldt binnen dit kader als de rationeel beste keuze. Een afwijking van deze keuze wordt in het EU-model als irrationeel beschouwd. Uit gedragswetenschappelijke studies volgt echter dat het klassieke beeld van het EU-model, gebaseerd op de rationele keuzetheorie, niet langer als normatief moet worden beschouwd.[3]

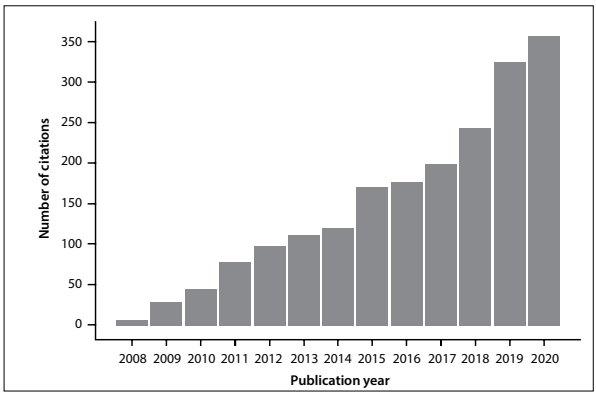
Dit roept direct de vraag op hoe financiële ondernemingen vanuit het perspectief van consumentenbescherming, behoren te handelen. Lange tijd gold de aanname dat mensen in beginsel rationeel zijn.[4] Recente bevindingen laten echter overtuigend zien dat deze veronderstelling niet zonder meer standhoudt. Dat betekent overigens niet dat consumenten irrationeel of onwetend zijn, maar wel dat hun vermogen om informatie te verwerken en weloverwogen keuzes te maken, begrensd is.[5] Om de normatieve implicaties daarvan te bepalen, zoom ik in op het beslisgedrag van de financiële consument.

Consumenten nemen immers voortdurend financiële beslissingen. Ik geef hiervan twee voorbeelden: (i) de beslissing óf en hoeveel te sparen, en (ii) de afweging om schulden aan te gaan dan wel af te lossen.[6] Dergelijke beslissingen worden doorgaans als abstract en complex ervaren en vereisen van de consument een beoordeling van onder andere risico, onzekerheid

1 Ook bekend als de rationele keuzetheorie.
2 Hoe mensen keuzes maken, W. Tiemeijer, Amsterdam University Press, Amsterdam 2011, p. 14.
3 L. Congiu en I. Moscati (2022). A review of nudges: Definitions, justifications, effectiveness. Journal of Economic Surveys, 36:188–213.
4 D. Kahneman en A. Tversky, '*Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, *Econometrica*, Mar., 1979, Vol. 47, No. 2.
5 Zie bijvoorbeeld: D. Kahneman, 'Ons feilbare denken', Antwerpen: Business Contact: 2017 (33e druk), p. 28., D. Kahneman en A. Tversky, 'Choices, Values, and Frames', *American Psychologist* 1984-39, p. 341-350., A. Tversky en D. Kahneman, 'Loss Aversion in Riskless Choice: A Reference Dependent Model", *Quarterly Journal of Economics* 107(4), p. 1039-1061., A. Tversky en D. Kahneman: "Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases," *Science*, 185 (1974), p. 1124-1131., A. Tversky en D. Kahneman, "Advances in Prospect Theory: Cumulative Representation of Uncertainty", *Journal of Risk and Uncertainty* 5:297-323 (1992)., D. Kahneman, 'Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics', *The American Economic Review*, Dec., 2003, Vol. 93, No. 5, p. 1449- 1475. en D. Kahneman en A. Tversky, '*Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, *Econometrica*, Mar., 1979, Vol. 47, No. 2, p. 263-292.
6 A.E. Greenberg en H.E. Hershfield, 'Financial Decision Making', *Consumer Psychology Review* 2019;2, p. 17–29.

en een afweging tussen heden en toekomst.[7] Bij het nemen van beslissingen over financiële producten spelen *cognitieve vertekeningen* aantoonbaar een rol. De term cognitieve vertekening is geen juridisch begrip, maar verwijst naar de structurele denkfouten die mensen maken bij het nemen van beslissingen.[8] Dit roept de vraag op in hoeverre consumenten, door zich bewust te worden van *framing* en *biases*, in staat zijn tot beter geïnformeerde en rationelere financiële besluitvorming.

Beslissingen worden genomen binnen een keuzeomgeving, die zowel fysiek als digitaal kan zijn vormgegeven. Sinds gedragseconoom Thaler en rechtsgeleerde Sunstein het boek '*Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*' publiceerden, is de aandacht voor het fenomeen *nudging* aanzienlijk toegenomen (zie grafiek hierna).[9] Volgens Thaler en Sunstein betreft een nudge een subtiel duwtje in de goede richting.[10] Nudges werken door opzettelijke veranderingen of ontwerpen van de keuzeomgeving.



11

Hoewel interventies, zoals nudges, consumenten in staat kunnen stellen om betere beslissingen te nemen, roept het gebruik van nudging ethische en juridische bezwaren op. De mogelijkheid van manipulatie, cognitieve vertekeningen en ongeoorloofde beïnvloeding leidt tot juridische vragen binnen klassieke leerstukken als oneerlijke handelspraktijken en zorgplicht. Daarmee komt de vraag op in hoeverre een normatieve toetsing vereist is bij de inzet van nudges, met name wanneer financiële ondernemingen dergelijke technieken hanteren ter bevordering van hun eigen commerciële belangen, zoals winstmaximalisatie.

7 K. Broekhuizen, 'Markten, mensen en zorgvuldigheid', *Ondernemingsrecht* 2018/77, p.4.

8 T. Bouwman gebruikt de term congitieve biases. T. Bouwman, 'De cognitieve biases van de maatmens, de gemiddelde consument. Analyse van HvJ EU 14 november 2024, ECLI:EU:C:2024:957 (Compass Banca), *TvC* 2025-3.

9 S. Mertens, M. Herberz, U.J.J. Hahnel, & T. Brosch, The effectiveness of nudging: A meta-analysis of choice architecture interventions across behavioral domains, Proc. Natl. Acad. Sci. U.S.A. 119 (1) (2022), figuur 1 op p 2.

10 R. Thaler en C. Sunstein, *Nudge*, Amsterdam: Uitgeverij Business Contact 2009, p.14.

11 Deze grafiek geeft het aantal citaties weer van Thaler en Sunstein '*Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*' tussen 2008 en 2022. De aantallen zijn gebaseerd op Counts a 'citation search' in Web of Science. Bron: S. Mertens, M. Herberz, U.J.J. Hahnel, & T. Brosch, The effectiveness of nudging: A meta-analysis of choice architecture interventions across behavioral domains, Proc. Natl. Acad. Sci. U.S.A. 119 (1) (2022), p.2.

In de afgelopen decennia heeft de Europese wetgever ingezet op informatieverstrekking als instrument ter bescherming van de consument. Deze benadering past in het zogeheten *informatieparadigma*, waarin de wetgever uitgaat van een rationeel handelende consument en veronderstelt dat informatie-asymmetrie kan worden opgeheven door de consument adequaat te informeren. Deze beschermingsgedachte heeft geleid tot een aanzienlijke toename van het informatieaanbod aan consumenten. De vraag is echter in hoeverre deze informatieverstrekking haar doel daadwerkelijk dient. Wanneer consumenten worden geconfronteerd met een overvloed aan informatie, ontstaat het risico van *cognitieve overbelasting*. In dat geval raken zij overweldigd en zijn daardoor niet in staat om weloverwogen beslissingen te nemen. Hierdoor wordt de effectiviteit van informatieverstrekking als beschermingsmaatregel verminderd en wordt het informatieparadigma aan het wankelen gebracht.

Tegen deze achtergrond kan nudging de kloof dichten tussen informatieverstrekking en feitelijk keuzegedrag. Door de keuzeomgeving zorgvuldig te ontwerpen worden consumenten geholpen om besluiten te nemen die beter aansluiten bij hun belangen. Dat legitimeert de inzet niet zonder meer. Nudges bevinden zich op het snijvlak van ondersteuning en beïnvloeding. Zonder duidelijke waarborgen dreigt manipulatie en liggen *dark patterns* voor de hand.[12] Daarom is een toetsingskader nodig. Dat kader beoordeelt de legitimiteit van de inzet van nudges en stelt het consumentenbelang voorop.

1.2 Probleemstelling

Digitale keuzeomgevingen zijn uitgegroeid tot de plek waarin financiële beslissingen worden genomen. De Europese wetgever heeft lang vertrouwd op informatieverstrekking als kern van consumentenbescherming, terwijl gedragsonderzoek laat zien dat beperkte rationaliteit, informatie-overload en cognitieve vertekeningen (de structurele denkfouten die mensen maken bij het nemen van beslissingen) de effectiviteit daarvan ondermijnen. Tegelijk zetten financiële ondernemingen nudges in die keuzes sturen, variërend van behulpzame keuzebegeleiding tot grensgevallen die neigen naar dark patterns. Dit creëert een spanningsveld tussen autonomie, commerciële sturing en juridische bescherming.

De probleemstelling van dit onderzoek richt zich op het spanningsveld tussen digitale gedragssturing en het bestaande consumentenbeschermingsrecht. Centraal staat de vraag in hoeverre de inzet van digitale nudges in financiële keuzeomgevingen het traditionele informatieparadigma en de leerstukken van oneerlijke handelspraktijken en zorgplicht onder druk zet. Daarbij wordt onderzocht of deze kaders juridisch toereikend zijn om digitale gedragsbeïnvloeding te reguleren en te begrenzen, en welke normatieve aanpassingen noodzakelijk zijn om tot een adequaat en samenhangend toetsingskader te komen.

De keuze voor de leerstukken oneerlijke handelspraktijken en zorgplicht laat zich verklaren doordat zij ieder een normatief aanknopingspunt bieden voor de beoordeling van gedragsbeïnvloeding in financiële keuzeomgevingen. Het leerstuk van oneerlijke handelspraktijken fungeert als primair toetsingskader voor commerciële beïnvloeding en bepaalt in hoeverre

12 Dark patterns zijn erop gericht om in de online omgeving consumenten te sturen naar keuzes die niet in hun belang zijn (par. 3.8.1).

gedragingen misleidend of agressief zijn. Het leerstuk van de zorgplicht concretiseert de verantwoordelijkheid van financiële ondernemingen om het belang van de consument centraal te stellen, ook waar het gaat om de inrichting en presentatie van keuzeomgevingen. Gezamenlijk bieden deze leerstukken een complementair normatief kader.

Het is onduidelijk in hoeverre en op welke wijze digitale nudges die inspelen op cognitieve vertekeningen binnen deze leerstukken kunnen worden gekwalificeerd. Dit onderzoek beoogt meer duidelijkheid te bieden. Daarbij worden de bestaande kaders systematisch geanalyseerd en vertaald naar een praktisch toetsingskader voor de beoordeling van digitale nudges in het financieel contractenrecht.

1.3 Onderzoeksvraag en deelvragen

1.3.1 Centrale vraag

De bovengenoemde ontwikkelingen en constateringen hebben bijgedragen aan de formulering van de centrale onderzoeksvraag van dit onderzoek:

> *"In hoeverre zetten digitale nudges in financiële keuzeomgevingen het bestaande kader van oneerlijke handelspraktijken en zorgplicht, alsmede het informatieparadigma, onder druk, en welke aanpassingen zijn nodig om tot een adequaat normatief toetsingskader te komen?"*

1.3.2 Deelvragen

De centrale onderzoeksvraag valt uiteen in de volgende deelvragen:

i. Hoe verhoudt het informatieparadigma zich tot digitale nudges in financiële keuzeomgevingen, en in hoeverre schiet dit paradigma tekort als beschermingsmechanisme?
ii. In hoeverre kunnen digitale nudges kwalificeren als een misleidende of agressieve handelspraktijk in het kader van oneerlijke handelspraktijken, gelet op cognitieve vertekeningen en digitale ontwerpkeuzes?
iii. Welke verantwoordelijkheden brengt de zorgplicht voor een financiële dienstverlener mee voor de inrichting van digitale keuzeomgevingen, en wanneer kan deze zorgplicht worden geschonden door de inzet van nudges?
iv. In hoeverre bieden het informatieparadigma, oneerlijke handelspraktijken en de zorgplicht gezamenlijk voldoende bescherming tegen digitale nudges, en welke normatieve criteria zijn vereist voor een adequaat toetsingskader?

1.3.3 Deelvraag 1

Ter beantwoording van de eerste deelvraag onderzoek ik de ontwikkeling en reikwijdte van het informatieparadigma binnen het (financieel) consumentenrecht. Daarbij analyseer ik hoe informatieverstrekking traditioneel wordt ingezet als primair beschermingsmechanisme tegen informatie-asymmetrie. In dit kader wordt aandacht besteed aan de veronderstelling van de rationeel handelende consument en de wijze waarop deze veronderstelling in wetgeving en rechtspraak is verankerd.

Vervolgens zet ik dit paradigma tegenover gedragswetenschappelijke inzichten over beperkte rationaliteit, cognitieve vertekeningen en digitale keuze-architectuur. Daarbij staat centraal in hoeverre digitale nudges het uitgangspunt ondermijnen dat adequate informatievoorziening leidt tot weloverwogen besluitvorming. De analyse richt zich op de vraag of en in welke mate het informatieparadigma tekortschiet wanneer financiële beslissingen plaatsvinden in digitaal ontworpen keuzeomgevingen waarin gedragssturing een rol speelt.

Deze deelvraag vormt het vertrekpunt van de juridische analyse, omdat deze het normatieve fundament onderzoekt waarop een aanzienlijk deel van de consumentenbescherming is gebaseerd.

1.3.4 Deelvraag 2

De tweede deelvraag richt zich op de toepassing van het kader van oneerlijke handelspraktijken op digitale nudges. In dit verband analyseer ik de Richtlijn OHP en de Nederlandse implementatie daarvan, met bijzondere aandacht voor de begrippen misleidende en agressieve handelspraktijken en de zwarte lijst. Daarbij wordt onderzocht in hoeverre digitale ontwerpkeuzes kunnen kwalificeren als misleiding of ongepaste beïnvloeding.

In deze analyse betrek ik expliciet de rol van cognitieve vertekeningen en de vraag in hoeverre deze van invloed zijn op de beoordeling van de gemiddelde consument. Tevens wordt aandacht besteed aan de betekenis van de digitale context, zoals personalisering en interface-ontwerp, voor de kwalificatie van een handelspraktijk.

De beantwoording van deze deelvraag maakt inzichtelijk in hoeverre het kader van oneerlijke handelspraktijken toereikend is om gedragssturing via digitale nudges te reguleren.

1.3.5 Deelvraag 3

De derde deelvraag betreft de zorgplicht van financiële ondernemingen in relatie tot digitale nudges. In dit kader analyseer ik zowel de publiekrechtelijke, de civielrechtelijke zorgplicht, en de bijzondere zorgplicht zoals ontwikkeld in de jurisprudentie. Daarbij wordt onderzocht welke verantwoordelijkheden financiële ondernemingen dragen bij de inrichting van digitale keuzeomgevingen.

Specifiek wordt ingegaan in hoeverre het actief ontwerpen van een keuzeomgeving die inspeelt op cognitieve kwetsbaarheden kan leiden tot een schending van de zorgplicht. Tevens wordt aandacht besteed aan de verhouding tussen consumentenbescherming en eigen verantwoordelijkheid van de consument.

Met deze deelvraag wordt beoordeeld in hoeverre de zorgplicht een remedie kan vormen tegen ongewenste vormen van digitale gedragssturing.

1.3.6 Deelvraag 4

De vierde deelvraag heeft een synthetiserend karakter. Op basis van de bevindingen uit de voorgaande deelvragen onderzoek ik in hoeverre het informatieparadigma, het kader van oneerlijke handelspraktijken en de zorgplicht gezamenlijk voldoende bescherming bieden tegen digitale nudges in financiële keuzeomgevingen.

Daarbij wordt beoordeeld hoe deze kaders zich tot elkaar verhouden, waar deze elkaar versterken en waar deze mogelijk tekortschieten in de regulering van digitale nudges. Op basis van deze analyse formuleer ik normatieve criteria voor een toereikend toetsingskader voor digitale nudges. Deze criteria vormen de basis voor de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag en voor de slotbeschouwing van dit proefschrift.

1.4 Opzet van dit boek

In mijn onderzoek behandel ik in elk hoofdstuk verschillende deelonderwerpen die vooraf zijn vastgesteld om het vraagstuk duidelijk af te bakenen. Deze initiële afbakening helpt bij het structureren van het onderzoek en zorgt ervoor dat alle relevante aspecten aan bod komen.

Deel 2: Gedragswetenschappelijke en conceptuele grondslagen

Hoofdstuk 2 – Consumentengedrag
In het tweede hoofdstuk staat het gedrag van de financiële consument centraal. Inzicht in het keuzegedrag van consumenten is belangrijk om de werking en effectiviteit van nudges binnen besluitvormingsprocessen te doorgronden. Ik begin met een schets van de oorsprong van de *behavioral economics* en de essentie van de gedragswetenschappen. Daarbij dient het EU-model als vertrekpunt. Dit model heeft lange tijd als normatief uitgangspunt gefungeerd. Ter vergelijking wordt ook het utilitarisme besproken, waarvan Jeremy Bentham als een van de grondleggers geldt. Beide benaderingen gaan uit van het principe van het maximaal verwachte nut.

Inzichten uit de gedragswetenschappen tonen aan dat mensen niet altijd rationeel handelen. Dat individuen niet altijd rationeel handelen, impliceert niet een gebrek aan intelligentie. De kern is dat het menselijk vermogen om informatie te verwerken en weloverwogen beslissingen te nemen begrensd is. Vervolgens bespreek ik de tweedeling in het menselijk denkproces zoals geïdentificeerd door Kahneman: systeem I (snel, automatisch) en systeem II (traag, analytisch). Na bespreking van enkele veelvoorkomende biases in financiële besluitvorming, ga ik nader in op het mechanisme van heuristieken en het effect van framing.

Hoofdstuk 3 – Nudging
In hoofdstuk drie staat het begrip nudging centraal. Daarmee sluit dit hoofdstuk logisch aan op het voorgaande hoofdstuk, waarin is vastgesteld dat consumenten in financiële besluitvorming niet steeds handelen conform het rationele keuzemodel. De in hoofdstuk 2 besproken gedragswetenschappelijke inzichten tonen aan dat financiële keuzes mede worden beïnvloed door voorspelbare cognitieve mechanismen. Dit vormt het vertrekpunt voor de analyse van

nudging als gedragsinterventie die inspeelt op dergelijke mechanismen zonder formele beperkingen of financiële prikkels op te leggen.

Allereerst wordt uiteengezet wat onder nudging wordt verstaan en welke elementen kenmerkend zijn voor een nudge. Daarbij wordt aandacht besteed aan de ontstaansgeschiedenis van het begrip en aan de rol van de keuzeomgeving als instrument van gedragssturing. De verbinding met het in hoofdstuk 2 besproken consumentengedrag wordt gelegd door inzichtelijk te maken hoe subtiele aanpassingen in de inrichting van die keuzeomgeving het financiële besluitvormingsproces kunnen beïnvloeden. Tevens wordt het concept libertair paternalisme besproken, waarbij zowel de argumenten van voorstanders als de bezwaren van critici worden geanalyseerd.

Vervolgens ga ik nader in op de normatieve dimensie van nudging. In dat kader bespreek ik de verhouding tussen nudging en autonomie, alsmede het onderscheid tussen toelaatbare beïnvloeding en manipulatie. Deze analyse is noodzakelijk om de ethische en juridische grenzen van nudging scherp af te bakenen en vormt een belangrijke opmaat naar de latere juridische beoordeling.

Daarna richt het hoofdstuk zich op nudging in digitale contexten. Digitalisering vergroot de mogelijkheden om gedrag te sturen door middel van gepersonaliseerde interfaces, datagedreven optimalisatie en continue monitoring van gebruikersgedrag. In dit verband wordt tevens het onderscheid onderzocht tussen nudging en zogenoemde *dark patterns*. Door deze afbakening wordt duidelijk waar de grens ligt tussen ondersteunende gedragssturing en potentieel problematische beïnvloeding.

Het hoofdstuk besteedt tevens aandacht aan commerciële nudges binnen financiële dienstverlening en aan de vraag welke actoren bepalen of een specifieke gedragsinterventie als wenselijk kan worden aangemerkt. Tot slot wordt vooruitgeblikt op AI-gedreven nudging, waarbij algoritmische personalisatie en geautomatiseerde besluitvorming de reikwijdte en intensiteit van gedragssturing kunnen vergroten.

Hoewel in dit hoofdstuk gebruik wordt gemaakt van gedragswetenschappelijke inzichten, is de insteek primair juridisch-normatief. Op basis van gezaghebbende literatuur wordt een helder en systematisch begrippenkader ontwikkeld dat als fundament dient voor de juridische analyse in de daaropvolgende hoofdstukken.

Hoofdstuk 4 – Toepassing van nudging in de financiële sector
In de voorgaande hoofdstukken is uiteengezet hoe gedragswetenschappelijke inzichten verklaren waarom consumenten niet steeds handelen conform het rationele keuzemodel en hoe nudging als gedragsinterventie inspeelt op voorspelbare cognitieve mechanismen. Met dit hoofdstuk begint de analyse van de concrete toepassing van nudging binnen de financiële sector. Het hoofdstuk vormt daarmee de brug tussen het conceptuele kader van de hoofdstukken 2 en 3 en de juridische beoordeling in de daaropvolgende hoofdstukken.

De financiële sector is bij uitstek een domein waarin de inrichting van de keuzeomgeving grote invloed kan uitoefenen op consumentengedrag. Financiële beslissingen, zoals sparen, lenen

en beleggen, vergen complexe afwegingen waarin onzekerheid, risico en tijdsvoorkeuren een centrale rol spelen. Tegelijkertijd zijn de digitale keuzeomgevingen waarin deze beslissingen worden genomen zelden neutraal vormgegeven. Financiële ondernemingen beschikken over aanzienlijke ruimte om opties, informatie en volgordes zodanig te presenteren dat bepaalde keuzes worden bevorderd.

Het hoofdstuk onderzoekt hoe nudges in de praktijk worden vormgegeven binnen drie belangrijke domeinen: (i) pensioenen, (ii) consumentenkrediet en sparen, en (iii) beleggen. In het pensioendomein wordt aandacht besteed aan het gebruik van vooraf ingevulde keuzes (defaults) en de volgorde van presentatie van opties als instrumenten om deelname en premiehoogte te beïnvloeden. In het kader van consumentenkrediet wordt geanalyseerd hoe digitale interfaces, bijvoorbeeld door middel van schuifbalkjes en framing, het leengedrag kunnen sturen. Daarbij komt ook de rol van informatieovervloed aan bod en het risico van cognitieve overbelasting. Ten aanzien van beleggen wordt besproken hoe online beleggingsomgevingen gedragselementen kunnen bevatten die intuïtieve besluitvorming stimuleren, hetgeen niet steeds in het belang van de consument hoeft te zijn.

Daarnaast wordt aandacht besteed aan financiële geletterdheid en de verhouding tussen kennis, cognitieve belasting en keuzevrijheid. Hoewel financiële geletterdheid strikt genomen geen gedragsmechanisme is, is dit onlosmakelijk verbonden met de wijze waarop consumenten digitale informatie verwerken. De analyse laat zien dat in complexe digitale omgevingen niet zonder meer kan worden uitgegaan van een volledig geïnformeerde en rationeel handelende consument.

Bijzondere aandacht gaat uit naar de toenemende digitalisering en personalisatie van financiële dienstverlening. AI-gestuurde aanbevelingen, datagedreven personalisatie en algoritmische optimalisatie vergroten het potentieel van nudging aanzienlijk, maar versterken tegelijkertijd het risico dat gedragsinterventies de autonomie van consumenten onder druk zetten. In dit licht wordt bezien in hoeverre dergelijke strategieën bijdragen aan verstandige keuzes en welke normatieve grenzen daarbij in aanmerking moeten worden genomen.

Tot slot wordt stilgestaan bij het toezichtsperspectief. Nationale toezichthouders, waaronder de AFM, hebben herhaaldelijk benadrukt dat keuzearchitectuur en digitalisering een steeds prominentere rol spelen in consumentengedrag. Dit bevestigt dat de toepassing van nudging binnen financiële dienstverlening niet slechts theoretisch van belang is, maar directe implicaties heeft voor zorgvuldige dienstverlening, compliance en de inrichting van online financiële omgevingen. Het hoofdstuk biedt daarmee een belangrijke feitelijke en contextuele basis voor de juridische beoordeling in de daaropvolgende delen van dit onderzoek.

Deel 3: Juridische beoordeling van digitale nudges

Hoofdstuk 5 – Informatieverstrekking en het informatieparadigma
Met hoofdstuk 5 begint het derde deel van dit onderzoek, waarin de juridische beoordeling van digitale nudges centraal staat. Hoofdstuk 5 vormt het vertrekpunt van die beoordeling door het klassieke fundament van consumentenbescherming te analyseren: het informatieparadigma. Dit paradigma gaat uit van de veronderstelling dat consumenten in staat zijn rationele en

weloverwogen beslissingen te nemen, mits zij beschikken over voldoende en juiste informatie. In het Nederlandse vermogensrecht en het financieel toezichtrecht heeft dit uitgangspunt geleid tot een omvangrijk stelsel van informatieverplichtingen.

In dit hoofdstuk onderzoek ik de opkomst en ontwikkeling van consumentenbescherming binnen het privaatrecht en de invloed van Europese regelgeving op de inrichting van informatieverplichtingen. Daarbij wordt aandacht besteed aan zowel civielrechtelijke normen als publiekrechtelijke gedragsregels, waaronder de informatieverplichtingen die voortvloeien uit het financieel toezichtrecht. Deze analyse brengt de normatieve aannames achter het informatieparadigma in kaart en maakt inzichtelijk hoe sterk het recht gericht is op informatievoorziening als beschermingsmechanisme.

Vervolgens plaats ik dit paradigma binnen de context van gedragswetenschappelijke inzichten en de realiteit van digitale keuzeomgevingen. In de praktijk blijkt informatievoorziening niet steeds effectief te zijn, onder meer doordat consumenten informatie niet lezen, niet begrijpen of niet verwerken. De toenemende digitalisering en datagedreven personalisatie versterken dit probleem, nu de inrichting van de keuzeomgeving invloed uitoefent op het beslisproces. Tegen deze achtergrond staat in dit hoofdstuk de vraag centraal in hoeverre het informatieparadigma toereikend is als beschermingsmechanisme in een context waarin digitale nudges een steeds grotere rol spelen.

Dit hoofdstuk beantwoordt daarmee de eerste deelvraag en legt het normatieve fundament voor de verdere juridische analyse. Door inzichtelijk te maken waar het informatieparadigma tekortschiet of onder druk komt te staan, wordt duidelijk welke ruimte bestaat voor aanvullende regulering of herijking van bestaande leerstukken in de daaropvolgende hoofdstukken.

Hoofdstuk 6 – Oneerlijke handelspraktijken en nudging
Hoofdstuk 6 bouwt voort op de analyse van het informatieparadigma en richt zich op het kader van oneerlijke handelspraktijken als instrument ter bescherming van consumenten tegen beïnvloeding van het besluitvormingsproces. In digitale keuzeomgevingen maken ondernemingen gebruik van ontwerpkeuzes, personalisatie en datagedreven optimalisatie om het besluitvormingsproces van consumenten te sturen. Dit roept de vraag op in hoeverre het bestaande kader van de Richtlijn OHP toereikend is om dergelijke vormen van gedragsbeïnvloeding te beoordelen.

In dit hoofdstuk analyseer ik de systematiek en doelstelling van de Richtlijn OHP en de Nederlandse implementatie daarvan. Daarbij wordt het gelaagde toetsingskader van de richtlijn uiteengezet, waaronder (i) de per se verboden handelspraktijken, (ii) de categorieën misleidende en agressieve praktijken, en (iii) de algemene clausule van professionele toewijding.

In dit hoofdstuk wordt inzichtelijk gemaakt in hoeverre digitale nudges kunnen kwalificeren als misleidende of agressieve handelspraktijken en waar de grenzen van het huidige normatieve kader liggen. Dit hoofdstuk beantwoordt daarmee de tweede deelvraag en vormt een belangrijk onderdeel van de bredere beoordeling van de juridische toereikendheid van het bestaande consumentenbeschermingsrecht ten aanzien van digitale gedragssturing.