

# Rondom het nieuws

## *Symposiumverslag 'Nudging in de financiële sector' bij de Vereniging voor Financieel Recht (VvFR)*

mr. C. Wulf<sup>1</sup>

Op 4 maart 2021 hebben prof. mr. dr. Femke de Vries<sup>2</sup> en dr. mr. Frank 't Hart<sup>3</sup> tijdens de ledenbijeenkomst van de Vereniging voor Financieel Recht een presentatie gegeven over het onderwerp *Nudging in de financiële sector*. Er blijkt een spanningsveld te zijn waarbij financiële ondernemingen moeten anticiperen op maatschappelijke verwachtingen waarbij het van belang is vooruit te kijken en gedrag te begrijpen en op welke manier we de grenzen aan de effectiviteit van nudging zullen moeten accepteren. Hieronder volgt een verslag.

### 1. Inleiding

Met 'nudging' wordt bedoeld op het gebruik van inzichten uit de gedragswetenschappen om consumenten een duwtje in de gewenste richting te geven. De belangstelling hiervoor neemt toe in de financiële industrie en bij de financiële toezichthouders, aldus de VvFR. Inmiddels wordt beseft dat consumenten geen rationele financiële beslissingen nemen. Mensen sparen bijvoorbeeld niet voldoende voor hun pensioen, zelfs als zij weten dat dit nodig is. Of consumenten kiezen voor minimale aflossingen op hun leningen, terwijl die zo door de rente veel duurder worden.

### 2. Nudging en zorgplicht

De Vries begint met het benoemen van enkele voorbeelden van advertenties van financiële instellingen waarbij zij benadrukt dat deze instellingen zich bewust moeten zijn van het irrationele gedrag of de mentale valkuilen van consumenten. Een sprekend voorbeeld is te vinden op de website van een Duitse winkelketen die gespecialiseerd is in consumentenelektronica. Op die webpage wordt aangeboden om te betalen per maand. Op deze pagina staat een lachende meneer met daarbij de tekst waarom zou je

alles in een keer betalen. Daaronder staan diverse groene vinkjes waarmee de indruk wordt gewekt dat het volstrekt normaal is om te kopen op afbetaling. Onduidelijk is dat de kosten van kopen op afbetaling substantieel hoger zijn. Na deze introductie gaat De Vries door waarbij ze vertelt dat het haar fascineert dat er bij financiële instellingen heel erg vertrouwd wordt op processen. Met andere woorden: als we goede processen hebben, maken de consumenten vanzelf de goede keuzes. Binnen de processen zijn er altijd nog keuzevrijheden en in de praktijk blijkt dat er daardoor alsnog beslissingen genomen kunnen worden die niet in het belang van de consument zijn. Zij besteedt vervolgens aandacht aan hoe ons brein werkt en haalt Nobelprijs Daniel Kahneman aan. Zij legt uit dat Kahneman onderscheid maakt tussen een automatisch en intuïtieve manier van denken en een langzaam, weloverwogen en analytische manier van denken, ook wel systeem 1 en systeem 2 genoemd. De Vries benadrukt dat het binnen de kaders van de zorgplicht valt om als financiële instelling te begrijpen hoe menselijk gedrag werkt, hoe dit het keuzegedrag bij het aanschaffen van financiële producten beïnvloedt en iets te doen met deze inzichten.

#### 2.1. Beïnvloeden van consumenten

Aan de hand van enkele advertenties om consumenten te laten beleggen duidt De Vries dat het vanuit een marketing perspectief begrijpelijk is dat iedere advertentie blijde en gezellige mensen toont. Er wordt gezorgd voor een positieve associatie met beleggen. Uit wetenschappelijk onderzoek blijkt dat dit soort plaatjes invloed hebben op de hoeveelheid geld die consumenten willen beleggen. Bewust zijn van dit soort effecten bij de ontwikkeling en distributie van producten is belangrijk. De Vries is ervan overtuigd dat de kennis van de gedragswetenschap moet worden geïntegreerd in het Product Approval

---

1. Christian Wulf is *Know How Manager* bij Hart advocaten  
2. Prof. mr. dr. Femke de Vries is bijzonder hoogleraar Toezicht aan de Rijksuniversiteit Groningen, managing partner bij &Samhoud consultancy, voormalig bestuurslid bij de Autoriteit Financiële Markten en co-auteur van het boek 'Realizing Behavioral Change - How nudges can have a big impact on behavior of employees, customers and society'  
3. Dr. mr. Frank 't Hart is partner bij Hart Advocaten NV in Amsterdam, gepromoveerd op het onderwerp 'Zorgplicht bij financiële dienstverlening' en auteur van het preadvies 'De geïnformeerde consument'

and Review Proces (PARP), dat de basis is voor het goed inrichten van de zorgplicht. In het PARP is het van belang te beoordelen of en wanneer een product geschikt is voor consumenten. De AFM gaat ook meer onderzoek doen naar het meenemen van gedrag in het productontwikkelproces.

## 2.2. Biases

De Vries besteedt daarnaast aandacht aan een aantal voorkomende biases. Zo merkt zij op dat de availability bias ervoor zorgt dat consumenten inschattingen maken over kansen en kwaliteit op informatie die zij zelf hebben. Een voorbeeld hiervan is: 'Ik heb nooit slechte verhalen gehoord over die belegging, dus het zal wel goed zijn'. En vanwege de anchoring bias hebben consumenten de neiging om een inschatting te baseren op de eerste kwantitatieve informatie die te zien is. Een voorbeeld hiervan is: 'Ik zie dat het gemiddelde leenbedrag 500 euro is. Dat lijkt me een goed bedrag'. De Vries benoemt deze twee biases, maar benadrukt dat er meer biases zijn en dat die gebaseerd kunnen zijn op taal, beeld, kleur en keuze-architectuur.

## 2.3. Praktijkonderzoek

Zij beveelt aan om de ontwikkelingen rondom het team consumentengedrag van de AFM via hun website te volgen. De AFM doet net als de Britse toezichthouder FCA veel onderzoek samen met derden naar hoe consumentengedrag nu werkt in de praktijk. Zo is er in het VK een interessant onderzoek geweest naar roodstand en wat de effecten zijn van de wijze waarop consumenten hieromtrent worden geïnformeerd. Vervolgens wijst De Vries op een onderzoek van de AFM dat als consumenten bij consumptief kredietaanvragen bedragen (bijvoorbeeld het totaalbedrag bij een lening) kunnen aanpassen, dit leidt tot ruim 30% minder aanvragen voor een lening. Kennelijk leidt het aanpassen van de bedragen uiteindelijk tot een overweging of de lening in zijn algemeenheid wel nodig is. De Vries doet een aanbeveling aan de financiële ondernemingen om het effect van keuze-architectuur bijvoorbeeld bij het invullen van leenbedragen goed te doorgronden.

De Vries benadrukt dat nudging ook positieve effecten kan hebben. Zo zijn er situaties waarin consumenten daadwerkelijk worden geholpen. Een mooi voorbeeld hiervan is de present bias die kan worden weggenomen door verouderingstechnieken toe te passen. Consumenten vinden het lastig om voor te stellen hoeveel geld je nodig hebt op je 67<sup>e</sup>. Maar als je geconfronteerd wordt met je oudere zelf, dan zorgt dat ervoor dat consumenten meer bereid zijn om te sparen voor later.

De Vries vervolgt dat consumenten zowel de goede als de slechte kant kunnen worden genudged. Het is belangrijk om te blijven onderzoeken wat het effect is op de consument. Het hoeft niet altijd een bewuste nudge te zijn, maar kan ook marketing zijn. Het advies van De Vries is om in lijn met het beleid van

de AFM als ijkpunt de zorgplicht van de bank te gebruiken en het klantbelang centraal te stellen. Daarbij is verder van belang dat financiële ondernemingen zich niet beperken tot enkel de juridische toets, maar denk ook aan de gedragskant. Stel de vraag of een product en de verwachtingen daarvan niet enkel overeenkomen met de visie van vandaag, maar ook met die van morgen.

## 2.4. Biases aan de kant van productontwikkelaars – PARP

De Vries herinnert het publiek eraan dat ook bij productontwikkelaars biases zijn. Het is voor een goede werking van het PARP belangrijk om ook die valkuilen in menselijk gedrag te doorgronden. Zo kunnen checks and balances in het PARP beter werken. Van belang daarbij is om na te gaan wat de interne prikkels zijn. De financiële onderneming kan te veel gedreven zijn door doelen, of leiden aan de overconfidence biases. Zij vervolgt dat ook de confirmation bias, namelijk het zoeken naar bevestiging in plaats van kritiek, een ongewilde invloed heeft op het product. De Vries adviseert om gebruik te maken van scenario denken. Door bijvoorbeeld na te gaan wat de gevolgen zijn voor een product als het economisch slecht gaat of de context verandert.

PARP brengt een interne dialoog op gang of het een goed product is. De ervaring van De Vries is dat deze dialoog nu te veel gericht is op de juridische fineses van een product. Dit is wat haar betreft onvolledig, omdat de valkuil voor de consument nu eenmaal niet alleen zit in deze fineses. Zij moedigt aan om in de bedrijfsvoering gedragskennis in te zetten en om naast een compliance of juridische bril ook met een gedragsbril te kijken.

## 3. Grenzen aan effectiviteit nudging

't Hart opent met enkele inleidende opmerkingen over nudging en vertelt zich meer te richten op de juridische context van nudging. Hij wijst het publiek op de drie belangrijkste verschijningsvormen van nudging in de financiële sector. Het gaat daarbij om (i) nudging van onder toezicht staande instellingen door toezichthouders, (ii) nudging binnen een onder toezicht staande instelling en (iii) nudging van consumenten door onder toezicht staande instellingen.

### 3.1. Evil and positive nudges

Daarna besteedt 't Hart aandacht aan de regulering van informatieverstrekking. Hij geeft aan dat reeds uit de MvT, Wfd uit 2006 blijkt dat de toenmalige Minister van Financiën informatieverstrekking een belangrijke hoeksteen vond van de consumentenbescherming. Hieraan voegde de Minister toe dat de beslissing van de consument uiteindelijk zijn eigen verantwoordelijkheid is, mits de consument adequaat is geïnformeerd. Informatieverstrekking dient als doel het opheffen van de informatie asym-

metrie.<sup>4</sup> 't Hart verwijst in dit kader naar de algemene informatienormen uit de Wft Als voorbeeld haalt 't Hart aan dat artikel 4:19 lid 2 Wft verplicht dat de verstrekte informatie feitelijk juist is, duidelijk en niet misleidend is. Feitelijk komt het 'niet misleidend zijn' neer op het verbieden van een evil nudge. Een evil nudge betekent zoveel als een nudge ter voorkoming van een bepaald gedrag. 't Hart wijst het publiek op een aansprekend voorbeeld hiervan en dat is het aangevinkt hebben van een standaard optie bij de keuze voor een annuleringsverzekering bij een vliegreis. Deze evil nudge is inmiddels verboden en dit civielrechtelijke verbod is neergelegd in artikel 6:230j BW. Binnen het publiekrecht zien we dergelijke verboden terug in onder andere artikel 53 lid 9 Bgfo waarin onder andere het verbod is neergelegd om reclame te maken voor de snelheid waarmee krediet kan worden verkregen. Dit verbod is gericht op het vermijden van negatieve gedragsbeïnvloeding. Uit dergelijke verboden blijkt dat evil nudges zijn aan te pakken door deze wettelijk te verbieden en daarmee zijn evil nudges makkelijker aan te reguleren dan positieve nudges, aldus 't Hart.

't Hart plaatst dus tegenover de evil nudge de positieve nudge. Positieve nudges zijn lastiger te reguleren. Hij geeft als voorbeeld de open norm van artikel 4:20 lid 1 Wft waaruit volgt dat informatie die voorafgaand aan het verlenen van een financiële dienst wordt verstrekt dient voor een adequate beoordeling. Een ander meer recent voorbeeld is de Europese verordening inzake informatieverschaffing over duurzaamheid in de financiële dienstensector 2019/2088 ook wel bekend als de Sustainable Finance Disclosure Regulation (SFDR). De ESA's hebben in februari 2021 middels een RTS praktische invulling gegeven aan informatieverstrekking die volgt uit de SFDR. Zo staat in artikel 2 van de RTS dat de informatie gericht moet zijn tot [nader invullen 10 elementen]. Het alternatief op een open norm is om de wijze waarop de informatie verstrekt dient te worden op te leggen middels een voorgeschreven template. In feite een invuloefening voor de instelling in kwestie. Tot slot, opinieert 't Hart dat de AFM zich voornamelijk richt op positieve nudging en dat het lijkt dat de AFM nudging op dit moment niet in een duidelijk afgekaderd wettelijk perspectief wil zetten. De AFM ziet de principes die zij publiceert inzake de onderwerpen waarop zij toezicht houdt als handvatten bij de invulling van wettelijke vereisten.<sup>5</sup> Dit in tegenstelling tot de ACM in haar leidraad op dit punt expliciet plaatst in het context van wettelijk regulering, zoals de Wet Oneerlijke Handelspraktijken.

### 3.2. Effectiviteit

't Hart stelt de vraag of nudging gezien kan worden als het antwoord op gebrekkige effectiviteit van informatieverplichtingen. Een evil nudge is te bestrijden indien deze privaatrechtelijk of publiekrechtelijk beschouwd mag worden als 'misleiding', in strijd is met een zorgvuldigheidsnorm of in strijd is met een specifiek wettelijk verbod. De positieve nudge die 'zoals hierboven geschreven gewenst gedrag nastreeft wordt bij toepassing door de financiële onderneming beïnvloed door de kwaliteit van de verstrekte informatie.

De effectiviteit van positieve nudging bij consumenten hangt volgens 't Hart af van de volgende factoren:

- bereidheid om de informatie te lezen,
- begrip van de consument,
- bereidheid om een keuze te maken en
- rationaliteit van de keuze van de consument.

Het is evident dat van financiële ondernemingen een inspanning verlangd moet worden om consumenten te informeren en hun gedrag te beïnvloeden. Echter, zo benadrukt 't Hart, uiteindelijk neemt de consument de eindbeslissing over een financieel product en hangt de effectiviteit van nudging derhalve af van diezelfde consument. Daarmee ontkomt de consument niet aan zijn eigen verantwoordelijkheden. 't Hart verwijst naar een aanbeveling van de Ombudsman Financiële Dienstverlening uit 2008 ten aanzien van beleggingsverzekeringen die vaststelde dat consumenten bij de aanschaf van een keuken of een auto productvergelijkingen maakt, informatie opvragen en onderhandelen.<sup>6</sup> Wanneer het financiële producten betreft, sluiten consumenten deze meestal af zonder de documentatie goed te lezen, het product te begrijpen en zich elders voor vergelijking te oriënteren. Om die reden is uiteindelijk een wettelijke activeringsplicht voor verzekeraars in het leven geroepen.

### 3.3. Van informeren naar activeren

Hoewel consumenten 'activeringsmoe' kunnen zijn, zoals was gebleken uit consultaties inzake beleggingsverzekeringen, gaf de toenmalig Minister van Financiën aan dat dit geen reden is te stoppen met activeren, maar juist een reden om de kwaliteit en kwantiteit van de inspanningen te laten toenemen.<sup>7</sup> 't Hart vertelt dat de verschuiving van informeren naar activeren wettelijk verankerd is in onder andere artikel 81b lid 1 en 2 Bgfo. Hieruit volgt dat levensverzekeraars zich aantoonbaar moeten inspannen om consumenten een weloverwogen keuze te laten maken. Tevens legt de levensverzekeraar de aan de consument verstrekte informatie en de door

4. Hierbij valt te denken aan de prospectusplicht of de kosten transparantievoorschriften.

5. AFM – Consultatie Principes voor de keuzeomgeving – verwachtingen van de AFM en aanzien van de keuzeomgeving, 21 november 2019.

6. Openbare aanbeveling Ombudsman Financiële Dienstverlening 4 maart 2008 inzake beleggingsverzekeringen

7. Reactie op consultaties, Minister van Financiën NvT 17 juli 2015

de consument gemaakte keuze vast. Een en ander volgt ook uit de best practices van de AFM. Of voldoende inspanning is geleverd wordt getoetst aan onder andere de oproepen om actie te ondernemen en consumenten uit te nodigen voor een adviesgesprek. Bovendien dient de consument na verzending van een brief intensief telefonisch te worden benaderd op verschillende tijdstippen.

Het gebrek aan voldoende effectiviteit van de wettelijke verplichting om de informatie asymmetrie tussen financiële onderneming en consument op te heffen heeft geleid tot 'aanscherping en bijsturing' van de eisen die aan informatie worden gesteld.

Door de tijd heen is een evolutie waar te nemen beoogt 't Hart. De informatieplicht die op financiële ondernemingen rust is in de loop der tijd drastisch veranderd. Deze plicht begon als een mededelingsplicht (toesturen wettelijk voorgeschreven informatie), ontvouwde zich via de civielrechtelijke zorgplicht tot bijzondere waarschuwingplichten (denk aan de zorgplicht om een consument onder omstandigheden indringend en in niet mis te verstande bewoordingen te waarschuwen), naar vervolgens zoveel mogelijk begeleiden bij het maken van een juiste keuze ook al is sprake van execution-only dienstverlening tot uiteindelijk de activeringsplicht. Bij dat laatste moet ook gedacht worden aan niet wettelijk voorgeschreven activeringsplichten, onder andere bij rente derivaten en aflossingsvrije hypotheek.

In feite leidt deze evolutie tot het (deels) afbouwen van de verantwoordelijkheid bij de consument. De vraag is echter of nudging ertoe kan leiden dat consumenten wel de juiste keuzes gaan maken. Of moet niet onder ogen gezien worden dat wellicht andere zorgplichten in het leven geroepen moeten worden indien geen algemene bereidheid bestaat om het aan consumenten over te laten hun eigen verantwoordelijkheid te nemen. Dan laatste kan op verschillende manieren, bijvoorbeeld via een introductie van een adviesplicht voor bepaalde financiële producten of het invoeren van stringente verboden (denk aan de weigeringsplicht bij overkreditering). In de praktijk gebeurt dat al deels bij onder andere het automatisch aanpassen van de risicoklasse bij hypotheek.

Enkele andere interessante overdenkingen die opspelen bij de toekomst van nudging zijn onder andere de volgende: Welke kant moet worden gestuurd? Wie bepaalt welke kant de consument gestuurd moet worden? Hoe sturend mogen of moeten we zijn? Weegt het belang van een doelgroep (target market) op tegen het belang van een individuele klant dat tegenovergesteld kan zijn? Is nudging het antwoord op de ontwikkeling dat steeds meer klanten zonder advies financiële beslissingen nemen (toename execution-only dienstverlening)? Is een adviesplicht bij primaire financiële behoeften wenselijk? Hiermee willen wij aangeven en duiden dat er verschillende vraagstukken nog onbeantwoord zijn op dit moment. Tot slot, merkt 't Hart op dat de fundamentele vraag over de balans tussen de zorgplicht van een onder toezicht staande instelling

enerzijds en de eigen verantwoordelijkheid van de klant anderzijds, onbeantwoord blijft.

#### 4. Paneldiscussie

Mr. I. Palm-Steyerberg<sup>8</sup> vat samen dat de vragen momenteel zitten bij positive nudging. De Vries zegt dat zij en het 't Hart op veel punten eens zijn, meer dan van tevoren gedacht. Zij geeft echter wel aan dat het niet persé hoeft te zijn dat nudging collectief is. Een nudge kan namelijk een individuele consument wel aanzetten tot denken. Dit nadenken zou ertoe kunnen leiden dat de consument van systeem 1 naar systeem 2 gaat, waarbij De Vries Kahneman kort aanhaalt. De Vries zegt daarna het helemaal eens te zijn over de evil nudges en benadrukt dat financiële ondernemingen moeten anticiperen op maatschappelijke verwachtingen waarbij het van belang is vooruit te kijken of iets ook over 5 jaar nog maatschappelijk geaccepteerd is. 't Hart reageert daarop dat hij het eens is dat ook op individueel niveau genudged kan worden. Hij voegt daaraan toe dat informatie persoonlijk gemaakt moet worden en gebruikt daarbij het voorbeeld van de pensioenmetafoor waarbij verschillende toekomstscenario's worden uitgelicht. Er blijven volgens het 't Hart hoe dan ook grenzen zitten aan de effectiviteit en de vraag is of we deze grenzen accepteren. Nudging is geen wondermiddel en we moeten accepteren dat het op een bepaald moment de verantwoordelijkheid wordt van de consument. We moeten eveneens accepteren dat de informatieplicht ergens ophoudt en dat sommige dingen nu eenmaal onzeker zijn. De Vries stelt dat er echter nog een wereld te winnen is door gedrag beter te begrijpen en dat we moeten waken voor te snel concluderen dat we niet precies weten wat goed is voor de consument. Tot slot, roept De Vries op om te beginnen met zaken die evident verkeerd zijn aan te pakken.

8. mr. I. Palm-Steyerberg is bestuurslid van de Vereniging voor Financieel Recht