

[WPNR 2010, p. 533-534.]

B.B. Duivenvoorde, Promovendus bij het Centre for the Study of European Contract Law (CSECL) aan de Universiteit van Amsterdam. Duivenvoorde bereidt een proefschrift voor over het begrip 'de gemiddelde consument' in het Europese consumentenrecht.(b.b.duivenvoorde@uva.nl)

Samenvatting: Advocaat-Generaal Trstenjak verwacht van de consument dat deze rationeel handelt (HvJ C-540/08, Mediaprint). In hoeverre laat dit ruimte voor bescherming van de consument?

De "gemiddelde consument" als rationele actor

Privaatrecht Actueel

In het recht van de Europese Unie wordt de consument geacht het potentiële gevaar van bepaalde handelspraktijken te herkennen en daarop rationeel te reageren, aldus advocaat-generaal Trstenjak in haar recente conclusie in de *Mediaprint*-zaak.[\[noot:1\]](#) Dit komt tot uitdrukking in het criterium van “de gemiddelde consument”, dat uitgaat van een redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende persoon. Het begrip wordt streng uitgelegd ten einde de interne markt niet onnodig te belemmeren, maar het is de vraag of dit voldoende ruimte laat om de consument te beschermen.

Het criterium van de gemiddelde consument is voor het eerst als zodanig geformuleerd door het Hof van Justitie in de *Gut Springenheide*-zaak en is vervolgens in tal van zaken herhaald.[\[noot:2\]](#) Het is bovendien gecodificeerd in de Richtlijn Ooneerlijke Handelspraktijken, waarop de *Mediaprint*-zaak betrekking heeft.[\[noot:3\]](#) Advocaat-generaal Trstenjak wijst er in de *Mediaprint*-zaak op *waarom* er hoge verwachtingen worden gesteld ten aanzien van het gedrag van de consument: het criterium van de gemiddelde consument is gebaseerd op het evenredigheidsbeginsel, dat dwingt tot een belangenafweging tussen het vrije verkeer van goederen en - in dit geval - de bescherming van de consument. Het beginsel brengt met zich dat ondanks het belang van consumentenbescherming de vrije mededinging binnen de interne markt niet onnodig beperkt mag worden.[\[noot:4\]](#) Toepassing van het criterium moet bovendien uniformiteit van de rechtspraak binnen de EU bevorderen, zodat een handelspraktijk niet in de ene lidstaat wordt verboden terwijl zij in andere lidstaten toelaatbaar wordt geacht. Dit moet zekerheid scheppen voor consumenten en handelaren.[\[noot:5\]](#)

Overigens laten het hof en de Europese wetgever wel enige ruimte voor verschillen tussen consumenten op grond van sociale, culturele en taalkundige factoren.[\[noot:6\]](#) Dat de interne markt niet onnodig belemmerd dient te worden, is een vanzelfsprekendheid in de Europese context. Het is echter de vraag of het criterium van de gemiddelde consument - en daarmee de veronderstelling dat de consument rationeel handelt - niet zal leiden tot een substantiële achteruitgang in de consumentenbescherming.

Van belang in deze context is dat het rationele mensbeeld stevig bekritiseerd wordt vanuit de gedragswetenschappen.[\[noot:7\]](#) We baseren onze beslissingen vaak meer op basis van emotie dan op rationele analyse. We hebben vaak niet de beschikking over de informatie die we nodig hebben om een rationele beslissing te maken, hebben moeite om de informatie tot ons te nemen of hebben simpelweg niet de tijd om die informatie door te nemen. En we maken vaak gebruik van heuristische (*mental shortcuts*) om tot beslissingen te komen, zeker met betrekking tot complexe beslissingen. Op basis hiervan kan men zich afvragen of de consument wel zo geïnformeerd, oplettend en omzichtig is als op basis van het criterium wordt verondersteld.[\[noot:8\]](#) Wie leest bijvoorbeeld alle contractvoorwaarden en alle productetiketten?

Dat de consument slechts in beperkte mate rationeel handelt, hoeft echter nog niet te betekenen dat *het recht* niet van de consument als rationele actor uit zou mogen gaan. Zo gaat advocaat-generaal Trstenjak er in haar conclusie niet van uit dat de consument daadwerkelijk rationeel handelt, maar dat de consument vanuit het oogpunt van het Europese recht wordt *geacht* rationeel te handelen. Doet hij dit niet, dan is dit voor eigen rekening. Het recht biedt tot op zekere hoogte bescherming tegen bijvoorbeeld misleiding, maar er rust ook een verantwoordelijkheid op de consument om niet misleid te worden. Indirect stelt het recht dus via het criterium van de gemiddelde consument een gedragsstandaard voor de consument.

De beperkte bescherming als gevolg van het streng uitgelegde criterium van de gemiddelde consument kan in de context van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken mogelijk worden ondervangen door de uitzondering op het criterium van de gemiddelde consument ten behoeve van bijzonder kwetsbare groepen consumenten (art. 5 lid 3 van de richtlijn). Deze bepaling is onder druk van het Europees Parlement opgenomen, aangezien het zich - overigens samen met het Europees Sociaal en Economisch Comité[\[noot:9\]](#) - zorgen maakte over het niveau van bescherming geboden door het criterium van de gemiddelde consument.

Art. 5 lid 3 beoogt een uitzondering op het criterium van de gemiddelde consument te geven voor groepen consumenten die op basis van hun mentale of lichamelijke handicap, leeftijd of goedgelovigheid bijzonder vatbaar zijn voor oneerlijke handelspraktijken. Deze uitzondering kent echter een drietal vereisten die in de praktijk mogelijk moeilijk te vervullen zijn. Ten eerste moet het gaan om een *duidelijk herkenbare groep* consumenten. Daarnaast geldt de uitzondering slechts indien *alleen deze groep* consumenten door de handelspraktijk wordt benadeeld. En tot slot moet het feit dat deze groep wordt benadeeld *redelijkerwijs voorzienbaar* zijn voor de handelaar.

De uitzondering is bovendien beperkt tot kwetsbaarheid als gevolg van de drie genoemde factoren en laat andere factoren die de consument vatbaar kunnen maken voor oneerlijke handelspraktijken buiten beschouwing. Dit is te meer van belang aangezien de gedragswetenschappen laten zien dat mensen in het algemeen beperkt rationeel handelen en dat dit niet beperkt is tot specifieke (laat staan eenvoudig aan te wijzen) groepen. Het is daarmee de vraag of het vaak structurele niet-rationele gedrag van de consument zal worden ondervangen door de uitzondering van art. 5 lid 3. Daarbij moet bovendien worden opgemerkt dat deze uitzondering slechts geldt met

betrekking tot de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken en niet voor de andere instrumenten waarbij het criterium van de gemiddelde consument wordt toegepast.

Uiteindelijk is het aan de nationale rechter om het gemiddelde consumentbegrip in het concrete geval toe te passen aan de hand van de richtlijnen gegeven door het Hof van Justitie en - in het geval van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken - onder toepassing van de richtlijn. Op veel punten ontbreekt echter duidelijkheid. Welke mate van geïnformeerde, oplettende en omzichtigheid wordt verwacht? Hoe ver reikt de mogelijkheid om verschillen tussen consumenten in verschillende lidstaten op grond van sociale, culturele en taalkundige factoren in aanmerking te nemen? En hoe streng moeten de vereisten met betrekking tot de uitzondering ten behoeve van kwetsbare consumenten worden uitgelegd? Door deze onduidelijkheden zal de uitleg van de nationale rechter doorslaggevend zijn voor het niveau van consumentenbescherming.

In Nederland heeft de Hoge Raad inmiddels blijk gegeven van een tamelijk strenge toepassing van het criterium van de gemiddelde consument. In het bijzonder interessant is het oordeel in *Spaarbeleg Sprintplan*, waarin de Hoge Raad zich onder meer heeft gebogen over de vraag of de aanbieder van aandelenleaseproducten consumenten had misleid in de zin van art. 6:194 (oud) BW door hen een te rooskleurig beeld van het product voor te spiegelen en hen onvoldoende op de risico's te wijzen. De Hoge Raad komt tot de conclusie dat van misleiding geen sprake was, omdat de consument uit het informatiepakket verstrekt door de aanbieder had moeten begrijpen wat de risico's van het product waren:[\[noot:10\]](#)

‘(...) van de consumenten mocht worden verwacht dat zij zich vooraf redelijke inspanningen getroostten om de betekenis van de overeenkomst en de daaruit voortvloeiende verplichtingen en risico's te doorgronden, en dat de in de brochures opgenomen aanprijzingen, loftuitingen en voorbeelden met prudentie dienden te worden beschouwd’.

Van de gemiddelde consument wordt dus verwacht dat hij - in ieder geval ten aanzien van financiële producten zoals in voorliggend geval - meer informatie tot zich neemt dan alleen de mondelinge informatie van de verkoper of tussenpersoon en de indruk die in reclames wordt gegeven. De uitspraak is te meer interessant omdat het Hof van Justitie zich nog niet heeft uitgelaten over de toepassing van het criterium van de gemiddelde consument met betrekking tot meer complexe producten als de onderhavige. In de lagere Nederlandse rechtspraak zijn overigens ook voorbeelden te vinden van uitspraken waarin minder hoge verwachtingen gelden van het gedrag van de consument.[\[noot:11\]](#)

Het is afwachten hoe het criterium van de gemiddelde consument zich verder zal ontwikkelen in het Europese en nationale consumentenrecht. De invulling van de ‘referentieconsument’ is een belangrijke factor ter bepaling van het niveau van consumentenbescherming. Wordt de lijn van *laissez faire* politiek doorgezet door te kiezen voor een geïnformeerde, oplettende en kritische consument of is men bereid de vrije handel tot op zekere hoogte te beperken om de consument met zijn vaak gebrekkige besluitvorming tegemoet te komen?

[1]

Opinie A-G Trstenjak 24 maart 2010, zaak C-540/08 (Mediaprint), r.o. 103.

[2]

HvJ EG 16 juli 1998, zaak C-210/96, Jur. 1998, p. I-4657 (Gut Springenheide). Zie verder onder meer HvJ EG 28 januari 1999, zaak C-303/97, Jur. 1999, p. I-513 (Sektellerei Kessler); HvJ EG 4 april 2000, zaak C-465/98, Jur. 2000, p. I-2297 (Adolf Darbo); HvJ EG 6 november 2003, zaak C-358/01, Jur. 2003, p. I-13145 (Commissie/Spanje).

[3]

Zie paragraaf 18 van de Preambule van Richtlijn 2005/29/EG (Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken), zie wat betreft de Nederlandse implementatie ook art. 6:193a BW.

[4]

Dit is eerder tot uitdrukking gebracht in onder meer HvJ EG 16 september 1999, zaak C-220/98, Jur. 2000, p. I-117 (Lifting), r.o. 28 en paragraaf 18 van de Preambule van Richtlijn 2005/29/EG (Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken).

[5]

Opinie A-G Trstenjak 24 maart 2010, zaak C-540/08 (Mediaprint), r.o. 102.

[6]

Zie naast paragraaf 18 van de Preambule van Richtlijn 2005/29/EG ook HvJ EG 16 september 1999, zaak C-220/98, Jur. 2000, p. I-117 (Lifting).

[7]

Zie onder meer J. Jacoby, 'Is it rational to assume consumer rationality?', *Roger Williams University Law Review*, 2000, p. 81-161; C. Jolls, C. Sunstein en R. Thaler, 'A behavioral approach to law and economics', *Stanford law review*, 1998, p. 1471-1550.

[8]

Zie ook R. Incardona en C. Poncibò, 'The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution', *Journal of consumer policy*, 2007, 30, p. 21-38. Zie over het consumentbeeld in het privaatrecht in verhouding met gedragswetenschappen ook W. van Raaij, 'Het beeld van de consument in het privaatrecht empirisch getoetst', in: W. van Boom, I. Giesen en A. Verheij (eds.), *Gedrag en privaatrecht: over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom (2008), p. 51-63.

[9]

Pub. EG. 2004/C, 108/17, par. 3.6.

[\[10\]](#)

HR 5 juni 2009, LJN BH2822 (Spaarbeleg Sprintplan), r.o. 4.3.7.

[\[11\]](#)

Rb. Breda 9 juli 2008, LJN BD6815 (OFT/Best Sales); Rb. Haarlem 2 april 2009, LJN BI1561 (Voedingssupplement tegen spataderen). In de laatste uitspraak werd het criterium overigens niet expliciet toegepast.