

6 DE GEMIDDELDE CONSUMENT ALS STANDAARD BIJ MISLEIDING

Een kritische blik vanuit de gedragswetenschappen

B.B. Duivenvoorde

SAMENVATTING

In het Europese consumentenrecht wordt de vraag of de consument wordt misleid mede beoordeeld aan de hand van de standaard van ‘de gemiddelde consument’. Deze gemiddelde consument wordt verwacht ‘redelijk geïnformeerd, oplettend en omzichtig’ te zijn. Dit hoofdstuk gaat in op de gedragspresumpties die ten grondslag liggen aan dit begrip. Er wordt betoogd dat de presumpties op verschillende punten de plank mis slaan en daarmee de doelstellingen van de wetgeving lijken te ondermijnen. Daarom pleit dit hoofdstuk tot slot voor een meer realistische beoordeling van misleiding en geeft het aanknopingspunten vanuit de gedragswetenschappen om misleidende strategieën te herkennen.

1 INLEIDING

In de tevens in dit boek opgenomen bijdrage van Van Raaij (hoofdstuk 2) wordt het beeld van de consument in het privaatrecht getoetst en komt de norm van de gemiddelde consument, die ontwikkeld is in het Europese consumentenrecht, al globaal aan de orde. In dit hoofdstuk wordt meer in detail gekeken naar de gedragspresumpties omtrent de gemiddelde consument in het Europese recht en wordt gezien hoe kennis uit de gedragswetenschappen kan worden gebruikt bij het beoordelen van mogelijk misleidende handelspraktijken.

Dit hoofdstuk is opgebouwd uit vier stappen. In de eerste stap (paragraaf 2) wordt de standaard van de ‘gemiddelde consument’ uitgelegd en worden de twee belangrijkste gedragspresumpties waarvan wordt uitgegaan bij toepassing van dit criterium blootgelegd. In de tweede stap (paragrafen 3 en 4) wordt besproken of de twee presumpties vanuit gedragswetenschappelijk oogpunt juist zijn. Bij de derde stap (paragraaf 5) wordt onderzocht wat de effecten van de presumpties zijn op het halen van de doelstellingen van de wetgeving. Hier stel ik dat het huidige beleid de doelen van de wetgeving (het beschermen van de consument tegen misleiding; het goed laten functioneren van markten) niet ten goede komt. Dat vraagt om een vierde en laatste stap (paragraaf 6), waarin een alternatief

wordt gegeven voor het huidige beleid en wordt aangegeven hoe kennis over beïnvloeding en misleiding uit de gedragswetenschappen de jurist kunnen helpen bij het opsporen en aanpakken van misleiding.

2 DE GEMIDDELDE CONSUMENT: GEDRAGSPRESUMPTIES

In verschillende onderdelen van het Europese recht zijn verboden opgenomen om consumenten te misleiden. Denk hierbij aan de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken, maar ook aan wetgeving over informatie bij en etikettering van specifieke producten. De bedoeling van deze wetgeving is enerzijds om consumenten te beschermen tegen misleiding, anderzijds om door middel van uniforme regelgeving het handelen over de grenzen binnen Europa voor partijen te vergemakkelijken.

Bij de toepassing van deze regelgeving tegen misleiding is het relevant welk type consument de rechter in gedachten neemt: is dit bijvoorbeeld een kritische consument, die zorgvuldig alle informatie in zich opneemt en tot een weloverwogen conclusie komt, of is het meer een naïeve consument, die in goed vertrouwen beslissingen neemt? Of de rechter de ene of de andere consument in gedachten neemt, zal veel uitmaken voor de conclusie of een bepaalde handelspraktijk misleidend is.

Om grote verschillen in de toepassing van de Europese wetgeving in verschillende lidstaten te voorkomen, introduceerde het Hof van Justitie in 1998 in de zaak *Gut Springenheide* het criterium van ‘de gemiddelde consument’.¹ Met dit criterium maakte het Hof vooral duidelijk dat het niet de bedoeling was, zoals dat in bijvoorbeeld Duitsland wel gangbaar was, om uit te gaan van een naïeve en kwetsbare consument. Een dergelijk beeld van de consument zou volgens het Hof te zeer een inbreuk opleveren op de vrije handel binnen de Europese Unie. De gemiddelde consument is volgens het Hof ‘redelijk geïnformeerd, omzichtig en oplettend’. Het criterium is gecodificeerd in de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken in 2005.² Het is aan nationale rechters en handhavingsautoriteiten (zoals in Nederland de Autoriteit Consument en Markt, voorheen de Consumentenautoriteit) om aan de hand van deze standaard van de gemiddelde consument, met daarbij horende richtlijnen van het Hof van Justitie, te bepalen of bijvoorbeeld een handelspraktijk misleidend is of niet. Het criterium kom je dan ook vaak tegen in de Nederlandse rechtspraak en de rechtspraak van andere lidstaten en is een belangrijke factor geworden voor het niveau van consumentenbescherming dat geboden wordt.

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

2 Deze richtlijn is in Nederland geïmplementeerd in de artikelen 6:193a-6:193j BW.

Wat verwacht het Europese recht nu precies van deze gemiddelde consument? Welke gedragspresumpties vallen af te leiden uit de wetgeving en rechtspraak? De algemene beschrijving dat de gemiddelde consument ‘redelijk geïnformeerd, omzichtig en oplettend’ is, lijkt ons niet veel verder te brengen. Daarbij moet ook gezegd worden dat noch het Hof noch de Europese wetgever steeds een duidelijk en consistent beeld geeft van wat er wordt verwacht van de gemiddelde consument: de verwachtingen van de gemiddelde consument zijn veelal impliciet en komen in de vorm van algemene aanwijzingen in een uitspraak, zonder dat helemaal duidelijk wordt hoe de consument verwacht wordt te reageren op een specifieke praktijk.

Toch valt er wel het een en ander te zeggen over het beeld dat in het Europese recht wordt geschetst van de gemiddelde consument. De gemiddelde consument wordt namelijk veelal neergezet als een persoon die zijn beslissingen doordacht neemt en de informatie in zich opneemt die hem wordt aangeboden.³ Zo stelt advocaat-generaal Fennely in zijn conclusie bij de *Lifting*-zaak dat het Europese recht ervan uitgaat ‘dat de consument zelf inlichtingen zal inwinnen over de kwaliteit en de prijs van producten en intelligente keuzen zal maken’.⁴ Ook gaat het Hof ervan uit dat de gemiddelde consument etiketten van producten leest en deze informatie meeneemt in zijn beslissing (de zogenoemde *labelling doctrine*). Het beeld van de gemiddelde consument als zorgvuldige beslisser wordt nog sterker uitgedrukt door advocaat-generaal Trstenjak in haar Conclusie bij de *Mediaprint*-zaak, waarin zij stelt dat de consument geacht wordt het potentiële gevaar van bepaalde handelspraktijken te herkennen en daarop rationeel te reageren.⁵

Hoewel het van belang is te herhalen dat het Europese recht niet altijd even duidelijk en consistent is op dit punt, kan toch op zijn minst de conclusie worden getrokken dat de standaard van de gemiddelde consument zoals hier wordt gepresenteerd neigt naar het beeld van een *homo economicus*, een rationele beslisser die erop uit is en in staat is om zijn beslissingen zo te maken dat deze hem het optimale opleveren.⁶

Een hiermee samenhangende presumptie is dat door middel van het criterium van de gemiddelde consument, ondanks het feit dat deze term uiteraard een abstractie inhoudt, gemiddeld gedrag vast te stellen en dit een goed beeld oplevert van *hoe consumenten zich in het algemeen gedragen*. Het Hof van Justitie gaat ervan uit dat er een bepaald gedrag is dat valt te kwalificeren als ‘redelijk oplettend en redelijk omzichtig’ en dat een bepaald niveau van geïnformeerdeheid valt te kwalificeren als ‘redelijk geïnformeerd’, en dat dus voor een concreet geval vast te stellen hoe de gemiddelde consument zich gedraagt.

3 Zie in deze zin ook Incardona & Poncibò 2007, p. 30.

4 Conclusie bij HvJEU 16 september 1999, zaak C-220/98 (*Lifting*), overweging 25.

5 Opinie A-G Trstenjak 24 maart 2010, zaak C-540/08 (*Mediaprint*), r.o. 103. Zie ook Duivenvoorde 2010. Interessant en opmerkelijk is overigens dat het Hof van Justitie minder hoogdravende verwachtingen heeft van de consument waar het gaat om de mogelijkheid tot verwarring tussen merken in het intellectuele eigendomsrecht, een rechtsgebied waarin het criterium eveneens wordt toegepast.

6 Zie ook Incardona & Poncibò 2007.

Hiermee lijkt het hof uit te gaan van een model van beslissingsgedrag dat op de meeste consumenten van toepassing is, ofwel dat het criterium van de gemiddelde consument een goed beeld geeft van ‘standaard beslissingsgedrag’.⁷

3 PRESUMPTIE I: DE GEMIDDELDE CONSUMENT ALS RATIONELE BESLISSER

In hoeverre is het Europese recht, dat neigt naar een beeld van de consument als rationele beslisser, realistisch? Een belangrijk punt in deze context is de – breed bekende en lang gevoerde – discussie in andere disciplines over de veronderstelling van de mens als rationele actor, met name in de economie en in de gedragswetenschappen. In deze discussie wordt benadrukt dat hoewel de veronderstelling van rationeel keuzegedrag ons wellicht een mooi model geeft van menselijk keuzegedrag, deze veronderstelling voorbijgaat aan de vele fouten die mensen – vaak stelselmatig en dus voorspelbaar – maken.

In essentie verwijst rationaliteit naar een bewust beslisproces, waarbij voordelen en nadelen (kosten en opbrengsten) zorgvuldig worden afgewogen om tot een optimale beslissing te komen. Zoals Jacoby stelt: *‘Rationality implies decision-making that is a function of the deliberate conscious consideration and evaluation of information.’*⁸

Vanaf de jaren zeventig is het idee van de mens als rationele beslisser sterk bekritiseerd door psychologen. Veel onderzoek wijst uit dat onze cognitieve vaardigheden tekortschieten om altijd rationele beslissingen te kunnen nemen en dat we bovendien zelfs als we rationeel *kunnen* beslissen, dit vaak niet doen. Mensen beslissen daarom niet zo bewust en weloverwogen als het beeld van de mens als rationele beslisser ons wil doen geloven. Sterker nog, mensen slagen er *vaak niet* in om een rationele keuze te maken. En het gaat hier niet om een uitzondering van enkele individuen, maar om algemene en voorspelbare ‘fouten’ in het keuzegedrag van mensen. De echte gemiddelde consument is dus lang niet altijd een rationele beslisser.

Waar gaat het dan mis? Een belangrijke veronderstelling die ten grondslag ligt aan het idee van de rationele beslisser is dat de consument de beschikbare informatie in zich opneemt en op basis van die informatie de juiste beslissing maakt. Deze veronderstelling is ook duidelijk terug te zien in het Europese recht.

Het feit dat de consument toegang heeft tot informatie betekent nog niet dat hij daadwerkelijk aandacht heeft voor de informatie, noch dat hij de informatie accuraat waarneemt

7 Bij deze presumpties moet overigens worden opgemerkt dat het Europese recht van deze presumpties lijkt uit te gaan, met het doel om slechts beperkt in te grijpen op de markt en om bij consumenten verantwoordelijkheid te leggen om zich niet te laten misleiden. Het veronderstelde gedrag heeft daarmee een normatieve lading en het is niet altijd duidelijk of het bij de presumpties gaat om daadwerkelijk verondersteld gedrag.

8 Jacoby 2000, p. 103.

en begrijpt.⁹ De consument is beperkt in zijn mogelijkheden om informatie te verzamelen en te verwerken. Bovendien is er het probleem van *information costs*: is het de moeite waard om tijd en energie te steken in het verwerken van alle informatie? Vanuit dat oogpunt zal zelfs de rationele consument lang niet altijd alle informatie in zich opnemen.

In de verschillende stadia van het verwerken van informatie (achtereenvolgens: *attention* (aandacht), *encoding and comprehension* (coderen en begrijpen), *inference* (het trekken van conclusies) en *response processes* (reactieprocessen)¹⁰) kan veel fout gaan. Dit blijkt bijvoorbeeld uit onderzoek van de Autoriteit Financiële Markten (AFM), waaruit blijkt dat slechts één op de vijf hypotheeksluiters de juiste kenmerken van een aflossingsvrije hypotheek kan aanwijzen.¹¹ En consumenten hebben niet alleen moeite met informatie als het gaat om complexe producten zoals hypotheek. Zo haalt consumentenpsycholoog Jacoby onderzoek aan waaruit blijkt dat televisiekijkers en lezers van tijdschriften gemiddeld 20 tot 25% van wat zij zien of lezen verkeerd begrijpen. Hij voegt daaraan toe:

'Strikingly, this research shows that virtually 100% of the population miscomprehends at least some portion of these "common denominator mass media" communications, and that this occurs regardless of the level of formal education. J.D.s, L.L.Ds and Ph.Ds miscomprehend material elements of these simple communications at nearly the same rates as do those whose formal education ended with high school diplomas or less. In similar fashion, research on product warning labels and disclaimers reveals that consumer attention to and comprehension of such information is far from optimal, often hovering in the range of 10% to 20%.'

¹²

Waar het precies fout gaat in het proces van het verwerken van informatie is soms moeilijk te zeggen, maar er worden wel een aantal belangrijke problemen aangewezen in de consumentenpsychologie, waaronder het ook onder juristen inmiddels breed bekende probleem van *information overload*. Hierbij gaat het om het probleem dat consumenten vaak moeite hebben met het nemen van een goede beslissing als ze worden geconfronteerd met grote hoeveelheden informatie. Consumenten hebben informatie nodig voor een goede beslissing, maar te veel informatie werkt dus averechts.¹³

⁹ Zie ook Jacoby 2000, p. 119-122. Hij stelt dat: 'If one assumes that, for consumers to engage in rational decision-making and choice behavior, one only need provide them with the requisite information, one will be operating with an untenable assumption.'

¹⁰ Wyer 2008, p. 32.

¹¹ AFM/GfK 2010, p. 17.

¹² Jacoby 2000, p. 120-121.

¹³ Belangrijke stappen op het terrein van dit onderwerp werden onder meer gezet door Malhotra 1982 en Jacoby 1984.

Een ander mooi voorbeeld van hoe daadwerkelijk menselijk beslissingsgedrag afwijkt van het rationele model, betreft de cognitieve *biases* die mensen hebben, ofwel typische en voorspelbare irrationele gedachtenprocessen of uitkomsten van gedachtenprocessen.

Een van de meest bekende *biases* is het zogenoemde *framing effect*.¹⁴ Experimenten van Tversky en Kahneman begin jaren tachtig laten zien dat verschillend vormgegeven maar in essentie dezelfde opties leiden tot zeer verschillende keuzes van consumenten.¹⁵

Daarnaast kan ook het *decoy effect* genoemd worden. Een mooi voorbeeld toegespitst op consumentengedrag wordt gegeven door Ariely.¹⁶ Hij laat zien dat het toevoegen van een op het eerste gezicht irrelevante optie zorgt voor een radicaal andere waardering van de opties. De opties hebben betrekking op een abonnement op het tijdschrift de *Economist*. Een groep proefpersonen krijgt de keuze tussen (a) een online abonnement op de *Economist* voor \$59, of (b) een normaal abonnement op de *Economist* in combinatie met een online abonnement voor \$125. Een andere groep proefpersonen krijgt dezelfde opties (a) en (b), maar met een op het eerste gezicht nutteloze ‘tussenoptie’, namelijk alleen een online-abonnement voor \$125, dus dezelfde prijs als voor de duidelijk gunstigere optie (b). Niemand van de proefpersonen kiest voor deze tussenoptie, maar de verdeling in de keuze voor (a) of (b) is duidelijk anders: bij de eerste groep kiezen achtenzestig van de honderd proefpersonen voor het online abonnement en tweëndertig voor het combinatie-abonnement, terwijl in de tweede groep maar zestien van de honderd proefpersonen kiest voor het online abonnement en vierentachtig voor het combinatie-abonnement. Dit laat zien dat de manier waarop opties gepresenteerd worden grote invloed heeft op de uiteindelijke keuzes van consumenten en dat deze keuzes kennelijk niet ingegeven zijn door een rationele afweging, maar sterk gestuurd worden door externe factoren.

Een ander probleem in het beslissingsgedrag van consumenten is dat consumenten vaak moeilijk in staat zijn om toekomstige gebeurtenissen in te schatten. Bij het inschatten van de toekomst maken we, bij gebrek aan accurate informatie, gebruik van vuistregels (zogenoemde ‘heuristieken’). Deze vuistregels zijn vaak nuttig, maar leveren ook problemen op. Zo blijken we ons bij het inschatten van toekomstige gebeurtenissen bijvoorbeeld te veel te laten leiden door de beschikbaarheid van een gebeurtenis in het geheugen. Dat betekent onder meer dat wanneer iets recent gebeurd is, dit zal leiden tot de inschatting dat er een hoge kans is dat de gebeurtenis zich ook in de (nabije) toekomst zal voordoen. Daarnaast zijn mensen bij het inschatten van toekomstige gebeurtenissen structureel onrealistisch optimistisch over hun eigen toekomst.¹⁷ Dit zorgt ervoor dat mensen bijvoorbeeld de kans dat ze een lening terug kunnen betalen te hoog inschatten, of er te gemakkelijk van uitgaan dat ze in staat zijn later in hun leven een pensioen op te kunnen bouwen.

14 Zie hierover onder meer Korobkin & Ulen 2000, p. 1104-1107.

15 Tversky & Kahneman 1981.

16 Ariely 2009, p. 1-6.

17 Dit staat ook wel bekend als de *overconfidence bias*, zie Korobkin & Ulen 2000, p. 1091.

Deze voorbeelden geven duidelijk aan dat het beeld van de consument als rationele beslisser problematisch is. Zoals hiervoor reeds is aangegeven, is beslissingsgedrag van consumenten onderhevig aan verschillende structurele problemen, die grotendeels voorspelbaar zijn. Dat maakt consumenten kwetsbaar voor misleidende marketingstrategieën. Hierop zal verder in worden gegaan in paragraaf 6.

4 PRESUMPTIE II: DE GEMIDDELDE CONSUMENT ALS MODEL VOOR STANDAARD CONSUMENTENGEDRAG

Zoals hiervoor uiteen is gezet is de tweede presumptie bij de standaard van de gemiddelde consument dat dit model overeenkomt met het gedrag van de meeste consumenten, en dus dat het criterium van de gemiddelde consument een representatief model is voor standaard keuzegedrag. Natuurlijk ontkent het niet geheel dat er verschillen zijn tussen consumenten, maar het idee is dat op basis van het criterium van de gemiddelde consument vast kan worden gesteld hoe de meeste consumenten zich gedragen, en dus wat ‘standaard’ consumentengedrag is. Het gaat hier om het idee dat een bepaald gedrag in een concreet geval, uitzonderingen daargelaten, logisch en voorspelbaar is.

Maar in hoeverre is consumentengedrag standaard? In hoeverre is gedrag van consumenten voorspelbaar en kun je van ‘gemiddeld’ gedrag spreken? Hier zitten een aantal haken en ogen aan die van belang zijn voor de beoordelende rechter of handhavingsautoriteit. In de praktijk zijn er aanzienlijke verschillen in de uitgangspunten, processen en resultaten van het keuzegedrag van consumenten. Hierna volgen enkele voorbeelden, namelijk:

1. de invloed van voorafgaande kennis op het verdere beslissingsproces;
2. de rol van *involvement* op het beslissingsproces;
3. de rol van persoonlijkheidskenmerken op het beslissingsproces.

4.1 *Voorafgaande kennis en de invloed op het beslissingsproces*

Dat het moeilijk is om te spreken van standaard consumentengedrag blijkt onder meer uit de grote invloed van de voorafgaande kennis van consumenten op het verdere beslissingsproces. Hierdoor is het van groot belang wat de eerdere ervaringen zijn van consumenten met bepaalde producten en handelspraktijken.

Onderzoek in consumentengedrag wijst uit dat voorafgaande kennis in belangrijke mate het beslissingsproces van consumenten beïnvloedt, onder andere voor wat betreft de aandacht die consumenten afhankelijk van hun voorafgaande kennis hebben voor bepaalde soorten informatie en wat betreft de manieren waarop consumenten verschillende opties evalueren.

Consumenten kunnen op verschillende manieren kennis opdoen over producten, zoals via de blootstelling aan reclame, het actief zoeken naar informatie, interacties met verkopers en door gebruik van het product. De hoeveelheid van deze ervaringen wordt ook wel *familiarity* genoemd. *Familiarity* heeft invloed op de *expertise* van de consument. Hierbij gaat het om de cognitieve structuren (bijvoorbeeld de overtuigingen die men heeft met betrekking tot een product) en cognitieve processen (bijvoorbeeld de beslissingsregels die iemand aanhoudt op basis van de overtuigingen), die nodig zijn om productgerelateerde taken met succes uit te voeren.¹⁸ Met andere woorden, hoe meer productgerelateerde ervaringen iemand heeft, hoe beter hij in staat zal zijn productgerelateerde taken, zoals productvergelijkingen, uit te voeren.

Er zijn verscheidene studies gedaan naar hoe *novices* ('beginners'; consumenten die weinig of geen ervaringen hebben met betrekking tot een bepaald product of soort product) en *experts* (consumenten die een hoge mate van expertise hebben op het gebied van een bepaald product of soort product) informatie verwerken. Zo is er een experiment gedaan naar het verwerken van informatie door consumenten bij een reclame voor computers. Hieruit blijkt dat *novices* de neiging hebben om technische eigenschappen links te laten liggen voor zover er geen verdere uitleg is over de voor- en nadelen van die technische eigenschappen. Dezelfde technische informatie leidt bij *experts* voor meer gedetailleerde verwerking van de informatie.¹⁹ Hiermee hangt samen dat *experts* meer bewust over de beschikbare informatie nadenken, terwijl *novices* meer geneigd zijn tot het gebruik van vuistregels bij het maken van beslissingen (heuristieken).²⁰ Daarnaast lijkt het erop dat *novices* problemen hebben om informatie te verwerken, omdat ze moeite hebben feiten te verbinden.²¹

Wat betekent dit alles voor de standaard van de gemiddelde consument? Het is van belang om in te zien dat voorafgaande kennis het hele beslissingsproces beïnvloedt en dat er grote verschillen bestaan in de mate van kennis van consumenten over producten. Wat 'gemiddeld' (of 'standaard') is in deze context is moeilijk te zeggen. Voorafgaande kennis hangt af van de eerdere ervaringen van consumenten en dit hangt weer mede af van de interesses die de consument heeft. Betekent de standaard van de gemiddelde consument dat met *novices* geen rekening wordt gehouden omdat gemiddelde geïnformeerdeheid wordt verondersteld? En zo ja, geeft dit handelaren dan niet de mogelijkheid om gebruik (of misbruik) te maken van de onervarenheid van die consumenten?

18 Alba & Hutchinson 1987, p. 411; Hutchinson & Eisenstein 2008, p. 103-104.

19 Maheswaran & Sternthal 1990.

20 Hutchinson & Eisenstein 2008, p. 106-107.

21 Hutchinson & Eisenstein 2008.

4.2 *Consumer involvement*

Een ander punt dat van belang is als we het hebben over consumentengedrag en individuele verschillen tussen consumenten is *consumer involvement*. Hierbij gaat het om het belang of de persoonlijke waarde die de consument hecht aan een object, gebeurtenis of activiteit.²² Deze zogenoemde *motivational state* heeft invloed op de cognitieve en affectieve processen en idem gedrag van de consument en daarmee op diens beslissingsgedrag. Naarmate een consument een hogere mate van *involvement* heeft met een product, zal hij meer weten over het product, meer aandacht hebben voor de informatie die hem gepresenteerd wordt, meer informatie zelf opzoeken, meer gedetailleerde beslissingen nemen, enzovoort.²³ Denk aan een fanatiek hobby-IT'er die een computer koopt. Zo iemand heeft een grotere psychologische band met het product en zal (waarschijnlijk met plezier) veel aandacht besteden aan de koop van een product en veel informatie opzoeken en vergelijken. Hetzelfde product kan echter ook gekocht worden door iemand die weinig verstand heeft van computers, maar toch zijn oude pc zal moeten vervangen voor een nieuwere om de ontwikkelingen bij te benen.²⁴

Het punt is ook hier dat het niet altijd zo makkelijk is om vast te stellen wie de gemiddelde consument is en hoe het gedrag van deze gemiddelde consument moet worden gekenmerkt. Moet de rechter bij een handelspraktijk uitgaan van de hobby-IT'er of van de consument 'die gewoon een up-to-date pc wil hebben'? En daarbij de consequentie: moet een consument met minder *involvement* afgerekend worden op het feit dat hij minder weet dan de hobby-IT'er? Ook als blijkt dat veel consumenten met een laag *involvement*, op basis van de reclame van de handelaar dezelfde onjuiste veronderstellingen hebben?

4.3 *Persoonlijkheidskenmerken*

Dat het moeilijk is om te spreken van *standaard consumentengedrag* blijkt ook uit de verschillen in consumentengedrag door verschillen in persoonlijkheid. Faddegon (2009) laat goed zien hoe verschillen in persoonlijkheidskenmerken tussen mensen zorgen voor verschillend beslissingsgedrag en merkt op dat deze verschillen vaak genegeerd worden in wetgeving. Een belangrijk persoonlijkheidskenmerk voor het beslissingsgedrag van de consument, ook als het gaat om mogelijk misleidende informatie van handelaren, is de

22 Peter & Olson 2010, p. 84.

23 Idem. Zie verder bijvoorbeeld ook Bloch 1981 en Michaelidou & Dibb 2008.

24 Dit neemt overigens niet weg dat sommige producten in het algemeen kunnen worden gekenmerkt als producten met een hogere of lagere mate van *involvement* dan andere. Zo gaan producten als schoonmaakmiddel en potloden over het algemeen gepaard met lage *involvement*, terwijl duurzame en kostbare goederen zoals huizen en auto's gepaard gaan met een hoog niveau van *involvement*. Dit neemt echter niet weg dat er – ook voor deze producten – verschillen zijn tussen consumenten in hun mate van *involvement*, die het verdere beslissingsproces beïnvloeden.

zogenaamde *need for cognition* (NFC).²⁵ Hierbij gaat het over de mate waarin mensen geneigd zijn na te denken en de behoefte hebben om na te denken.²⁶ Dit geldt voor het leven in het algemeen (inclusief bijvoorbeeld de behoefte om nadenk-activiteiten te doen in de vrije tijd, zoals het maken van kruiswoordpuzzels) en ook voor het beslissingsgedrag als consument. Mensen die hoog scoren op de *need for cognition scale* zijn geneigd meer denkwerk te stoppen in hun beslissingen. Uit onderzoek van Levin, Huneke en Jasper blijkt dat mensen met een hoger NFC bij een productvergelijking niet alleen meer informatie gebruiken bij hun beslissing, maar uiteindelijk ook voor de kwalitatief beste opties kiezen.²⁷ Dit is anders bij mensen met een laag NFC, zij zullen hun beslissingen eerder nemen op basis van eenvoudige vuistregels en op basis van makkelijk waarneembare signalen uit de omgeving (zogenoemde *cues*), zoals de betrouwbaarheid (op het eerste gezicht) van degene die probeert te overtuigen. Zij zijn daarmee meer ‘stuurbaar’ voor handelaren, terwijl mensen met een hoog NFC sneller worden beïnvloed door bijvoorbeeld onjuiste informatie over gedetailleerde producteigenschappen.

Met betrekking tot de standaard van de gemiddelde consument zijn hier twee zaken van belang. Ten eerste: het Europese recht lijkt ervan uit te gaan dat de gemiddelde consument een hoog NFC heeft. Zoals hiervoor is uiteengezet, lijkt men uit te gaan van een consument die de beschikbare informatie in zich opneemt en op basis daarvan zorgvuldig afgewogen keuzes maakt. Ten tweede is hier (wederom) van belang om de vraag te stellen wat *standaard consumentengedrag* is en in hoeverre je daarvan überhaupt kunt spreken. Heeft de gemiddelde consument een hoog of een laag NFC? Of gaat de standaard uit van een *gemiddeld* NFC? Het is in ieder geval belangrijk dat men zich realiseert dat als men uitgaat van een gemiddeld of hoog NFC, dat dit dan mensen met een laag NFC openstelt aan uitbuiting van die karaktereigenschap. Want terwijl men in het recht uitgaat van een hoog NFC, weet de (mogelijk te kwader trouw zijnde) marketeer dat de werkelijkheid anders is voor in ieder geval een deel van de consumenten, zodat hij dit gat in de bescherming kan uitbuiten.

25 Ook andere persoonlijkheidskenmerken zijn van belang bij het beslissingsgedrag van de consument. Voor een selectie, zie Faddegon 2009. Zie verder ook Haugtvedt, Liu & Sam Min 2008, 1161-1176. Hier wordt de bespreking van persoonlijkheidskenmerken beperkt tot het voorbeeld van *need for cognition*.

26 Faddegon 2009, p. 116. Zie ook Haugtvedt, Liu & Sam Min 2008, p. 1162-1163. Zie voor het originele onderzoek naar *need for cognition* onder meer Cacioppo, Petty & Morris 1983; Epstein & Pacini 1999 en Haugtvedt, Petty & Cacioppo 1992.

27 Faddegon 2009, p. 118; Levin, Huneke & Jasper 2000.

5 EFFECTEN VAN DE PRESUMPTIES OP DE VERWEZENLIJKING VAN DE DOELSTELLINGEN VAN DE WETGEVING

De doelstelling van de tegen misleiding gerichte Europese regelgeving, met in de eerste plaats de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken, is tweeledig. Ten eerste is het de bedoeling dat de wetgeving een 'hoog niveau van consumentenbescherming' biedt. Daarnaast is de wetgeving gericht op het creëren van een goed functionerende markt, met in het bijzonder het creëren van een *level playing field* voor bedrijven in Europa. Bedrijven moeten met zo min mogelijk problemen hun producten in de gehele Europese Unie kunnen aanbieden en het is niet de bedoeling dat ze daarbij gehinderd worden door onnodig ingrijpen in de markt en verschillende wetgeving in verschillende lidstaten.

Dat dit laatste doel ook van invloed is op het criterium van de gemiddelde consument, blijkt, zoals hiervoor reeds is uiteengezet, uit de ontstaansgeschiedenis van dit criterium: het begrip werd door het Hof van Justitie met name ingezet om duidelijk te maken dat individuele lidstaten doorschoten in hun consumentenbescherming, en onder het mom van consumentenbescherming in sommige gevallen zelfs bescherming van de nationale markt probeerden te bewerkstelligen. Het idee hierbij is dat als men zou uitgaan van een zeer onwetende en kwetsbare consument er erg veel ingegrepen zal moeten worden op de markt, ondanks dat de grote meerderheid van de consumenten geen last heeft van de handelspraktijken. Een klassiek voorbeeld in de Engelstalige literatuur is bijvoorbeeld dat *Danish pastry* ('Deens gebak') een toegestane productnaam moet zijn, ondanks dat een enkele onwetende consument misschien zal denken dat het gebak daadwerkelijk uit Denemarken komt. Een verbod op het voeren van die term omdat enkele consumenten misleid zouden worden, is niet alleen vervelend voor de producenten en verkopers, maar ook voor alle consumenten die wel aan de naam gewend zijn en weten om welk product het gaat. Tot zo ver is het begrijpelijk dat met het criterium van de gemiddelde consument (en het verwachten dat deze enig verstand van zaken heeft) beoogd wordt overmatig ingrijpen op de markt tegen te gaan.

Het Europese recht lijkt er met het criterium van de gemiddelde consument van uit te gaan dat voldoende consumentenbescherming wordt geboden als de gemiddelde consument wordt beschermd, en bovendien dat ingrijpen in de markt pas nodig is als het gedrag van de gemiddelde consument wordt aangetast.²⁸ Daarbij wordt bovendien, zoals hiervoor is opgemerkt, uitgegaan van een consument als zorgvuldige beslisser.

Toch is het aannemelijk dat ook buiten gevallen van misleiding van de (zorgvuldig handelende) gemiddelde consument de markt verstoord wordt. Dit is ten eerste zo omdat,

28 Uitzondering hierop zijn overigens 5(2)b en 5(3) van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. Deze maken het mogelijk om af te stemmen op een specifieke groep consumenten (in plaats van 'de gemiddelde consument') indien de handelspraktijk specifiek op deze groep gericht is of indien een specifiek als zwakke groep te bestempelen consumenten wordt benadeeld door de praktijk.

zoals hiervoor is uitgewerkt, de gemiddelde consument niet altijd rationeel handelt (zie de discussie bij presumptie I in paragraaf 3). Consumenten maken vaak voorspelbare fouten in hun beslissingsgedrag en als hier geen rekening mee wordt gehouden in het recht, dan kunnen handelaren deze beperkingen uitbuiten. Hierdoor krijgt de consument geen waar voor zijn geld en winnen oneerlijke handelaren marktaandeel ten koste van de handelaren die wel een 'eerlijk' product verkopen. Als consumenten structureel fouten maken in hun beslissingsgedrag en de uitbuiting hiervan door handelaren onbestraft blijft, zorgt dit dus voor oneerlijke concurrentie: handelaren die misleiden worden beloond in plaats van afgestraft voor hun gedrag.²⁹ Dit kan zelfs tot gevolg hebben dat consumenten hun vertrouwen in de markt in het algemeen kwijtraken. Ook dit gaat ten koste van de markt als geheel.³⁰

Dezelfde problemen treden op doordat het criterium van de gemiddelde consument weinig rekening houdt met individuele verschillen tussen consumenten, bijvoorbeeld wat betreft voorafgaande kennis, *consumer involvement* en persoonlijkheidskenmerken (zie de discussie bij presumptie 2 in paragraaf 4). Door uit te gaan van standaard beslissingsgedrag van consumenten wordt voorbijgegaan aan die realiteit. Hierdoor hebben handelaren de mogelijkheid om misbruik te maken van bijvoorbeeld consumenten met weinig productkennis, weinig *involvement* en een laag *need for cognition*.

Meer in het algemeen kan worden gesteld dat ook bij het door handelaren gebruikmaken van zwakheden van kleinere aantallen consumenten marktfalen kan optreden. Sterker nog, de meest duidelijke oneerlijke handelspraktijken zullen door veel consumenten als zodanig worden herkend, maar dat neemt niet weg dat deze verder maatschappelijk en economisch nutteloze praktijken een kleine groep consumenten benadelen. Door af te stemmen op het *gemiddelde* als minimumnorm bij misleiding wordt hieraan echter voorbijgegaan.³¹

Al met al kunnen er vraagtekens gezet worden bij de gemiddelde consument als maatstaf voor misleiding. Zowel de onrealistisch hoge verwachtingen van de gemiddelde consument als het feit dat de gemiddelde consument geldt als minimumnorm, zorgen ervoor dat veel problemen op de markt blijven bestaan en dat bovendien moeilijk van een hoog niveau van consumentenbescherming kan worden gesproken. Het is dus zeer de vraag of de standaard van de gemiddelde consument past bij de doelstellingen van de Europese wetgeving.

29 Boush, Friestad & Wright 2009, p. 2.

30 Ibid., p. 2 en 18.

31 Overigens laat de zwarte lijst van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken zien dat de Europese wetgever erkent dat ook buiten beïnvloeding van de gemiddelde consument kan worden gesproken van oneerlijke praktijken die verboden moeten worden: de praktijken van de zwarte lijst zijn typische oneerlijke handelspraktijken, ondanks dat ze in veel gevallen als zodanig herkend worden door veel consumenten waardoor van misleiding van de gemiddelde consument moeilijk gesproken kan worden.

6 AANZET TOT EEN MEER REALISTISCHE BEOORDELING VAN MISLEIDING

Om beter te kunnen beoordelen wanneer sprake is van een ontoelaatbare verstoring van de markt lijkt het voor de hand liggend om beter te kijken naar wat de daadwerkelijke effecten zijn voor de verschillende marktpartijen: worden veel consumenten misleid? Zijn er consumenten die juist baat hebben bij de op een bepaalde wijze geformuleerde of gepresenteerde informatie? En kan de handelaar de informatie op een eenvoudige manier beter presenteren, zodat minder of geen consumenten misleid worden? Welke precieze afweging hierbij uiteindelijk gemaakt wordt en welk niveau van bescherming precies geboden wordt, is uiteindelijk aan het Hof van Justitie en eventueel de Europese wetgever. Dit is een normatieve en dus politieke keuze, waarbij moet worden opgemerkt dat de Europese regelgeving ruimte laat voor verschillende interpretaties van de precieze doelstellingen, bijvoorbeeld wat betreft het ‘hoog niveau van consumentenbescherming’.

Maar het past bij de doelstellingen van de wetgeving om te kijken naar de daadwerkelijke effecten van handelspraktijken op consumenten, zodat er een duidelijker beeld is van de impact op de markt. Hierbij past niet één vaststaand beeld van de consument, of die nu wordt bestempeld als ‘rationeel’, ‘gemiddeld’ of ‘kwetsbaar’. Deze meer algemene toetsing, zonder toepassing van een al te rigide consument-standaard, geeft de ruimte om de belangen op de markt af te wegen. Het is dan ook aan te bevelen om enigszins flexibel om te gaan met de standaard van de gemiddelde consument, zodat de doelstellingen van de wetgeving goed kunnen worden nagestreefd. De rechtspraak en handhavingspraktijk in sommige lidstaten lijken hier overigens in bepaalde gevallen al op te wijzen.³²

Wat heeft de kennis uit de gedragswetenschappen nu te bieden aan rechters en handhavingsautoriteiten die een betere inschatting willen maken van de effecten van handelspraktijken op consumenten en op de markt? Om de effecten op consumenten en op de markt te kunnen inschatten is het in ieder geval van groot belang dat rechters en handhavingsautoriteiten misleidende strategieën van handelaren kunnen herkennen.³³ De inzichten uit de gedragswetenschappen zoals gepresenteerd in de paragrafen 3 en 4 vormen hiervoor al een goede aanzet. Maar er is meer dat de gedragswetenschappen ons kunnen leren over consumentengedrag en de valkuilen op het gebied van misleiding.

In de sociale psychologie is veel onderzoek gedaan naar hoe mensen beïnvloed worden en welke factoren bijdragen aan het effectief overtuigen van andere mensen.³⁴ Deze kennis

32 Zie bijvoorbeeld de Engelse zaak *Office of Fair Trading v Purely Creative Ltd and others* [2011] EWHC 106 en, in Nederland, Rb. Haarlem 2 april 2009, LJN: BI1561.

33 Meer rekening houden met de daadwerkelijke impact op de markt betekent overigens niet dat er bij elke mogelijke ‘misleiding’ ingegrepen moet worden op de markt – het voorbeeld van de naam *Danish pastry* geeft een geval weer waarin een dergelijke ingreep niet gewenst lijkt.

34 Zie bijvoorbeeld Cialdini 2001 en Pratkanis 2008.

geeft belangrijke inzichten over misleidende marketingstrategieën. Essentieel voor een goed begrip van beïnvloeding is het model van *duale denkprocessen*.³⁵ Mensen kunnen via twee systemen reageren op beïnvloeding, namelijk via zogenoemde Systeem 1- en Systeem 2-denkprocessen. Systeem 1-denkprocessen zijn automatisch, snel, intuïtief en vergen weinig inspanning. Zo weet u zonder moeite het antwoord te geven op de vraag wat de som is van drie plus drie en zal u meteen verwachten dat wanneer u rook ruikt, er sprake is van vuur. Systeem 2-denkprocessen zijn relatief langzaam, meer analytisch en vergen meer inspanning.³⁶ Systeem 2-denken wordt bijvoorbeeld sterk geactiveerd bij het schaakspel, waar verschillende zetten worden overwogen en elke zet goed wordt doordacht.

Systeem 1-denkprocessen stellen mensen in staat om zonder veel moeite snelle beslissingen te nemen, maar geven meer aanleiding tot onjuiste conclusies en stellen de consument meer open aan beïnvloeding en daarmee aan misleiding. Systeem 2-processen worden onder meer geactiveerd door het ervaren van bedreiging en argwaan. Systeem 2-denkprocessen kunnen daarmee de output van Systeem 1-processen, als daar aanleiding voor is, corrigeren.

Dit is belangrijk in de context van misleidende handelspraktijken: het is belangrijk voor consumenten om op het juiste moment Systeem 2-denkprocessen te activeren als de context daarvoor aanleiding geeft, terwijl er aan de andere kant voor de misleidende marketeer veel aan gelegen is om te zorgen dat consumenten ‘blijven hangen’ in Systeem 1-denkprocessen en dus ‘onder de radar van misleidingsdetectie blijven vliegen’. Ook Cialdini, één van de leidende onderzoekers op het gebied van beïnvloeding, benadrukt dat het beïnvloeden van anderen met name kan worden bereikt via Systeem 1-denken van de ontvanger.³⁷ Hij identificeert daarbij zes factoren die ervoor zorgen dat mensen blijven hangen in Systeem 1-denken en niet overgaan op Systeem 2-denken, waardoor correcties uitblijven. Het betreft de volgende factoren aan de kant van de ontvanger, die ook bij misleiding van groot belang kunnen zijn: (1) onverschilligheid, (2) haast, (3) stress, (4) onzekerheid, (5) afleiding en (6) vermoeidheid. Marketeers kunnen deze factoren uitbuiten of zelfs creëren in een marketingsituatie, zodat consumenten in mindere mate een beroep doen op hun beschermingsmechanismen tegen misleiding.³⁸

Marketeers, in ieder geval zij die slechte bedoelingen hebben, zullen dus proberen om te zorgen dat consumenten niet overgaan tot Systeem 2-denkprocessen, waarbij ze meer zorgvuldig zullen nadenken en dus ook inconsistenties, onwaarheden of onvolledigheden sneller zullen opmerken. Bij de activatie van Systeem 2-denkprocessen hebben marketeers dus minder controle over de gedachten van de consument. Mochten consumenten toch bijvoorbeeld vanwege onzekerheid of wantrouwen overstappen op Systeem 2-denkproces-

35 Zie over duale denkprocessen in het algemeen Gleitman, Gross & Reisberg 2011, p. 352-354.

36 Ibid.

37 Cialdini 2000.

38 Boush, Friestad & Wright 2009, p. 30.

sen, dan kan de marketeer strategieën inzetten om deze processen te onderbreken en dus weer controle te krijgen over de situatie. Dit kan onder meer door op het juiste moment de consument af te leiden van het bewuste denkproces of door de consument te confronteren met een overvloed aan informatie, zodat Systeem 2-denkprocessen weinig opleveren en de consument terugvalt op geautomatiseerde processen.³⁹ Deze kennis is dus nuttig voor rechters en handhavingsautoriteiten die zich buigen over het misleidende karakter van handelspraktijken en commerciële communicatie.

De rol van Systeem 1- en Systeem 2-denkprocessen is belangrijk in veel misleidende strategieën. Hierna geef ik een overzicht aan de hand van het werk van Boush, Friestad en Wright, die als een van de weinige onderzoekers in de consumentenpsychologie zich specifiek bezig hebben gehouden met misleiding. In hun boek *Deception in the marketplace* brengen ze theoretische achtergronden en observaties uit de praktijk samen, waarmee ze inzicht geven in hoe misleiding werkt en welke strategieën bewust door marketeers worden toegepast.

Boush, Friestad en Wright benadrukken dat misleidende strategieën erg divers zijn en dat ze bovendien vaak in combinatie gebruikt worden.⁴⁰ Dit betekent dat voor het beoordelen van het misleidende karakter van een handelspraktijk deze praktijk in zijn geheel moet worden bekeken en niet op afzonderlijke details.⁴¹ Daarnaast moet rekening worden gehouden met het feit dat marketing vaak goed doordacht, onderzocht en gepland is. De auteurs zien hierin een reden om een vergaande verantwoordelijkheid te leggen op de handelaar.⁴²

In hun overzicht van misleidende marketingstrategieën maken de auteurs onderscheid tussen twee types misleiding. De eerste groep betreft misleiding door omissie of het verbergen van voor de consument belangrijke maar mogelijk negatieve informatie.⁴³

39 Ibid., p. 40-41. Zie enkele voorbeelden in de schema's hierna.

40 Ibid., p. 41.

41 Ibid., p. 13.

42 Ibid., p. 7. De auteurs spreken zich op dit punt overigens niet uit over aansprakelijkheden of verboden.

43 Ibid., p. 39-58.

Afleiding en camouflage

Afleiding onderdrukt de kritische blik van Systeem 2-denkprocessen, waarvoor energie en aandacht nodig is. *Attention getters* kunnen strategisch worden ingezet om de consument op het juiste moment of op de juiste plek af te leiden van gevoelige informatie, zoals het tonen van flitsende beelden en het laten horen van harde muziek in een reclame voor sms-diensten, terwijl de handelaar onderin het beeld in kleine lettertjes de kosten vermeldt, alsook het feit dat het gaat om een abonnementsdienst. Bij *camouflage* wordt gevoelige informatie omgeven door of bedolven onder irrelevante informatie, of wordt de gevoelige informatie gegeven op een plek waar de consument deze niet verwacht.⁴⁴

Oneigenlijk gebruik van beïnvloedingsstrategieën

In de sociale psychologie worden verschillende beïnvloedingsfactoren benoemd, zoals de zes factoren van sociale invloed van Cialdini.⁴⁵

- (1) *wederkerigheid*: mensen zijn meer open voor beïnvloeding (om een 'tegenprestatie' te leveren) als ze zelf eerst iets hebben gekregen, ook al heeft de ontvangen prestatie maar weinig waarde;
- (2) *commitment en consistentie*: mensen neigen naar consistentie in hun gedrag. Als een eerste *commitment* (standpunt of toezegging) wordt uitgelokt, is de kans groot dat er meer volgen;
- (3) *sociaal bewijs*: bereid zijn om iets te doen als (gezegd wordt dat) anderen dat ook doen;
- (4) *sympathie voor de beïnvloeder*;
- (5) *achtting voor autoriteit*: mensen zijn snel bereid de argumenten aan te nemen van een autoriteit (of iemand die de indruk wekt een autoriteit te zijn);
- (6) *schaarste*: mensen zijn sneller bereid mee te gaan in de beïnvloeding als de indruk wordt gewekt van schaarste van het product. Deze factoren worden veel gebruikt door marketeers in hun strategieën en zijn niet per se problematisch. Maar ze kunnen wel voor misleiding worden ingezet, bijvoorbeeld door het inzetten van een 'expert', die eigenlijk geen autoriteit heeft op het onderwerp waarover hij spreekt (bijvoorbeeld door iemand op te voeren in een witte doktersjas). Deze tactieken werken het best wanneer de consument onverschillig of afgeleid is, of wanneer hij overspoeld wordt met cognitieve taken.⁴⁶

Het onderdrukken van de motivatie en mogelijkheid om zich te beschermen tegen misleiding

Het herkennen, neutraliseren en weerstaan van misleiding zijn Systeem 2-processen die veel inspanning vergen, hoewel ze meer automatisch plaatsvinden naarmate de consument meer ervaring opdoet met situaties van beïnvloeding en misleiding. Om consumenten ervan te weerhouden om deze taken uit te voeren kan een handelaar ervoor zorgen dat er andere cognitief inspannende taken moeten worden verricht, zodat de motivatie en de mogelijkheid om zich te beschermen tegen misleiding wordt onderdrukt. Een van deze tactieken is *swamping*, waarbij de consument wordt geconfronteerd met zo veel informatie, dat de kans klein is dat hij daadwerkelijk alle informatie in zich opneemt. Het gaat hier om het bewust creëren van *information overload* (zie par. 3). Irrelevante informatie wordt toegevoegd om te zorgen dat de gevoelige informatie niet wordt opgenomen. Door de consument cognitief uit te putten kan hij de mogelijkheden zich te beschermen tegen misleiding minder goed benutten. Bovendien kan de vele informatie tegelijkertijd de indruk geven dat veel informatie wordt vrijgegeven, terwijl het in

44 Ibid., p. 45-49. Zie voor een voorbeeld van deze camouflage Poutsma 2013. Hierin laat de auteur zien hoe verzekeraars door het geven van allerlei extra informatie de aandacht kunnen afleiden van de mogelijkheid om de verzekeringsovereenkomst op te zeggen, zoals verplicht moet worden vermeld op grond van de Wet-Van Dam.

45 Cialdini 2001.

46 Boush, Friestad & Wright 2009, p. 49-52.

werkelijkheid bedoeld is om gevoelige informatie niet te laten opmerken.⁴⁷ Het onderdrukken van de motivatie en betrokkenheid van bescherming tegen misleidende praktijken kan ook heel anders worden bewerkstelligd, bijvoorbeeld door zogenoemde ‘omega-beïnvloedingsstrategieën’. Hierbij wordt de intentie van de handelaar om de consument te beïnvloeden verzwegen of verbloemd, bijvoorbeeld door een verkooppraatje te presenteren als onafhankelijk advies.⁴⁸

De ‘run-around’

Ook bij de *run-around*-tactiek wordt het de consument moeilijk gemaakt om negatieve informatie te vinden. Marketeers kunnen het de consument moeilijk maken om bepaalde belangrijke informatie te vinden, door gevoelige informatie niet op dezelfde plek te presenteren als de positieve informatie over hetzelfde onderwerp. Hierbij wordt de positieve informatie vaak op verschillende plekken of momenten herhaald, terwijl ‘het addertje’ slechts op één (bovendien moeilijk vindbare plek) is te vinden.⁴⁹ Denk hierbij aan de claim bij een lening dat de rente slechts 2,5% bedraagt, terwijl weggelaten in de kleine lettertjes duidelijk wordt dat dit slechts geldt voor de beginperiode van de looptijd van de lening, terwijl de rente daarna snel omhoog gaat.

Omissies

Bij *ommissies* gaat het om het weglaten van bepaalde gevoelige informatie. Overigens gaat het vaak om gedeeltelijke omissies of ‘halve waarheden’.⁵⁰

In de tweede groep van misleidende strategieën gaat het om meer actieve of expliciete vormen van misleiding:

Mentale simulatie

Een *mentale simulatie* is een voorstelling van een gebeurtenis of van een serie gebeurtenissen. Zo kun je indenken hoe het zou zijn om de loterij te winnen of hoe het zou zijn om een sportauto te hebben. Marketeers kunnen mentale simulaties oproepen en de inhoud beïnvloeden. De mogelijkheid om te beïnvloeden is vaak sterk doordat mensen bij het maken van mentale simulaties sterk afhankelijk zijn van eenvoudig beschikbare voorstellingen, die gegeven of uitgelokt kunnen worden door marketeers. Zo kan een marketeer een rampscenario oproepen bij een consument om een verzekering of een veiligheidsproduct te verkopen. Het effect hiervan is met name sterk als de consument het zelf moeilijk vindt om de kans van een bepaalde toekomstige gebeurtenis in te schatten, omdat in een dergelijk geval de consument zich sneller laat leiden door het opgeroepen beeld.⁵¹ Zoals al bleek in paragraaf 3 zijn mensen vaak slecht in staat om de kans van toekomstige gebeurtenissen in te schatten en laten ze zich daarbij vaak leiden door onnauwkeurige heuristieken, die dus beïnvloed kunnen worden door marketeers.

Misleidende ‘framings’

Het onderwerp *framing* is ook al aan de orde gekomen in paragraaf 3, waar bleek dat de keuze van consumenten vaak sterk wordt beïnvloed door de manier waarop informatie wordt gepresenteerd. Deze tactiek kan worden

47 Een voorbeeld hiervan is te vinden in Poutsma 2013, p. 13 (zie ook noot 42 hierboven). Eén van de brieven die werd voorgelegd aan de deelnemers van het onderzoek werd positief beoordeeld door de proefpersonen vanwege de uitgebreide informatie, terwijl de boodschap dat mensen de overeenkomst konden opzeggen minder goed werd opgemerkt.

48 Boush, Friestad & Wright 2009, p. 52-55.

49 Ibid., p. 55-56.

50 Ibid., p. 56-57.

51 Ibid., p. 59-62.

ingezet om consumenten een incompleet of onjuist beeld te geven van een probleem, of door aan te sturen op een onjuiste analyse van een probleem.⁵²

<i>Impersonatie</i>	Bij <i>impersonatie</i> wordt de consument voorgelogen of misleid over de identiteit van de handelaar. De handelaar kan expliciet onwaarheden vertellen over zijn ware identiteit, maar kan ook meer indirect de indruk wekken dat hij iemand is die hij niet werkelijk is. ⁵³ Zo kan bijvoorbeeld een ‘schuldhelpverlener’ doen alsof hij voor een overheidsinstantie werkt, terwijl hij tot doel heeft leningen van de consument over te sluiten en op die manier provisies probeert op te strijken. Dit kan door dit expliciet te stellen, maar ook door suggesties te wekken zoals het tonen van logo’s die lijken op die van overheidsinstanties.
<i>Misleidend en ontwijkend taalgebruik over verantwoordelijkheid</i>	Misleidend en ontwijkend taalgebruik over verantwoordelijkheid is een veel voorkomende strategie die vaak wordt gezien als grijs gebied als het gaat om misleiding. Harde claims over producten en effecten van producten worden voorkomen, bijvoorbeeld door vaag taalgebruik: ‘ <i>dit product kan u helpen bij het afslanken</i> ’. ⁵⁴
<i>Het gebruikmaken van ‘automized inferencing tendencies’</i>	Bij <i>automized inferencing tendencies</i> gaat het om de menselijke neiging om conclusies te trekken die verder gaan dan de letterlijke betekenis van een uitspraak. Hier kunnen marketeers gebruik van maken. Bovendien kunnen marketeers bewust vage uitspraken doen die vervolgens, om tot een concreet begrip te komen, door consumenten vaak ‘verdergaand’ worden geïnterpreteerd dan de letterlijke boodschap. Zo wordt aan het enkele noemen dat een product is getest vaak de conclusie verbonden dat de tests een positieve uitkomst hadden (zogenoemd <i>implied proof</i>). ⁵⁵
<i>Woordelijk en visueel bedrog</i>	Woordelijk en visueel bedrog is een van de duidelijkste vormen van misleiding, waarbij juristen het snel eens zullen zijn over het misleidende karakter. ⁵⁶ Denk bijvoorbeeld aan het tonen van een duurder model in een advertentie dan het model waarvoor een aanbieding geldt.
<i>Gebruikmaken van beperkte wiskundige onderlegdheid en beperkt begrip van statistiek en onderzoek</i>	De meeste mensen hebben een (zeer) beperkt begrip van cijfers, statistieken en onderzoeksmethoden. Marketeers kunnen door het geven van cijfers of statistieken veel impliceren, zonder expliciet onjuiste uitspraken te doen. Boush, Friestad en Wright benadrukken dat veel mensen bij het zien of horen van cijfers of statistieken hun anders vanzelfsprekende kritische houding laten varen en gehoorzaam vertrouwen op de autoriteit die gepaard gaat met het tonen hiervan. Iets vergelijkbaars geldt voor de interpretatie van onderzoeksresultaten. ⁵⁷ Ook op het gebied van onderzoeksmethoden zijn mensen over het algemeen naïef. Misleidende praktijken op dit gebied zijn bijvoorbeeld ondeugdelijke of onvolledige presentatie van enquête- of testresultaten en misleidende (technische) productvergelijkingen. ⁵⁸
<i>Retorische deceptie: visuele en woordelijke stijlfiguren</i>	Ook bij <i>retorische deceptie</i> gaat het om het impliceren van bepaalde feiten, zonder ze feitelijk te stellen. Door retorische deceptie worden consumenten ‘uitgenodigd’ om een bepaald idee te vormen zonder dat deze daadwerkelijk

52 Ibid., p. 62-64.

53 Ibid., p. 64-65.

54 Ibid., p. 65-67.

55 Ibid., p. 67-68.

56 Idem, p. 68-70.

57 Zie hierover ook Best 2001.

58 Boush, Friestad & Wright 2009, p. 70-72.

wordt gegeven door de handelaar. Dit kan onder andere via het gebruik van ironie of absurdisme.⁵⁹

'Marketing bullshit'

Bij *marketing bullshit* gaat het niet zo zeer om liegen, maar wel om het doen van zinloze uitspraken, waardoor bij het publiek ideeën kunnen ontstaan die onwaarschijnlijk en moeilijk (maar niet onmogelijk) te controleren zijn. Meer concreet kan deze vorm van misleiding bijvoorbeeld betrekking hebben op het (bijvoorbeeld via een verhaal) wekken van de suggestie dat een persoon, organisatie of product verantwoordelijk is voor een bepaalde maatschappelijke ontwikkeling, terwijl dit in feite zeer onwaarschijnlijk is.⁶⁰

7 SLOTOPMERKINGEN

Het vorenstaande overzicht kan rechters en handhavingsautoriteiten, in ieder geval als startpunt, helpen in het herkennen van veelgebruikte misleidende strategieën. Indien misleidende strategieën beter worden herkend, wordt het makkelijker om te beoordelen wat de daadwerkelijke effecten zijn op de markt. Beoordeling aan de hand van een fictieve en onrealistisch rationele 'gemiddelde consument' is hiervoor niet geschikt. Terwijl strategieën die bewust gebruikmaken van de gebrekkigheden in het beslissingsgedrag van consumenten bij toepassing van het Europeesrechtelijke criterium van de gemiddelde consument moeilijk kunnen worden aangepakt, geeft een afweging op basis van de effecten op de markt, met gebruikmaking van de kennis uit de gedragswetenschappen, deze mogelijkheid wel. Op deze manier kan de kennis die ter beschikking staat van marketeers en door hen gebruikt kan worden om de consument te misleiden, ook gebruikt worden door rechters en handhavingsautoriteiten.

LITERATUUR

AFM/GfK 2010

AFM/GfK, *AFM consumentenmonitor najaar 2010 - hypotheeken*, beschikbaar op www.afm.nl/layouts/afm.aspx~/media/files/consumenten-monitor/2010-q3-hypotheeken.ashx (laatst geraadpleegd 01-10-2012), p. 17.

Ariely 2009

D. Ariely, *Predictably irrational*, Londen: Harper 2009.

⁵⁹ Ibid., p. 73-74.

⁶⁰ Ibid., p. 74-77.

Best 2001

J. Best, *Damned lies and statistics: untangling numbers from the media, politicians and activists*, Berkely: University of California Press 2001.

Bloch 1981

P. Bloch, 'An exploration into the scaling of consumers' involvement with a product class', *Advances in consumer research* 1981, p. 61-65.

Boush, Friestad & Wright 2009

D. Boush, M. Friestad & P. Wright, *Deception in the marketplace: the psychology of deceptive persuasion and consumer self protection*, New York/Londen: Routledge 2009.

Cacioppo, Petty & Morris 1983

J. Cacioppo, R. Petty & K. Morris, 'Effects of need for cognition on a message evaluation, recall, and persuasion', *Journal of personality and social psychology* 1983, p. 805-818.

Cialdini 2001

R. Cialdini, *Influence: science and practice*, Needham Heights: Allyn & Bacon 2001.

Duivenvoorde 2010

B. Duivenvoorde, 'De gemiddelde consument als rationele actor', *WPNR* 2010, p. 533-534.

Epstein & Pacini 1999

S. Epstein & R. Pacini, 'Some basic issues regarding dual-process theories from the perspective of cognitive-experiential self-theory', in: S. Chaiken & Y. Trope (red.), *Dual-process theories in social psychology*, New York: Guildford Press 1999, p. 462-482.

Faddegon 2009

K. Faddegon, 'Psychologische verschillen in keuzegedrag', in: W. Tiemeijer, C. Thomas & H. Prast (red.), *De menselijke beslisser: over de psychologie van keuze en gedrag* (WRR Verkenningen 22), Amsterdam: Amsterdam University Press 2009, p. 115-135.

Gleitman, Gross & Reisberg 2011

H. Gleitman, J. Gross & D. Reisberg, *Psychology* (8th international edition), New York/Londen: Norton 2011.

Haugtvedt, Liu & Sam Min 2008

C. Haugtvedt, K. Liu & K. Sam Min, 'Individual differences, tools for theory testing and understanding in consumer psychology research', in: C. Haugtvedt, P. Herr & F. Kardes

(red.), *Handbook of consumer psychology*, New York/Londen: Routledge 2008, p. 1161-1176.

Haugtvedt, Petty & Cacioppo 1992

C. Haugtvedt, R. Petty & J. Cacioppo, 'Need for cognition and advertising: understanding the role of personality variables in consumer behavior', *Personality and social psychology review* 1992, p. 303-327.

Hutchinson & Eisenstein 2008

J. Hutchinson & E. Eisenstein, 'Consumer learning and expertise', in: C. Haugtvedt, P. Herr & F. Kardes (red.), *Handbook of consumer psychology*, New York/Londen: Routledge 2008, p. 103-131.

Incardona & Poncibò 2007

R. Incardona & C. Poncibò, 'The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution', *Journal of consumer policy* 2007, 30, p. 21-38.

Jacoby 1984

J. Jacoby, 'Perspectives on information overload', *Journal of consumer research* 1984, 10, p. 432-435.

Jacoby 2000

J. Jacoby, 'Is it rational to assume consumer rationality?', *Roger Williams University Law Review* 2000, p. 81-161.

Korobkin & Ulen 2000

R. Korobkin & T. Ulen, 'Law and behavioral science: removing the rationality assumption from law and economics', *California law review* 2000, p. 1051-1144.

Levin, Huneke & Jasper 2000

J. Levin, M. Huneke & J. Jasper, 'Information processing at successive stages of decision making: Need for cognition and inclusion-exclusion-effects', *Organizational behavior and human decision processes* 2000 (vol. 82), p. 171-193.

Maheswaran & Sternthal 1990

D. Maheswaran & B. Sternthal, 'The effects of knowledge, motivation, and type of message on ad processing and product judgments', *Journal of consumer research* 1990, p. 66-73.

Malhotra 1982

N. Malhotra, 'Information load and consumer decision making', *Journal of consumer research* 1982, p. 419-430.

Michaelidou & Dibb 2008

N. Michaelidou & S. Dibb, 'Consumer involvement: a new perspective', *Marketing Review* 2008, p. 83-99.

Peter & Olson 2010

J. Peter & J. Olson, *Consumer behavior & marketing strategy* (9th international edition), Boston: McGraw-Hill 2010.

Poutsma 2013

S. Poutsma, 'Beïnvloedingsmogelijkheden bij de (stilzwijgende) verlenging van consumentenovereenkomsten', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2013, p. 3-20.

Pratkanis 2008

A. Pratkanis, 'Social influence analysis: an index of tactics', in: Pratkanis (red.), *The science of social influence: advances and future progress*, Philadelphia: Psychology Press 2008, p. 17-82.

Tversky & Kahneman 1981

A. Tversky & D. Kahneman, 'The framing of decisions and the psychology of choice', *Science* 1981, p. 453-458.

Wyer 2008

R. Wyer Jr., 'The role of knowledge accessibility in cognition and behaviour – implications for consumer information processing', in: C. Haugtvedt, P. Herr & F. Kardes (red.), *Handbook of consumer psychology*, New York/Londen: Routledge 2008, p. 31-76.