

Tilburg University

Gebrekkige wilsvorming en nieuwe vormen van beïnvloeding

Tjong Tjin Tai, Eric

Published in:

WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie

Publication date:

2023

Document Version

Peer reviewed version

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

Citation for published version (APA):

Tjong Tjin Tai, E. (2023). Gebrekkige wilsvorming en nieuwe vormen van beïnvloeding. *WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*, 2023(7399), 91-96.

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.

Gebrekkige wilsvorming en nieuwe vormen van beïnvloeding

Eric Tjong Tjin Tai*

1. Inleiding

In het Nederlandse recht is de gebrekkig gevormde wil één van de gronden voor nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen.¹ Het onderwerp wilsgebreken omvat verschillende concrete leerstukken als dwaling (art. 6:228 BW), bedreiging (art. 3:44 lid 2 BW), bedrog (art. 3:44 lid 3 BW) en misbruik van omstandigheden (art. 3:44 lid 4 BW), naast enkele verspreide rechtsfiguren die op zijn minst verwant zijn.² In de literatuur wordt echter weinig aandacht besteed aan de theoretische achtergrond van het concept wilsgebrek.³ Ik wil hier op die achtergrond ingaan. Hier zijn twee redenen voor. Ten eerste zijn er in enkele deelgebieden nieuwe regels inzake besluitvorming en instemming ingevoerd. Ik doel op de regeling inzake instemming met verwerking van persoonsgegevens,⁴ en de regeling over ‘samen beslissen’ bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst (art. 7:448 BW). De verbanden en verschillen tussen deze regels kunnen ons begrip van wilsgebreken versterken en bijdragen aan het vergroten van de coherentie van het recht. Ten tweede zijn er nieuwe vormen van beïnvloeding opgekomen die niet zo gemakkelijk zijn in te passen in de klassieke wilsgebreken.

2. Wilsvorming en besluitvorming

De reden dat wil en wilsgebrek juridisch relevant zijn is vooral gelegen in de gebondenheid aan de verklaarde wil.⁵ De contractuele gebondenheid is in de door Hijma in zijn dissertatie verdedigde opvatting te baseren op de (wils)verklaring.⁶ De gebondenheid aan de verklaring berust immers op de menselijke keuzevrijheid:

“Verkiest de mens een daad die naar haar aard tot rechtsdoorvoering geëigend is, dan voert het recht haar, deze keuzevrijheid honorerende, voor hem door. (...) Erkenning der vrijheid impliceert de aanvaarding van de mens als structureel-volgenswaard individu: vrijheid om te kiezen is ook de vrijheid om ondoordacht, onoplettend, onnauwkeurig – kortom: ‘fout’ – te kiezen.”⁷

Die gebondenheid kan vervolgens weer teniet worden gedaan als de aan de verklaring ten grondslag liggende wil gebrekkig gevormd is. Hijma stelt dat

“een niet door een volwaardig wilsbesluit geschraagde verklaring enerzijds in de ogen van het recht de gebondenheid van de handelende rechtvaardigt, doch

* Hoogleraar privaatrecht, Tilburg University, en redacteur van het WPNR.

¹ J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss. Leiden 1988.

² M.Y. Schaub, *Wilsgebreken*, Mon. BW B3 2015: in hfdst. VII bespreekt zij diverse figuren waaronder oneerlijke handelspraktijken. Zie verder J. Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. van Schendel en W.L. Valk, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Studiereeks Burgerlijk Recht 3, 8^e dr., Deventer: Kluwer 2016 nr. 158-190, Asser/Sieburgh 6-III 2018/208-271.

³ Asser/Sieburgh 6-III 2018/208 stelt bijvoorbeeld, positivistisch, dat er een wilsgebrek is als er een van de vier in de wet genoemde wilsgebreken aanwezig is.

⁴ Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) 2016/679.

⁵ J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1979, J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*, diss. Leiden, Arnhem: Gouda Quint 1995.

⁶ Hijma, diss., p. 29-32. In dit verband kunnen wij van dit kader uitgaan; de verschillen met alternatieve theorieën over de contractuele gebondenheid zijn hier niet relevant.

⁷ Hijma, diss., p. 31.

anderzijds aanleiding geeft de voortdurende van deze bijval (tot op zekere hoogte) afhankelijk te stellen van A's wensen daaromtrent.”⁸

Oftewel, de op de verklaring gebaseerde rechtshandeling is vernietigbaar.

De precieze reden is daarmee nog niet duidelijk uitgewerkt. In de Groene Serie omschrijft Hijma de aanwezigheid van een wilsgebrek als volgt:

“Maar anderzijds kan worden vastgesteld, dat de aanwezige wil niet berust op een werkelijk en volwaardig proces van vrije wilsvorming: de onwenselijke beïnvloeding heeft de wil van het slachtoffer gedreven in een richting waarin deze anders niet gegaan zou zijn. In de bedoelde situaties bestaat derhalve niet zo zeer een gebrek in de wil zelf (geen ‘wilsontbreken’), maar wel een gebrek in de wilsvorming.

In de wilsgebrek-conceptie is deze smet op het wilsvormingsproces, die de wettelijke sanctie – vernietigbaarheid van de verrichte rechtshandeling ex art. 44 lid 1 – rechtvaardigt. De term ‘wilsgebrek’ houdt dus in een ‘wilsvormingsgebrek’.”⁹

In dezelfde lijn ligt de beschrijving van Schaub, die aangeeft dat de gebondenheid een *vrij gevormde* wil veronderstelt: een wilsgebrek beschermt een partij die niet in volle vrijheid haar wil heeft kunnen bepalen.¹⁰

Het gaat bij wilsgebreken dus niet zozeer over een ‘wil’ als een intern orgaan of intellectueel vermogen, maar om de uitkomst van een proces van wilsvorming. Eigenlijk gaat het dus om een vrije *beslissing* of *keuze*. En dat betekent ook dat het bij een wilsgebrek gaat om een gebrek in het proces dat tot die beslissing leidde. Het gebrek betreft dus de wilsvorming, die niet in volle vrijheid maar onder ‘onwenselijke beïnvloeding’ (Hijma) heeft plaatsgevonden.

3. Het ideaalmodel van wilsvorming en besluitvorming

Het lijkt erop dat we voor de onderhavige analyse wilsvorming en besluitvorming aan elkaar gelijk kunnen stellen, ook al is ‘wil’ niet hetzelfde als ‘besluit’. Als we het hebben over gebrekkige wilsvorming veronderstelt dit een idee van wat een niet-gebrekkige, goede wilsvorming inhoudt. Vreemd genoeg is de literatuur daar betrekkelijk zwijgzaam over. Het gaat kennelijk om een *vrij gevormde* wil.¹¹ Wat dit inhoudt moet blijkbaar voor zich spreken. Ik wil dit toch op twee manieren nader vorm geven. Allereerst zal ik een beknopte filosofisch getinte analyse geven. Daarna (par. 4) probeer ik de verschillende wilsgebreken en aanverwante rechtsfiguren te categoriseren.

Wilsgebreken verwijzen als contrast blijkbaar naar een concept van vrije wilsvorming. De vrijheid die hier bedoeld wordt, lijkt neer te komen op wat onder filosofen wordt bediscussieerd als *autonomie*.¹² Zoals alle begrippen waar filosofen over debatteren is er geen consensus over de precieze betekenis. Grofweg onderscheidt men in elk geval tussen wat Isaiah Berlin noemde negatieve en positieve

⁸ Hijma, diss., p. 36.

⁹ Hijma, GS Vermogensrecht, art. 3:44 BW, aant. 1.1.3.

¹⁰ Schaub, Mon BW B 3 2015/1 en 2.

¹¹ Ik heb het bewust niet over ‘vrije wil’ omdat dit een nogal diffuus concept is waar veel misverstanden en vooronderstellingen over bestaan. Zie voor een recente discussie M. Balaguer, *Free Will*, MIT Press: Cambridge (Mass.) 2014, verder het overzicht in de Stanford Encyclopedia of Philosophy, <https://plato.stanford.edu/entries/freewill/>.

¹² Bijv. Gerald Dworkin, *The theory and practice of autonomy*, Cambridge: Cambridge University Press 1988, Zie verder verwijzingen in <https://plato.stanford.edu/entries/personal-autonomy/> en <https://plato.stanford.edu/entries/autonomy-moral/>

vrijheid: de afwezigheid van externe invloeden/dwang versus het vermogen tot zelfbeschikking.¹³ Met het laatste wordt bedoeld dat je keuzes daadwerkelijk je eigen keuzes zijn en niet het gevolg van blind navolgen van mode, opvoeding, religie. Dit laatste begrip hoeft in dit verband niet dieper te worden besproken. Het onderstreept wel dat de notie van externe invloed nog niet zo duidelijk is: we beschouwen de invloed van opvoeding (inclusief religieuze opvoeding) in het algemeen niet als onwenselijk of in strijd met autonomie, integendeel is de vrijheid van de ouders om de opvoeding van hun kinderen te bepalen (binnen zekere grenzen) een fundamenteel recht. Dit heeft ook een achterliggende reden: ieder mens is nu eenmaal beïnvloed door opvoeding, niemand begint daadwerkelijk bij nul. Het ideaalbeeld van een volstrekt onbeïnvloede mens is een fictie. Positieve vrijheid verzet zich ook niet tegen de aanwezigheid van opvoeding; het stelt daar veeleer een ideaal tegenover van de ontwikkelde mens die zich op rationele gronden vrijmaakt van aangeleerde invloeden en bewust eigen keuzes maakt.¹⁴

Afgezet tegen positieve vrijheid blijft er daarom een beperkter bereik over van negatieve vrijheid: het gaat kennelijk vooral om vrij directe externe invloeden rondom het besluitvormingsproces, niet om invloeden die diep in het karakter en de persoonlijkheid van de partij zijn geworteld.

De discussie in de ethiek gaat verder vooral over keuzes die wel of niet beïnvloed zijn, en de mogelijkheid om je daartegen te verzetten ook als de opgelegde keuze in je eigen belang is (het paternalisme-debat). Voor de theorievorming over wilsgebreken is dat debat niet zo relevant: bij wilsgebreken gaat het erom dat je, als je later tot een ander inzicht komt, je alsnog de eerdere keuze kan vernietigen (corrigeren). Dat veronderstelt juist de afwezigheid van een juridisch dwingende keuze (immers anders zou er geen vernietigingsmogelijkheid zijn). De paternalisme-discussie is in dit verband daarom niet zo belangrijk.

4. Wilsgebrek en invloed

Wilsgebreken gaan dus over ongewenste of ontoelaatbare externe invloed. Hiermee kunnen we de verschillende wilsgebreken en verwante gronden voor vernietiging categoriseren.¹⁵

a. Openlijke invloed

Een invloed waar de partij bewust van is maar die deze niet kan weerstaan. De bedoeling is juist dat de partij zich hier bewust van is, anders zou die invloed niet werken. In essentie gaat het hier om vormen van dwang: de wil is gevormd maar duidelijk tegen de zin ('wil') van de partij. Voorbeelden zijn bedreiging (art. 3:44 lid 2 BW) en sommige vormen van misbruik van omstandigheden (art. 3:44 lid 4 BW) als het niet om onkunde gaat, ook sommige oneerlijke handelspraktijken, met name de agressieve handelspraktijken in de zin van art. 6:193h en 193i BW.¹⁶ De partij is zich bewust van deze dwang en gaat met tegenzin akkoord.

¹³ I. Berlin, 'Two Concepts of Liberty', in: *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press: London 1969.

¹⁴ In hoeverre dit realistisch en wenselijk is, is een afzonderlijk debat.

¹⁵ Zie ook A.A. Leff, *Swindling and Selling*, New York/London: The Free Press 1976, p. 9 die onderscheidt tussen openlijke dwang en andere vormen van bevordering van een *deal*.

¹⁶ Art. 6:193h BW noemt ongepaste beïnvloeding die de keuzevrijheid beperkt.

Een variant is tijdsdruk: de partij wordt onder druk gezet om een beslissing te nemen en kan hierdoor onvoldoende overwogen tot een besluit komen. Het leerstuk van bedenktijd ziet hierop.¹⁷

Openlijke invloed is in het algemeen geen probleem, omdat de partij daar willens en wetens de invloed van ondergaat. Een voorbeeld is advisering: je wil je beslissing laten leiden door andermans advies, de invloed is expliciet. De voor de hand liggende remedie tegen verkeerd advies is aansprakelijkheid van de adviseur.

Het lijkt inderdaad gerechtvaardigd om niet te snel gevolgen te verbinden aan de aanwezigheid van openlijke invloed. Een partij is in beginsel verantwoordelijk voor de eigen keuzen, waaronder de keuze om zich te laten beïnvloeden door bekende invloeden. Alleen als die invloed moeilijk te weerstaan is, bieden wilsgebreken als misbruik van omstandigheden uitkomst.

b. Verhulde invloed

Dit gaat om het geval dat de wederpartij niet weet van de invloed. Dit lijkt met name geconcentreerd te zijn op een kennisachterstand, zoals bij sommige soorten misbruik van omstandigheden (art. 3:44 lid 4 BW),¹⁸ bedrog (art. 3:44 lid 3 BW) of bij eenzijdige dwaling (art. 6:228 lid 1 BW). Ook kunnen misleidende handelspraktijken (art. 6:193c-193g BW) tot deze categorie worden gerekend. Meer algemeen is er het leerstuk van informatieplichten.¹⁹ De gedachte achter informatieplichten is dat de kennisachterstand wordt opgeheven.

Deze categorisering laat zien dat ongewenste invloed volgens de huidige opvattingen vrij beperkt wordt opgevat. Het gaat vooral ofwel om openlijke ongewenste invloed, of om een informatieachterstand: als een persoon met normale capaciteiten²⁰ goed geïnformeerd kan nadenken over het besluit, is er in principe geen sprake meer van ongewenste invloed.²¹

Dit zien we bijvoorbeeld in de algemeen aanvaarde praktijk van reclame: enige overdrijving bij aanprijzingen wordt toegelaten, ook als dat eigenlijk in strijd is met de waarheid: “aanprijzingen in algemene bewoordingen, ook al zijn ze onwaar, leveren op zichzelf geen bedrog op”.²² Ook lijken gewone verkooptechnieken nog steeds toelaatbaar te zijn. De kledingverkoper die zegt ‘deze heb ik zelf ook’, de telemarketeer die een script volgt, handelen volgens de huidige opvattingen niet ontoelaatbaar. Weerstand is er vooral tegen ‘verborgen verleiders’²³ juist omdat die verleiding verhuld is. Het gaat dus om een agonistisch model waarbij partijen zelf moeten opletten, en waarbij een partij vrij is alle legitieme middelen in te zetten om de besluitvorming te harer gunste te beïnvloeden.

Toch kan men zich afvragen of hiermee alle gevallen van ongepaste invloed zijn gedekt. De regels impliceren een model van een rationeel beslisser, die – indien beschikkend over alle informatie - bij afwezigheid van dwang vanzelf een vrije, goede

¹⁷ J. Hijma en W.L. Valk, *Wettelijke bedenktijd*, preadviezen VBR 2004.

¹⁸ Het kan hierbij ook gaan om geestelijke afhankelijkheid en kwetsbaarheid, wat kan samenhangen met maar niet hetzelfde is als een kennisachterstand.

¹⁹ K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, diss. Leiden 2012, hfdst. 3, ook bepalingen als art. 3:15d, 6:227b, 230b, 230l, 230m BW.

²⁰ In het consumentenrecht spreekt men wel over maatmens-consument, of de ‘average consumer’, o.a. V. Mak, *The character of European private law*, oratie Tilburg 2015,

²¹ Behalve bij misbruik van omstandigheden ten aanzien van zwakkere personen.

²² Schaub, nr. 42, verwijzend naar PG Bk 3, p. 210.

²³ V.O. Packard, *De verborgen verleiders*, oorspr. *The Hidden Persuaders*, New York 1958.

keuze maakt. De vraag is of dit model toereikend is. Ik wil het hier niet hebben over de vraag of mensen werkelijk rationele beslissers zijn in de zin dat zij rationeel informatie afwegen.²⁴ Mij gaat het er om dat er reden is opnieuw te kijken naar welke vormen van invloed onwenselijk zijn of niet.

5. *Nieuwe vormen van invloed*

Ik noem een voorbeeld. Is het bemoeilijken van de gewenste keuze een ongewenste invloed of niet? De literatuur en rechtspraak zwijgt hier grotendeels over. Extreme obstakels zijn uiteraard onwenselijk.²⁵ Maar is het simpelweg bemoeilijken ook ongewenst? Sunstein en Thaler waren daar – niet onomstreden – nogal laconiek over toen zij de idee van *nudging* introduceerden.²⁶ Burgers kunnen door een goed ontworpen *choice architecture* worden aangemoedigd in de gewenste richting. Op zichzelf is dit concept nog neutraal, er kan immers worden nagedacht over de meest gebruikersvriendelijke manier om dingen te realiseren (dit is een algemeen onderdeel van industrieel ontwerpen en interface design, tegenwoordig spreekt men van User Experience (UX) design), en de auteurs dachten vooral aan sociaal wenselijke uitkomsten. De techniek kan echter ook op andere wijze worden gebruikt, zoals bij wat men noemt *consent design*: de manier waarop het proces van toestemmingverlening voor cookies en andere gebruik van persoonsgegevens wordt verstrekt. Maar de naam geeft aan dat dit ontwerp in feite niet bedoeld is om neutraal te zijn: de bedoeling is vooral om *consent* te verkrijgen. Daarvoor kunnen verschillende technieken worden gebruikt, die meer of minder dringend zijn en meer of minder openlijk.

Als het gaat om verholde vormen van beïnvloeding wordt tegenwoordig de term *dark patterns* gebruikt.²⁷ Het gaat bijvoorbeeld om het opzettelijk toevoegen van extra stappen voordat de gebruiker bij de gewenste optie komt. Denk aan het nodeeloos complexe keuzemenu dat sommige websites je voorschotelen als je toestemming wilt weigeren voor gebruik van persoonsgegevens. Het kan ook gaan om het nodeeloos herhaaldelijk vragen om toestemming voor plaatsen van cookies, ook al heb je eerder al toestemming geweigerd.

²⁴ Hierover bijv. J.J.A. Braspenning, *Een gedragswetenschappelijk perspectief op de consumentenkredietovereenkomst*, diss. Tilburg 2017.

²⁵ Zoals in Douglas Adams, *The Hitchhiker's Guide to the Galaxy*, chapter 1, over de toegankelijkheid van een bestemmingsplanwijziging: "But the plans were on display..."

"On display? I eventually had to go down to the cellar to find them."

"That's the display department."

"With a flashlight."

"Ah, well, the lights had probably gone."

"So had the stairs."

"But look, you found the notice, didn't you?"

"Yes," said Arthur, "yes I did. It was on display in the bottom of a locked filing cabinet stuck in a disused lavatory with a sign on the door saying 'Beware of the Leopard.'"

²⁶ C.R. Sunstein en R.H. Thaler, *Nudge*, Penguin: New York 2009.

²⁷ R.P.H. Janssen, Cookies en Dark Design Patterns in het licht van het Nederlandse recht, scriptie Tilburg 2022, M.R. Leiser en Mireille M. Caruana, 'Dark Patterns: Light to be Found in Europe's Consumer Protection Regime', (2021), 10, *Journal of European Consumer and Market Law*, Issue 6, pp. 237-251, M.R. Leiser, 'Chapter 10: Dark patterns: The case for regulatory pluralism between the European Unions consumer and data protection regimes', in: E. Kosta, R. Leenes en I. Kamara, *Research Handbook on EU Data Protection Law*, Edward Elgar: Cheltenham 2022, p. 240-269, J. Luguri & L. Strahilevitz, 'Shining a Light on Dark Patterns' 13 *Journal of Legal Analysis* 43 (2021), op <https://ssrn.com/abstract=3431205>.

Deze technieken vallen niet duidelijk onder te brengen bij de bestaande wilsgebreken. Als een privacy-expert geen zin heeft om drie keer te moeten klikken op verschillende schermen om bij Google haar privacy te beschermen is dat een keuze uit luiheid of vermoeidheid, maar niet uit gebrek aan kennis. De expert weet precies wat en waarom zij dit doet en wat de gevolgen zijn;²⁸ zij wordt niet daadwerkelijk gedwongen in de zin van bedrog of dwang, maar tegelijk zou zij dit liever niet hebben gekozen. In hoeverre gaat het hier om een vrije keuze? Een optie is om te grijpen naar het verbod op agressieve oneerlijke handelspraktijken.²⁹ Voor de systematiek zou het wenselijk zijn om het leerstuk van wilsgebreken uit te breiden om ook zulke vormen van beïnvloeding hieronder te brengen, waarbij de vraag speelt of dit verenigbaar is met de Europeesrechtelijke herkomst van deze regels.³⁰

Als we blijven binnen de gewone leerstukken van wilsgebreken en wilsverklaringsleer is een andere benadering dat zo'n handeling niet telt als toestemming: als een vrije keuze in feite is bemoeilijkt, mag de wederpartij daar dan wel de betekenis aan hechten die deze wil?³¹ Als de knop voor gebruik van persoonsgegevens is genoemd 'I am happy', betekent dat dan echt instemming met gebruik?³² Enige controle op de aanduiding op zo'n knop lijkt nodig, anders zou een bedrijf simpelweg de knop van toestemming kunnen aanduiden als: 'ik geef geen toestemming tot gebruik van persoonsgegevens'. Maar het is een erg zwaar middel om het gerechtvaardigd vertrouwen algeheel te onthouden: dat zou waarschijnlijk tot gevolg hebben dat geen enkele toestemming is verleend. Wilsgebreken werken daarentegen veelal juist als maatwerk, en we kunnen ook niet zonder meer zeggen dat nooit iemand toestemming wilde geven tot gebruik van persoonsgegevens.

Een andere benadering is om zulke gevallen eenvoudigweg uit het civiele recht te tillen en over te laten aan het toezichtsrecht van de Autoriteit Persoonsgegevens (voorzover het gaat om persoonsgegevens) en de Autoriteit Consument en Markt (als het gaat om oneerlijke handelspraktijken). Zo is er ten aanzien van toestemming voor cookies een uitspraak door het Hof van Justitie.³³ Dit betrof een zaak waar de toestemming vooraf was aangevinkt en actief moest worden uitgevinkt. Dit leidt niet tot rechtsgeldige toestemming: de AVG vereist een 'wilsuiting', een actieve gedraging (nr. 51), en het niet uitvinken impliceert niet een actieve gedraging van de consument (nr. 52). Het niet uitvinken kan ook gewoon betekenen dat de consument dit niet heeft opgemerkt (nr. 55). Hierbij moeten we overigens wel bedenken dat het privacyrecht hogere eisen stelt:³⁴ de benodigde toestemming in het kader van privacy is in de AVG omschreven als "elke vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige wilsuiting waarmee de betrokkene door

²⁸ Er is dus geen sprake van dwaling of misbruik van omstandigheden bij geestelijke zwakheid.

²⁹ Leiser e.a. 2021 en Leiser 2022. Zie voor recente (voorgestelde) regelgeving considerans 37 en 70 DMA (Verordening 2022/1925), considerans 51b en art. 23a van de resolutie van het Europees Parlement van 5 juli 2022 over de DSA.

³⁰ Schaub, nr. 99. Zie ook de bijdragen van Verbruggen en Hartkamp in dit nummer.

³¹ Eenzelfde discussie is gevoerd ten aanzien van *shrinkwrap* en *clickwrap* licenties: een handeling afdwingen waar geen grond voor is, kan niet zomaar worden geïnterpreteerd als aanvaarding: T.F.E. Tjong Tjin Tai & M.W. Scheltema, 'Overeenkomsten door openen en klikken?', *Computerrecht* 2003/4, p. 244-248.

³² Vgl. HvJ 7 april 2022, C-249/21 (Fuhrmann-2) over een onduidelijke tekst op de knop voor het plaatsen van een bestelling op een website.

³³ HvJ EU 1 oktober 2019, zaak C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801, (Planet49).

³⁴ E. Kosta, *Consent in European Data Protection Law*, Brill: Leiden 2013, ook B. Custers e.a., 'The role of consent in an algorithmic society – Its evolution, scope, failings and re-conceptualization', in: E. Kosta e.a., *Research Handbook on EU Data Protection Law 2022*, ch. 18.

middel van een verklaring of een ondubbelzinnige actieve handeling hem betreffende verwerking van persoonsgegevens aanvaardt” (art. 4(11) AVG). Dit legt hogere drempels aan dan gangbaar in het algemene contractenrecht. Dit kan worden verklaard uit het gegeven dat het om een bepaald soort toestemming gaat, de toestemming om af te wijken van het fundamenteel recht op privacy.³⁵ Een andere verklaring is dat in het systeem van de AVG toestemming eigenlijk vooral is bedoeld voor gevallen waar geen overeenkomst is, je geeft dus zonder tegenprestatie toestemming. In het verbintenissenrecht daarentegen is de gebruikelijke context een overeenkomst, en dan kan de kwaliteit van de toestemming beter worden afgewogen tegenover de concrete tegenprestatie en de billijkheid van de *deal*.

Verder kunnen we kijken naar de omgekeerde praktijk: de onwenselijke keuze wordt niet nodeloos bemoeilijkt, maar de gewenste keuze wordt gemakkelijker gemaakt. Is dat ongewenste invloed? Op zichzelf is denkbaar dat de consument zelf het bestelproces snel wil kunnen afhandelen: een ‘one-click’ optie is dan niet oneerlijk of onwenselijk. Het is ook niet onwenselijk dat winkels hun bedrijf aantrekkelijk inrichten met gebruik van alle mogelijke middelen: uiterlijk, geur, vriendelijk personeel, accepteren van vele betaalmiddelen. Tegelijk lijkt een zekere onevenwichtigheid niet in de haak. Zo heeft Amazon Prime het proces van opzeggen van haar dienst gemakkelijker moeten maken:³⁶ het kan nu door twee klikken in plaats van een opzettelijk nodeloos ingewikkeld proces.

Deze voorbeelden laten zien dat er allerlei nieuwe vormen van invloed zijn die niet zo goed in te passen zijn. Het leerstuk van wilsgebreken is vanuit die optiek beschouwd te beperkt: is dat omdat het te weinig invloeden als onwenselijk aanmerkt, of omdat het een te beperkt beeld heeft van het proces van beslissen? Hoewel het goed is dat het civiel recht niet probeert alles op te lossen, kan het bij een te sterke terughoudendheid irrelevant worden. Het privaatrecht heeft in het verleden wel degelijk rekening gehouden met obstakels bij de instemming met of uitvoering van overeenkomsten. Zo wordt bij bepaalde voorwaarden zoals forumkeuzebedingen een uitdrukkelijker kennisgeving en toestemming vereist dan voor algemene voorwaarden in het algemeen.³⁷ In de Amerikaanse Uniform Commercial Code zijn er regels die eisen dat bepaalde voorwaarden ‘conspicuous’ (opvallend, in het oog springend) worden medegedeeld.³⁸ Het zou jammer zijn als het privaatrecht de nieuwe technische vormen van beïnvloeding negeert, terwijl daar vroeger wel oog voor was.

6. Positieve beïnvloeding van het besluitvormingsproces?

Tot slot een andere ontwikkeling die aandacht vergt voor het besluitvormingsproces. In het kader van de geneeskundige behandelingsovereenkomst wordt ‘informed consent’ vereist bij elke medische handeling. Art. 7:450 lid 1 BW expliciteert dat

³⁵ Nog afgezien van de uitdrukkelijke toestemming voor gevoelige data: art. 9(2)(a) AVG.

³⁶ Dit was door de Europese Commissie en consumentenautoriteiten afgedwongen op grond van de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken.

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_4186,

<https://www.consuwijzer.nl/nieuws/opzeggen-abonnement-amazon-prime-nu-makkelijker>

³⁷ HvJ EG 14 december 1976, zaak 24/76, NJ 1977/446 (Colzani/Rüwa): enkele verwijzing naar algemene voorwaarden is onvoldoende.

³⁸ UCC § 2-316(2): “(...) to exclude or modify the implied warranty of merchantability or any part of it the language must mention merchantability and in case of a writing must be conspicuous, and to exclude or modify any implied warranty of fitness the exclusion must be by a writing and conspicuous. (...)”. In UCC § 1-201(10) wordt uitgelegd wat ‘conspicuous’ precies betekent, wijzend op aspecten als lettergrootte en lettertype, duidelijk contrast met omgeving en dergelijke.

iedere ‘verrichting’ de toestemming van de patiënt vereist.³⁹ In beginsel is uitdrukkelijke toestemming vereist.⁴⁰ Deze toestemming hoort verder in beginsel te berusten op toereikende informatie, op enkele – hier niet relevante – uitzonderingen na.⁴¹ De eis van informatieverschaffing was in art. 7:448 BW neergelegd, maar heeft tegenwoordig een nieuwe vorm gekregen waarbij het niet gaat om unidirectionele informatieverschaffing maar om wat wordt genoemd ‘samen beslissen’, ‘co-decisionmaking’. De bedoeling is dat de hulpverlener de patiënt actief helpt en met deze in gesprek gaat om de meest passende behandeling te vinden.⁴²

Dit verschijnsel valt lastig in te passen in het klassieke model van de solitaire rationale beslisser waar invloeden moeten worden weggehouden. De bedoeling is hier juist een positieve vorm van beïnvloeding, een begeleide besluitvorming,⁴³ in plaats van een zoveel mogelijk afstandelijke informatieverschaffing. In het Nederlands recht kennen we dit vooral bij de bijzondere zorgplichten, die uitgaan van een welwillende intentie ten opzichte van de belangen van de wederpartij.⁴⁴ Maar dat model lijkt niet geschikt voor alle situaties.

7. Tot besluit

Er zijn interessante ontwikkelingen op het gebied van gebrekkige wilsvorming. Deze hebben praktische en theoretische kanten. Misschien gaan we toe naar een model van de ingebodde mens, die op basis van een gezonde omgeving of infrastructuur beslissingen kan nemen. De ontwikkelingen op het gebied van ongewenste en gewenste invloeden vallen op die bredere grondslag te duiden, maar dat vereist dat wilsgebreken niet langer als enige oplossing worden beschouwd voor problemen met besluitvorming. De vernietigbaarheidssanctie is weliswaar daaraan verbonden, maar zoals onder meer door Hijma herhaaldelijk onderzocht is die sanctie zelf tegenwoordig veelvormiger dan vroeger.⁴⁵ De uitdaging voor civilisten is dan hoe het complete landschap eruit zou zien, waarin invloed op besluitvorming gethematiseerd is binnen een complex geheel aan sancties en remedies, doortrokken van private en publieke regelgeving.

³⁹ Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/418.

⁴⁰ Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/418, verwijzend naar Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3 (MvT), p. 12. Dit is dus net als bij persoonsgegevens.

⁴¹ Zoals een patiënt die na een ongeval bewusteloos het ziekenhuis binnenkomt en onmiddellijk medische hulp nodig heeft, of de niet wilsbekwame patiënt (bij wie een vertegenwoordiger in de plaats treedt).

⁴² Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/413 en 413a. De wetwijziging is sinds 1 januari 2020 van kracht. Zie ook Wijne, Mon. BW B87 2021/7.

⁴³ De vraag is wat dan precies de rol van de instemming van de patiënt is: gaat het alleen om instemming met de uitkomst of moeten we ook de kwaliteit van het proces bekijken

⁴⁴ T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, diss. Amsterdam (UvA) 2007.

⁴⁵ Onder invloed van Europese rechtspraak, zie bijv. J. Hijma, ‘Nieuw nulliteitenrecht’, WPNR 7133 (2017), en de bijdragen van Verbruggen en Hartkamp in dit nummer.