

Tilburg University

De gemiddelde consument

Mak, Vanessa

Published in:
Ars Aequi

Publication date:
2017

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Mak, V. (Accepted/In press). De gemiddelde consument: Van fictie naar feit. *Ars Aequi*, (7), 592-599.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

De ‘gemiddelde consument’: van fictie naar feit?

Vanessa Mak*

De ‘gemiddelde consument’-maatman uit het Europese consumentenrecht lijkt de autonomie van consumenten te veronachtzamen door weinig rekening te houden met eigen keuzes van de individuele consument. Deze bijdrage onderzoekt in hoeverre recente ontwikkelingen – de invloed van de gedragswetenschappen en de opkomst van *big data* – het consumentbeeld in het Europese consumentenrecht aanscherpen naar een geïndividualiseerde benadering. Daarbij wordt de vraag gesteld of het wenselijk is om die lijn te volgen.

1 Inleiding

Wie weleens online winkelt – vermoedelijk bijna ieder van u die dit leest – zou haast denken dat grote aanbieders ons allen persoonlijk kennen. Een paar voorbeelden uit eigen ervaring: een grote supermarktketen, die van de lichtblauwe plasticassen, stuurt mij wekelijks ‘persoonlijke aanbiedingen’. Als ik bij Amazon door het boekenaanbod scroll, wordt mij verteld dat anderen die het door mij bekeken boek kochten ook geïnteresseerd waren in een aantal andere titels. Netflix vertelt mij graag welke series ik zou moeten zien en denkt te weten welke ‘top picks’ ik het liefst zou willen zien. Deze voorbeelden passen in een tijd waarin, met name in de westerse wereld maar ook steeds meer daarbuiten, individualisering hoogtij viert en aanbieders door gebruik van data steeds meer over ons, en over onze persoonlijke voorkeuren, weten of denken te weten.

Het is met deze observatie in het achterhoofd wellicht verrassend dat het consumentenrecht zich juist veelal niet met individuele kenmerken van consumenten lijkt bezig te houden. De consument wordt bijvoorbeeld in het algemeen omschreven als ‘zwakkere partij’ in vergelijking met aanbieders.¹ Maar

is dat wel altijd zo? Een scheepsbouwer die luxe-jachten bouwt voor de superrijken van deze wereld is waarschijnlijk in een zwakkere onderhandelingspositie dan zijn gemiddelde klant, omdat hij afhankelijk is van weinige, en zeer specifieke opdrachten van een klein aantal afnemers. Verder wordt in de regelgeving en in de rechtspraak gewerkt met een ‘gemiddelde consument’-begrip. Dat begrip, ontwikkeld in het Europese recht, kijkt consumenten als groep of categorie en abstraheert van individuele kenmerken. Een dergelijke aanpak heeft praktische voordelen, die ik hieronder nader bespreek, maar roept de vraag op of recht wordt gedaan aan de autonomie van individuele consumenten.

Is het ‘gemiddelde consument’-beeld uit het Europese recht realistisch? En biedt het toch nog enige ruimte voor het rekening houden met de individualiteit van consumenten?

* Prof.mr.dr. V. Mak is hoogleraar privaatrecht, Tilburg University.

¹ Al wordt dit uitgangspunt ook wel bekritiseerd door auteurs die menen dat het bestempelen als ‘zwak’ de domheid of nalatigheid van de consument verontschuldigt en die daarmee in stand laat; zie J. Rinke, ‘De consument als zwakke partij’, AA 2009, afl. 6, p. 384 (AA20090380).

Autonomie moet in dit kader worden opgevat als het vermogen om richting te geven aan de eigen toekomst op basis van vrijwillige keuzes. In het privaatrecht wordt onder meer de contractsvrijheid gezien als uitvloeisel van deze gedachte.² De vragen die opkomen bij een bespreking van het ‘gemiddelde consument’-begrip uit het Europese consumentenrecht zijn specificaties van dit thema. Wordt recht gedaan aan de (contracts)vrijheid van partijen als gewerkt wordt met een ‘gemiddelde’ consument? Is het ‘gemiddelde consument’-beeld uit het Europese recht realistisch? En biedt het, al dan niet in combinatie met andere normen, toch nog enige ruimte voor het rekening houden met de individualiteit van consumenten?

In deze bijdrage betoog ik dat recente ontwikkelingen in het Europese consumentenrecht ertoe lijken te leiden dat de ‘gemiddelde consument’ een realistischer invulling krijgt, en dat meer ruimte ontstaat voor specifieke benaderingen van individuele consumenten. Beide ontwikkelingen, met name de tweede, zijn pril en de toekomst zal moeten uitwijzen of zij zich doorzetten. Methodologisch is het interessant te zien dat de inzichten uit *behavioural economics* eindelijk invloed lijken te krijgen op het positieve recht en dat de toepassing van *big data* nieuwe mogelijkheden biedt voor individualisering. Mijn eigen analyse zal niettemin een klassiek-juridische benadering volgen, namelijk een evaluatie van de Europese regelgeving en rechtspraak op het gebied van het consumentenrecht. Paragraaf 2 schetst het wettelijk kader waarin het ‘gemiddelde consument’-begrip is ontwikkeld. De mogelijke rechtvaardiging voor het gebruik van een dergelijke maatman (of -vrouw), in plaats van het per geval leveren van maatwerk, komt aan bod in paragraaf 3. Paragraaf 4 evalueert de recente beweging naar een mogelijk realistischer consumentbeeld in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU (hierna: HvJ EU of Hof) en paragraaf 5 gaat in op de mogelijke individualisering van het consumentenrecht door het gebruik van *big data*. Ik sluit af met een conclusie.

2 De fictie van de ‘gemiddelde consument’

De gemiddelde consument uit het Europese consumentenrecht is door het HvJ EU gedefinieerd als een ‘gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument’.³ Toegepast op feitelijke situaties gaat het Hof er dus van uit dat consumenten altijd de klei-

ne lettertjes lezen, altijd labels op producten lezen, en de informatie die door aanbieders wordt gegeven met een korreltje zout nemen. Dat laatste is op zich geen vreemde veronderstelling, want van een enigszins wakkere consument mag bijvoorbeeld verwacht worden dat hij of zij weet dat advertenties bedoeld zijn om producten aan te prijzen en dus een zo gunstig mogelijk beeld van het product proberen te geven.⁴ Niettemin wordt in zeer veel gevallen aangenomen dat de gemiddelde consument het allemaal wel zou moeten hebben begrepen.

Het Hof gaat ervan uit dat consumenten altijd de kleine lettertjes lezen, altijd labels op producten lezen, en de informatie die door aanbieders wordt gegeven met een korreltje zout nemen

Een greep uit de rechtspraak van het HvJ EU laat zien dat consumenten in Duitsland moesten begrijpen dat schoonheidsproducten van het merk Clinique geen geneeskundige werking hebben; ze worden immers verkocht in parfumerieën en warenhuizen in plaats van in apotheken.⁵ Het Hof was ook van mening, wederom in een Duitse zaak, dat een ‘natuurzuivere’ aardbeienjam best het geleermiddel pectine mocht bevatten, alsmede sporen of residuen van lood, cadmium en pesticiden (overigens in zeer kleine hoeveelheden). De consument kon de ingrediënten namelijk op het etiket nalezen.⁶ Dubieuzer wordt het bij het gebruik van de term ‘lifting’ voor een gezichtscreme, die eigenschappen zou kunnen suggereren die de creme niet heeft.⁷ Het Hof formuleerde in het arrest *Estée Lauder* additionele factoren, namelijk dat moet worden beoordeeld of de gemiddelde, alweer Duitse, consument op grond van sociale, culturele of taalkundige factoren de term wellicht anders zou begrijpen dan consumenten in andere EU-lidstaten.⁸ Dat zou kunnen worden gezien als een nuancering op het abstracte ‘gemiddelde consument’-begrip, al wordt nog steeds met een zeer ruime categorie gewerkt, namelijk de gemiddelde Duitse consument. Een taalkundig punt speelde al eerder in de zaak *Graffione* waarin de vraag was of Italiaanse consumenten moesten begrijpen dat de zakdoekjes van het merk *Cotonelle* geen katoen bevatten maar van papier waren vervaardigd.⁹

- 2 Zie W.H. van Boom & A. Ogus, ‘Introducing, defining and balancing “Autonomy v. Paternalism”’, *Erasmus Law Review* 2010, afl. 1, p. 1. Ook het beginsel dat schade wordt gedragen door degene die de schade lijdt (*casum sentit dominus*) wordt gezien als een reflectie van de autonomie van partijen.
- 3 HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96, *Jur.* 1998, p. I-4657 (*Gut Springenheide*), r.o. 31.
- 4 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 6 juli 1995, *Jur.* 1995, p. I-1923 (*Mars*), r.o. 24, waarin het Hof stelde dat ‘een consument met een redelijk onderscheidingsvermogen kan [...] worden geacht te weten, dat er niet noodzakelijkerwijs een verband bestaat tussen het formaat van de reclameopschriften waarmee een extra hoeveelheid van het produkt wordt beloofd, en de grootte van die extra hoeveelheid’.
- 5 HvJ EG 2 februari 1994, C-135/92, *Jur.* 1994, p. I-317 (*Clinique*).
- 6 HvJ EG 10 september 2009, C-366/08, *Jur.* 2009, p. I-8439 (*Darbo*).
- 7 HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98, *Jur.* 2000, p. I-117 (*Estée Lauder*).
- 8 HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98, *Jur.* 2000, p. I-117 (*Estée Lauder*), r.o. 29. Zie ook B.B. Duijvenvoorde, *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive* (diss. Amsterdam UvA), 2014, p. 48.
- 9 HvJ EG 26 november 1996, C-313/94, *Jur.* 1996, p. I-6039 (*F.lli Graffione*).
- 10 HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96, *Jur.* 1998, p. I-4657 (*Gut Springenheide*), r.o. 31 en 35.
- 11 De enige uitzonderingen zijn, zo schijnt, zaken omtrent intellectuele eigendom, wat verklaard kan worden door de hoge bedragen die in dat soort zaken in het geding zijn. Zie G.B. Dinwoodie & D.S. Gangjee, ‘The Image of the Consumer in EU Trade Mark Law’, in: D. Leczykiewicz & S. Weatherill (red.), *The Images of the Consumer in EU Law. Legislation, Free Movement and Competition Law*, Oxford: Hart 2016, p. 339.

Belangrijk in de rechtspraak van het HvJ EU is dat de gemiddelde consument wordt gezien als een fictieve maatman. Het Hof definieert het concept in eerste instantie als een normatief begrip. Dat wil zeggen dat een nationale rechter invulling mag geven aan wat hij of zij redelijkerwijs zou verwachten van een gemiddelde consument in een gegeven situatie, zonder dat hij of zij daarvoor verder, empirisch onderzoek zou moeten doen, al mag dat wel.¹⁰ Het Hof laat de mogelijkheid open van het gebruik van empirische gegevens over consumentengedrag als alternatieve wijze voor de rechter om te bepalen wat van een gemiddelde consument mag worden verwacht. In de praktijk wordt, onder andere vanwege kosten en vertraging van de procedure, nauwelijks gebruik gemaakt van die mogelijkheid.¹¹

Interessant is dat het begrip 'gemiddelde consument' zich verder lijkt uit te breiden en een soort van algemene maatman aan het worden is voor de invulling van het Europese consumentenrecht

Deze rechtspraak is inmiddels welbekend en heeft de notie van de 'gemiddelde consument' stevig verankerd in de Europese regelgeving omtrent oneerlijke handelspraktijken en uiteraard in de lidstaten, waarin dat recht geïmplementeerd is. Interessant is dat het begrip zich verder lijkt uit te breiden en een soort van algemene maatman aan het worden is voor de invulling van het consumentbegrip in het Europese consumentenrecht. De norm van de 'redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende' gemiddelde consument is gecodificeerd in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.¹² Ook in de Richtlijn consumentenrechten uit 2011 is een, zij het verdeckte, verwijzing naar de gemiddelde consument opgenomen.¹³ Recent heeft het HvJ EU in de zaak *Kásler* dezelfde norm doorgetrokken naar de beoordeling van oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.¹⁴

In de Nederlandse rechtspraak komen we de gemiddelde consument ook tegen. Het gaat dan, niet verrassend, om de toepassing van regels die uit Europa afkomstig zijn en in het Nederlandse recht geïmplementeerd zijn. Daarbij volgt de Nederlandse rechter vrij nauwkeurig het beeld van de redelijk

geïnformeerde en oplettende consument. In het *Dexia*-arrest, over complexe beleggingsproducten, oordeelde de Hoge Raad bijvoorbeeld dat geen sprake was van misleiding. De gemiddelde consument had uit de brochure kunnen opmaken dat het risico bestond dat de consument met een restschuld bleef zitten.¹⁵ Opvallend is dat ook het beroep op dwaling werd afgewezen – de bank had volgens de Hoge Raad aan haar mededelingsplicht voldaan en de consument had zelf nader onderzoek moeten doen. Dat de consument toch (deels) schadeloos moest worden gesteld door de bank volgde uiteindelijk uit de zorgplicht die de bank op grond van haar deskundigheid jegens de consument had. Dit had echter niets te maken met de vraag of die consument *zelf* redelijk geïnformeerd of oplettend was geweest.¹⁶ In het *Staatsloterij*-arrest uit 2015 wordt ook gewerkt met de norm van de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument.¹⁷ Niettemin zou in dat arrest een trendbreuk kunnen worden gelezen omdat rekening wordt gehouden met het *gevoel* dat consumenten hadden over hun winkansen in de Staatsloterij.¹⁸ Over de vraag in hoeverre niet-rationele overwegingen een rol kunnen spelen in het consumentenrecht zo in paragraaf 4 meer. Eerst de vraag: is het erg dat een geabstraheerd 'gemiddelde consument'-begrip wordt gebruikt voor het afdoen van consumentenzaken?

Is het erg dat een geabstraheerd 'gemiddelde consument'-begrip wordt gebruikt voor het afdoen van consumentenzaken?

3 Waarom een maatman en geen maatwerk?

Over die vraag kan worden getwist. Er zijn praktische redenen om in het recht met categorieën te werken. Het is voor een wetgever ondoenlijk om voor ieder individueel geval een specifieke regel te bedenken. Het recht werkt daarom vaak met brede normen, die pas individuele werking en invulling krijgen in de toepassing ervan voor de rechter. Soms zijn dat open normen, zoals de goede trouw of de omstandigheden van het geval, die ruimte bieden voor de rechter om een voor ieder geval passende oplossing te vinden. In het consumentenrecht is het echter niet gek om te werken met een categorie of maatman, omdat

12 Richtlijn 2005/95/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt (*PbEU* 2005, L 149/22), in het bijzonder vooroverweging 18. Overigens komt de toevoeging 'redelijk' niet in alle versies van de Richtlijn voor – zie daarover o.a. W.H. van Boom & C.M.D.S. Pavillon, 'Meer kans in de staatsloterij?' (annotatie bij HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178 (*Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij / Stichting Loterijverlies.nl*)), AA 2015, afl. 10, p. 789, n. 21 (AA20150784) – en kent de richtlijn ook een categorie 'kwetsbare consumenten', zie art. 5 lid 3 en vooroverweging 19.

13 Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en van de Raad betreffende consumentenrechten, *PbEU* 2011, L 304/64, vooroverweging 34. Zie ook V. Mak, 'Scharnierpunt tussen Europees en nationaal consumentenrecht: de 'gemiddelde consument' als gemeenschappelijke standaard?', *MvV* 2011, afl. 7/8, p. 185.

14 HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (*Kásler*).

15 Hoge Raad 5 juni 2009, *NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek / Dexia*).

16 Over de vraag of het te ver gaat om consumenten te beschermen tegen hun eigen lichtvaardigheid, K.J.O. Jansen, 'De eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument', *WPNR* 2010, afl. 6853, p. 629.

17 Hoge Raad 30 januari 2015, *NJ* 2015/301 (*Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij / Stichting Loterijverlies.nl*).

18 In die zin Van Boom & Pavillon 2015, p. 790.

daar *collectieve* belangen spelen.¹⁹ De wetgever wil in die gevallen een regel invoeren die een gehele categorie in een keer bescherming biedt, zoals de consument als ‘zwakkere partij’. Voor individualisering is in dat geval weinig ruimte. Nog afgezien van de kosten voor de wetgever om specifiekere regels te ontwikkelen en te handhaven, bestaat het risico dat het voor de sterkere partij – de aanbieder – te makkelijk zou worden om onder regels van consumentenbescherming uit te komen. De aanbieder zou dan kunnen aanvoeren dat iemand geen consument is, of wel consument maar niet zwak, en laat de consument dan nog maar onderhandelen dat hij of zij wél bescherming verdient. Handhaving van consumentenrecht is al problematisch, omdat veel consumenten het er vanwege kosten, praktische bezwaren, of onbekendheid met het recht bij laten zitten als zij ontevreden zijn met een product of dienst.²⁰ Sterke rechtsbescherming door middel van heldere, eenduidige regels kan enig tegenwicht bieden. Het consumentenrecht beperkt derhalve de autonomie van partijen – zowel van aanbieder als van consument – om de regels van hun handelen zelf te bepalen.²¹ De rechtvaardiging daarvan is dat het de bescherming van consumenten, die in algemene zin als economisch zwakker worden beschouwd, ten goede komt.²²

Het consumentenrecht beperkt de autonomie van partijen om de regels van hun handelen zelf te bepalen. De rechtvaardiging daarvan is dat het de bescherming van consumenten

Voorts hoeven de uitkomsten bij het gebruik van een maatman niet slechter te zijn voor consumenten dan bij een puur individuele beoordeling. In de zaak *Kásler*, waarin werd geklaagd over een wisselkoersbeding in een complexe overeenkomst inzake een ‘foreign currency’-hypotheek, is het zeer aannemelijk dat zelfs een redelijk oplettende consument de gegeven informatie en de daaruit mogelijk voortvloeiende economische consequenties niet had begrepen.²³ De uitkomst is daarom waarschijnlijk hetzelfde als wanneer op grond van een individuele beoordeling, bijvoorbeeld bij een beroep op een leerstuk als dwaling, zou komen vast te staan dat mijnheer *Kásler* de informatie over het wisselkoersbeding niet had begrepen.²⁴ In dezelfde zin zou het waarschijnlijk gunstig zijn geweest als de Engelse

rechter het ‘gemiddelde consument’-begrip zou hebben toegepast op door banken gerekende kosten voor rood staan.²⁵ Deze maatman biedt dus bescherming aan consumenten in gevallen waar complexe informatie wordt aangeboden.

De definitie van de ‘gemiddelde consument’ van het HvJ EU wordt door velen niet als realistisch beschouwd, in het bijzonder nu inzichten uit *behavioural economics* duidelijk maken dat consumenten niet per se rationeel handelen

Toch wordt kritiek geuit op het gebruik van de ‘gemiddelde consument’ als maatman in het Europese consumentenrecht.²⁶ Dat heeft ermee te maken dat de definitie van het HvJ EU door velen niet als realistisch wordt beschouwd, in het bijzonder nu inzichten uit *behavioural economics* duidelijk maken dat consumenten niet per se rationeel handelen.²⁷ Het zou dus ook goed kunnen dat consumenten onvoldoende beschermd worden als met een maatman gewerkt wordt. Is dit wellicht een ingang voor een verschuiving van de balans naar een individuele benadering, dus terug naar de autonomie van de consument?

4 Van fictie naar feit

In een tweetal recente arresten lijkt het HvJ EU een nieuwe weg in te slaan richting een consumentbeeld dat beter aansluit bij de werkelijkheid. Het eerste arrest, *Teekanne*, betrof de etikettering van een vruchtenthee.²⁸ Het label prees de thee aan als een ‘framboos-vanille avontuur’, en voorts als een ‘vruchten-thee met natuurlijke aroma’s’ en met ‘enkel natuurlijke ingrediënten’.²⁹ De verwijzende Duitse rechter stelde echter vast dat de thee in werkelijkheid geen vanille- of frambozen-aroma’s bevatte en legde aan het Hof de vraag voor of dit als misleidend zou moeten worden beoordeeld, nu de verpakking de ingrediënten wel vermeldde. Die ingrediëntenlijst luidde: ‘hibiscus, appel, zoete bramenbladerjes, sinaasappelschil, rozenbottel, natuurlijk aroma met vanillesmaak, citroenschil, natuurlijk aroma met frambozensmaak, bramen, aardbeien, bosbessen, vlierbessen.’ Een goede lezer zou uit deze lijst kunnen opmaken dat het vanille- en framboosavontuur alleen in

19 Net als in bijvoorbeeld het arbeidsrecht, waar een ‘goed werkgever’ als maatman geldt.

20 M.B.M. Loos, ‘Individuele handhaving van het consumentenrecht’, in: *Handhaving van het consumentenrecht* (Preadvieseen Vereniging voor Burgerlijk Recht 2009), Deventer: Kluwer 2010, p. 22-23.

21 Dat is een wezenlijk element van autonomie; zie boven, p. 1.

22 W.H. van Boom, ‘Collectieve handhaving van het consumentenrecht’, in: *Handhaving van het consumentenrecht* (Preadvieseen Vereniging voor Burgerlijk Recht 2009), Deventer: Kluwer 2010, p. 150; Rinkes 2009, p. 382.

23 J. Fazekas, ‘The Consumer Credit Crisis and Unfair Contract Terms Regulation in Hungary’, *Journal of European Consumer and Market Law* 2017, afl. 3, p. 99-106.

24 De weg naar die uitkomst toe is wel uitdrukkelijk anders, omdat voor de oneerlijke-bedingenregeling geldt dat de rechter ambtshalve moet toetsen of een beding oneerlijk is. Verder is een beroep op dwaling meer omslachtig omdat daarbij ook onderzoeks- en mededelingsplichten moeten worden meegewogen. Overigens geldt dit voor het Nederlandse recht en zou het kunnen dat in *Kálsler*, een Hongaarse zaak, de nuances net iets anders liggen.

25 Zie de zogeheten ‘bank charges case’, *Office of Fair Trading v. Abbey National plc* [2008] EWHC 875 (Comm); [2009] EWCA Civ 116; [2009] 2 WLR 1286; [2009] UKSC 6; [2009] 3 WLR 1215. Het Court of Appeal had in deze zaak wel aangenomen dat de beoordeling moest plaatsvinden op basis van de vraag of de gemiddelde consument het kostenbeding had begrepen.

26 Zie o.a. Duivenvoorde 2014, p. 177-178.

27 De eerste inzichten op dat terrein kwamen van A. Tversky & D. Kahneman, ‘Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases’, *Science* (184) 1974, afl. 4157, p. 1124-1131.

smaak aanwezig is, en niet in de vorm van de specerij of vruchten zelf. Het HvJ EU oordeelt niettemin dat

'de etikettering van een levensmiddel en de wijze waarop deze is uitgevoerd, middels het voorkomen, de beschrijving of een grafische voorstelling van een bepaald ingrediënt de indruk kunnen wekken dat dit levensmiddel dat ingrediënt bevat, terwijl het dit in werkelijkheid niet bevat, wat uitsluitend blijkt uit de lijst van ingrediënten die op de verpakking van dat levensmiddel staat'.³⁰

Het Hof creëert hiermee ruimte in wat, normatief, van de gemiddelde, geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument verwacht mag worden.³¹ Niet alleen de tekst op het etiket is van belang, maar ook mag rekening worden gehouden met andere omstandigheden die een verkeerde *indruk* kunnen wekken bij de consument over de daadwerkelijk in het product gebruikte ingrediënten.

In een tweetal recente arresten lijkt het HvJ EU een nieuwe weg in te slaan richting een consumentbeeld dat beter aansluit bij de werkelijkheid

Een tweede arrest lijkt deze trend door te zetten. In de uitspraak in *Canal Digital* van 26 oktober 2016 oordeelt het HvJ EU dat bij de beoordeling van de vraag of een handelspraktijk misleidend is, dan wel een misleidende omissie zou kunnen inhouden, eveneens rekening moet worden gehouden met de indruk die bij de gemiddelde consument gewekt is. Deze regel zou moeten gelden ook als objectief gezien alle relevante informatie gegeven is.

'Dat is met name het geval wanneer bij de gemiddelde consument de onjuiste indruk kan ontstaan dat hem een bijzonder voordelige prijs wordt aangeboden, omdat hij ten onrechte heeft kunnen aannemen dat hij slechts de op de voorgrond geplaatste prijscomponent moet betalen. Het is de taak van de verwijzende rechter om dat te beoordelen'

aldus het Hof.³² Het ging in deze zaak om Deense reclamespots van Canal Digital waarin een televisieabonnementen werd aangeboden. De abonnementen kenden maandelijks kosten van omgerekend ongeveer € 13,30 of € 20, en daarnaast een halfjaarlijks bedrag voor een 'card service' van ongeveer € 52,30. De eerste, maandelijks prijs kwam groot in beeld in een cirkel en in kleinere letters onderaan het scherm, en werd vermeld door een voice-over. De halfjaarlijkse prijs, daarentegen, kwam in een veel kleiner lettertype onderaan het scherm in beeld, en daarnaast als onderdeel van een – ook kleiner afgedrukte – totaalprijs per jaar in de cirkel.³³

Het HvJ EU lijkt dus voorzichtig op te schuiven in de richting van een consumentbeeld waarbij rekening wordt gehouden met de realiteit. Het Hof erkent dat andere factoren van invloed kunnen zijn op de beslissing tot aankoop die een consument maakt dan alleen de informatie op of bij het product.³⁴ Anders dan bijvoorbeeld in het eerdere arrest over de pectine-bevattende aardbeienjam, wordt in *Teekanne* aangenomen dat de vermelding van de ingrediënten niet in alle omstandigheden voldoende is om misleiding van de consument te voorkomen. Het Hof lijkt daarmee te erkennen dat consumenten, zoals aangetoond in studies op het gebied van *behavioural economics*, vaak eenvoudigweg die informatie niet lezen, of die niet voldoende kunnen verwerken.³⁵ Niettemin blijft de vraag in hoeverre het Hof daadwerkelijk de mogelijkheid wil creëren om het beeld van een geïnformeerde consument los te laten en een realistischer toets toe te staan. In *Teekanne* wordt nog een slag om de arm gehouden door de toepassing van de uitspraak te beperken tot 'bepaalde situaties' waarin de ingrediëntenlijst onvoldoende in staat wordt geacht om de indruk van de consument 'genoegzaam te corrigeren'.³⁶ Het Hof voorziet in dezen dus geen algemene wijziging in het consumentbeeld, en laat overigens de beoordeling van concrete gevallen zoals gebruikelijk over aan de nationale rechter. In *Canal Digital* maakt het Hof minder voorbehouden, en geeft dus meer ruimte voor het meewegen van niet-rationele consumentenverwachtingen, in elk geval ten aanzien van de vraag of sprake is van een misleidende handeling.³⁷

Het Hof lijkt te erkennen dat consumenten vaak eenvoudigweg de informatie niet lezen, of die niet voldoende kunnen verwerken

Voorzichtigheid lijkt dus geboden in het concluderen dat het HvJ EU opschuift naar een realistischer, niet-rationeel consumentbeeld. De arresten kunnen gelezen worden als aanwijzingen van een dergelijke verschuiving, maar maken voor het geheel gezien slechts kleine stappen. Het rationele 'gemiddelde consument'-beeld is nog steeds leidend. Omdat dit beeld – en het eraan gekoppelde idee dat de zwakkere positie van consumenten jegens aanbieders kan worden opgeheven door ze van relevante (product)informatie te

28 De uitleg van het Hof betref Richtlijn 2000/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 maart 2000 betreffende de onderling aanpassing van de wetgeving der lidstaten inzake de etikettering en presentatie van levensmiddelen alsmede inzake de daarvoor gemaakte reclame (*PbEG* 2000, L 109/29).

29 HvJ EU 4 juni 2015, C-195/14, ECLI:EU:C:2015:361 (*Teekanne*), r.o. 14-15.

30 HvJ EU 4 juni 2015, C-195/14, ECLI:EU:C:2015:361 (*Teekanne*), r.o. 44.

31 Zie ook HvJ EU 4 juni 2015, C-195/14, ECLI:EU:C:2015:361 (*Teekanne*), r.o. 42.

32 HvJ EU 26 oktober 2016, C-611/14, ECLI:EU:C:2016:800 (*Canal Digital A/S*), r.o. 43-44, 59.

33 HvJ EU 26 oktober 2016, C-611/14, ECLI:EU:C:2016:800 (*Canal Digital A/S*), r.o. 16-17.

34 Voor een uitgebreidere bespreking van het arrest *Canal Digital* vanuit dit perspectief zie P. Verbiest, 'Arrest Canal Digital: naar een bescherming van de real life-consument?', *TFC* 2017, afl. 2, te verschijnen.

35 Zie o.a. O. Ben-Shahar & C.E. Schneider, *More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton: Princeton University Press 2014.

36 HvJ EU 26 oktober 2016, C-611/14, ECLI:EU:C:2016:800 (*Canal Digital A/S*), r.o. 40.

37 Het Hof is voorzigtiger ten aanzien van de misleidende omissie; zie Verbiest 2017.

voorzien – aan vrijwel het gehele Europese consumentenrecht ten grondslag ligt, zal het lang duren om het consumentbeeld daadwerkelijk te veranderen.

Een verschuiving naar een realistischer consumentbeeld zou, in theorie, de autonomie van consumenten ten goede moeten komen. Uitspraken over de verwachtingen van een gemiddelde consument zouden dichterbij de werkelijkheid – waarin een consument niet altijd rationeel handelt – kunnen komen te liggen. Het Hof laat bovendien de ruimte voor de nationale rechter om in concrete gevallen af te wegen welke factoren, rationeel of niet-rationeel, van invloed zijn geweest op de beslissing van de consument om een transactie aan te gaan. Op die manier wordt recht gedaan aan de eigen keuzes, ofwel aan de zelfverwerkelijking van de consument, dat doorgaans als wezenlijk element wordt gezien van de autonomie. De vraag is, tot slot, of het ‘gemiddelde consument’-begrip ruimte laat voor een nog meer op de werkelijkheid afgestemde benadering, of dat het wellicht geheel moet worden losgelaten ten gunste van een andere benadering. Recente ontwikkelingen op het gebied van *big data* suggereren dat nieuwe technologieën een meer geïndividualiseerde benadering mogelijk maken.

Een verschuiving naar een realistischer consumentbeeld zou, in theorie, de autonomie van consumenten ten goede moeten komen

5 What makes you click

Dat bedrijven data benutten om inzicht te krijgen in het koopgedrag van hun klanten, en daarop hun productie of advertenties afstemmen, is op zich niet nieuw. Wat wel nieuw is, in deze tijd van exponentieel groeiend data-gebruik, is dat bedrijven *heel veel* data tot hun beschikking krijgen over hun klanten, en dat die data met nieuwe technieken op allerlei manieren geanalyseerd kunnen worden. In een documentaire van Tegenlicht, *What makes you click*, is bijvoorbeeld te zien dat een online-aanbieder allerhande experimenten doet met betrekking tot het gebruik van haar website – op welk plaatje wordt geklikt, welke kleuren zetten aan tot kopen? – zelfs zonder dat de gebruiker het door heeft.³⁸ Op deze manier worden grote hoeveelheden data verzameld. Ze worden grofweg als *big data*

gedefinieerd als de data-sets niet alleen groot zijn, maar als ook het verwerken ervan veel rekenkracht vergt en als het koppelen van data zelf tot nieuwe verbanden leidt die op een gegeven moment niet meer door computers verwerkt kunnen worden.³⁹ Aanbieders weten dus steeds meer over hun klanten, en zetten die informatie bovendien creatief om in nieuwe verkooptechnieken. Veel websites doen na een aankoop, of al als de bezoeker over de website surft, aanbevelingen voor verwante producten. Een voorbeeld is Amazons ‘you might also like...’-functie. Ook worden kortingen aangeboden op basis van eerder koopgedrag, of worden zelfs prijzen aangepast aan wat de aanbieder weet (of denkt te weten) over de consument.⁴⁰

Heeft het in deze context nog zin om met een ‘gemiddelde consument’-begrip te werken? Een aantal auteurs heeft al voorzichtig gesugereerd dat het passender zou zijn om een individuele aanpak te kiezen indien data beschikbaar zijn waaruit specifieke kenmerken van een consument kunnen worden afgeleid. Peter Rott bijvoorbeeld betoogt dat de maatman in sommige gevallen wordt toegespitst op een bepaalde doelgroep, zoals in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken consumenten die ‘kwetsbaar’ zijn vanwege leeftijd, mentale of lichamelijke handicap of goedgelovigheid.⁴¹ Het werken met een doelgroep komt volgens hem de rechtszekerheid ten goede omdat aan deze specifiekere groep consumenten niet méér bescherming wordt geboden dan nodig. Uit die gedachte, aldus Rott:⁴²

‘spricht auch nichts dagegen, dann, wenn der Unternehmer mit kommerzieller Kommunikation auf den einzelnen Verbraucher zielt, die “Zielgruppe” auf eben diesen einzelnen Verbraucher zu beschränken.’

Met andere woorden, de ‘gemiddelde consument’-maatman zou, indien de relevante data beschikbaar zijn, kunnen worden toegespitst op de individuele consument zelf. Een stap verder denkend, betekent dit dat de informatie die de aanbieder verplicht is aan de consument mede te delen zou kunnen worden toegespitst op het begrip en de verwachtingen van deze, individuele consument.⁴³ Als de aanbieder weet dat de consument zeer regelmatig een bepaald product of bepaalde dienst koopt – bijvoorbeeld een hotelkamer boekt via een boekingsite – dan mag wellicht ook van die consument verwacht worden dat hij bekend is met de manier waarop de prijs berekend wordt en zich er wellicht minder snel op kan beroepen misleid te zijn. Omgekeerd kan de aanbieder verplicht zijn om aan consumenten

38 De documentaire is op internet terug te kijken via www.vpro.nl/programmas/tegenlicht/kijk/afleveringen/2016-2017/what-makes-you-click.html.

39 Voor een bespreking, zie A. Lafarre, ‘Recht voor big data, big data voor recht’, *Computerrecht* 2016, afl. 3, p. 146.

40 Luchtvaartmaatschappijen of reiswebsites kunnen bijvoorbeeld zien of een consument vanaf een Mac of een andere computer boekt, en rekenen in het eerste geval een hoger tarief, wellicht omdat gedacht wordt dat Mac-gebruikers een hoger inkomen hebben of bereid zijn om meer uit te geven aan luxe-producten. Zie B. van der Burg, ‘Je BMI bepaalt de prijs van de hamburger’, *BNR* 3 december 2015, beschikbaar via www.bnr.nl/opinie/ben-van-der-burg/10001763/column-ben-van-der-burg-je-bmi-bepaalt-de-prijs-van-de-hamburger; M.C. White, ‘Orbitz shows higher prices to Mac users’, *Time* 26 juni 2012, beschikbaar via <http://business.time.com/2012/06/26/orbitz-shows-higher-prices-to-mac-users/>.

41 P. Rott, ‘Der “Durchschnittsverbraucher” – ein Auslaufmodell angesichts personalisierten Marketings?’, *VuR* 2015, afl. 5, p. 163. Zie ook Richtlijn 2005/29/EG inzake oneerlijke handelspraktijken, art. 5(2)(b) en 5(3).

42 Rott 201, p. 1665, n. xli. Vgl. ook de kritiek van Duivenvoorde op de ‘gemiddelde consument’-maatman. Hij stelt voor om meer gewicht te geven aan de oneerlijkheidstoets in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en aan de realistische verwachtingen van consumenten (Duivenvoorde 2014, p. 213 e.v.).

43 Zie voor een verkenning C. Busch, ‘The future of pre-contractual information duties: from behavioural insights to big data’, in: C. Twigg-Flesner (red.), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2016, p. 221-240.

ten die voor hem onbekend zijn juist wel zo transparant mogelijk te zijn over de voorwaarden voor het aangaan van een transactie. Verwachtingsniveaus – en de daaraan gekoppelde onderzoeks- en mededelingsplichten van aanbieder en consument – zouden in dit soort gevallen voor individuele gevallen kunnen worden afgestemd. Dat zou ertoe kunnen leiden dat oneerlijke handelspraktijken worden beoordeeld op een vergelijkbare manier als in het huidige privaatrecht, bijvoorbeeld bij dwaling, of dat informatieverplichtingen worden aangepast aan de kenmerken van een individuele consument.⁴⁴

De vraag is natuurlijk nog wel of een dergelijke ontwikkeling wenselijk is. Op deze manier zouden de voordelen van het gebruik van een maatman worden afgezwakt, namelijk dat alle consumenten in één klap beschermd zijn en dat het voor een aanbieder moeilijk is om onder een dergelijke regeling uit te komen. Door het wegen van individuele factoren mogelijk te maken, wordt de deur opengezet naar een benadering waarin consumenten zelf jegens de aanbieder duidelijk moeten maken dat zij een ‘zwakkere’ of kwetsbare partij zijn. De aanbieder zal kunnen aanvoeren dat de bij een product gegeven informatie is afgestemd op de individuele consument. Het wordt dan een stuk lastiger voor de consument om aan te tonen dat hij of zij de informatie toch niet heeft begrepen, en niet had hoeven begrijpen.

Door het wegen van individuele factoren mogelijk te maken, wordt de deur opengezet naar een benadering waarin consumenten zelf jegens de aanbieder duidelijk moeten maken dat zij een ‘zwakkere’ of kwetsbare partij zijn

Gaat *big data* de ‘gemiddelde consument’-maatman overbodig maken? Dat is mijns inziens dus nog maar de vraag. Behalve dat het invoeren van die benadering averechtse effecten kan hebben, zoals in de vorige alinea geschetst, spelen andere factoren een rol. Ten eerste is het niet goed in te schatten op welke termijn het gebruik van *big data* in de consumentenmarkt wijd genoeg verbreid zal zijn

om het recht daarop aan te passen. Zolang alleen grote webshops als Amazon individuele aanbevelingen doen aan consumenten, is het daarvoor nog wat vroeg. Ten tweede kunnen privacy-overwegingen eraan in de weg staan dat data worden gedeeld die individuele beoordelingen mogelijk maken. Wil een consument wel dat de aanbieder alles weet over zijn of haar aankoopgedrag en op die basis kan adviseren of bepalen welke informatie moet worden gegeven? Of is de bescherming van data de consument zo veel waard dat hij of zij zal trachten zo min mogelijk gegevens met de aanbieder te delen? Wil je zelf blijven kiezen, dan doe je er goed aan te beperken in hoeverre aanbieders weten ‘what makes you click’.

Vooralsnog blijft de consument in het Europese consumentenrecht nog even meer ‘gemiddeld’ dan autonoom

6 Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat het ‘gemiddelde consument’-begrip uit het Europese consumentenrecht onder druk staat. Zowel de invloed van de gedragswetenschappen als de opkomst van big data geven aanleiding tot een meer geïndividualiseerde benadering waarin wordt bekeken wie de consument is en welke keuzes hij of zij, al dan niet rationeel, maakt. De focus op de eigen keuzes van de consument zou een ruggesteuntje kunnen geven aan de autonomie van de consument. Door op individuele basis te bepalen welke gerechtvaardigde verwachtingen een consument mocht hebben jegens de aanbieder van een product of dienst, in plaats van te werken met een geabstraheerde ‘gemiddelde consument’-maatman, kan recht worden gedaan aan de eigen keuzes van de consument. Voor nu lijkt een algehele verschuiving naar een individuele benadering echter nog toekomstmuziek. De wisselwerking tussen de gedragswetenschappen en het positieve recht is nog onvoldoende uitgewerkt, en het gebruik van big data behoeft nadere inkadering om de privacy van consumenten te waarborgen. Vooralsnog blijft de consument in het Europese consumentenrecht dus nog even meer ‘gemiddeld’ dan autonoom.

⁴⁴ Zoals nu al wordt gedaan bij advies over financiële producten of diensten, of vermogensbeheer; zie art. 4:23 Wet op het financieel toezicht (Wft), ontleend aan art. 25 lid 2 van Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten (Mifid II) (*PbEU* 2014, L 173/349).