

Artikel

Economie in het consumentenrecht: kansen en risico's

Annemieke Tuinstra en Timo Klein*

Naast het idee dat consumenten als zwakke(re) partij een zekere mate van bescherming verdienen tegenover bedrijven, ligt economisch denken over marktwerking en de rol van consumenten expliciet ten grondslag aan het consumentenrecht.¹ Het aantal economische publicaties over de impact van handelspraktijken in consumentenmarkten groeit ook al jaren gestaag. Toch spelen economische theorieën en methoden tot op heden slechts een beperkte rol in het consumententoezicht en de daaraan gerelateerde jurisprudentie. Recent lijkt er echter voorzichtig sprake te zijn van een kentering, aangespoord door ontwikkelingen in de digitale economie. *The economists have arrived, for better or for worse*. Tijd om de kansen en risico's van deze ontwikkeling op een rijtje te zetten.

Consumentenrecht in beweging

Het consumentenrecht is in beweging. Kenmerkend voor deze beweging zijn nieuwe richtlijnen en regelgeving vanuit Europa,² meer oog voor sociaalwetenschappelijke inzichten en empirie in *evidence-based* beleid,³ en discussies over wat er van (online) aanbieders mag worden verwacht.⁴ De ontwikkelingen in de digitale economie – met name de toenemende mogelijkheden voor datavergaring en aanpassing van de verkoopomgeving op basis van de voorkeuren en valkuilen van consumenten – onderstrepen de behoefte aan inzicht in de impact van (nieuwe) handelspraktijken. Economische theorieën en methoden zijn bij uitstek geschikt om die duiding te kunnen verschaffen. Een voorbeeld is de studie van de Autoriteit Consument & Markt (ACM) over *paid ranking* (het tegen betaling hoger plaatsen van zoekresultaten) op digitale platforms.⁵

De potentie van economische inzichten voor het consumentenrecht wordt ook in de praktijk steeds vaker erkend. Zo verscheen in 2019 het boek *Consumer theories*

83

* Drs. A.A.M. Tuinstra is senior econoom bij het Economisch Bureau van de Autoriteit Consument en Markt (ACM) en buitenpromovenda aan Tilburg University. Dr. T. Klein is senior consultant bij Oxera en universitair docent aan Universiteit Utrecht. De auteurs schrijven dit artikel op persoonlijke titel en danken de redactie en collega's bij de ACM voor enkele waardevolle opmerkingen en suggesties bij het schrijven van dit artikel.

1 Europese Commissie, Richtsnoeren met betrekking tot de uitlegging en toepassing van Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt (*PbEU* 2021, C 526/1-129): 'De richtlijn heeft een horizontaal karakter en beschermt de economische belangen van de consumenten'. *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 3, MvT bij de implementatie van de richtlijn in het Burgerlijk Wetboek, 19 januari 2007: 'Oneerlijke handelspraktijken ondermijnen het vertrouwen van de consument en ontregelen de markt, omdat de consument daardoor geen goede keuzes kan maken.'

2 Richtlijn (EU) 2019/2161 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en Richtlijnen 98/6/EG, 2005/29/EG en 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft betere handhaving en modernisering van de regels voor consumentenbescherming in de Unie (*PbEU* 2019, L 328/7-28).

3 Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO), *Measuring consumer detriment and the impact of consumer policy. Feasibility study*, DSTI/CP(2019)13/FINAL, 9 april 2020.

4 L.E. Willis, 'Performance-based Consumer Law', *The University of Chicago Law Review* 2015, nr. 3, p. 1309-1409; P. Siciliani, C. Riefa & H. Gamper, *Consumer theories of harm – An economic approach to consumer law enforcement and policy making*, Oxford: Hart Publishing 2019; Europese Commissie, *Annual digital consumer event 2022*, Rapport, 2022.

5 ACM, *Sponsored Ranking – an exploration of its effects on consumer welfare*, Onderzoeksrapport 2 februari 2021.

of harm – An economic approach to consumer law enforcement and policy making, gericht op de vertaling van economische theorieën naar de praktijk van het consumentenrecht.⁶ In 2020 stond ditzelfde onderwerp op de agenda van het jaarlijkse Mededingingscongres in Nederland.⁷ En in 2021 spraken diverse internationaal toonaangevende economen tijdens de jaarlijkse conferentie van het bekende Centre for Competition Policy (University of East Anglia), die geheel in het teken stond van 'Rethinking Consumer Law'.⁸ Daar waar de Verenigde Staten lange tijd voorop liepen,⁹ wordt *consumer protection economics* in steeds meer landen een begrip. Wellicht is niet iedereen onverdeeld gelukkig met deze ontwikkeling. Doembeelden van ondoorgroondelijke *black box*-berekeningen en herinneringen aan eindeloze doel-versus-effectdiscussies in het mededingingsrecht dringen zich op. Anderen zien misschien vooral groeimogelijkheden voor economische adviesbureaus, gegeven hun significante omzetsstijging na de economisering van het mededingingsrecht in de jaren negentig.¹⁰ De idealisten onder ons zien vooral mogelijkheden om het toezicht te verbeteren en die problemen aan te pakken die de meeste schade veroorzaken voor consumenten. Voor zowel de kansen als de risico's die een economische(re) insteek met zich meebrengt, kunnen we lessen trekken uit de ervaringen in andere jurisdicties (met name de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk) en andere rechtsgebieden (met name het mededingingsrecht).

Kansen

Het gebruik van economische theorieën en methoden in het consumentenrecht kan helpen bij (1) het ontwikkelen van schadetheorieën; (2) het verkrijgen van inzicht in de impact van handelspraktijken; en (3) het invullen van juridische normen. Dit alles draagt naar verwachting bij aan effectievere bescherming van consumenten en daarmee betere marktwerking, doordat handelspraktijken en hun impact op consumenten beter kunnen worden geïdentificeerd en geprioriteerd en er realistische(re) verwachtingen kunnen worden gehan-

6 Siciliani, Riefa & Gamper 2019.

7 Mededingingscongres 2020, webinar 'Economische highlights' door G. Tezel en T. van Dijk, <https://mededingingscongres.nl/archief/archief-2020/>.

8 Centre for Competition Policy, University of East Anglia, CCP Conference 2021 'Rethinking consumer policy. Lessons learned and options for reform'.

9 J.K. Pappalardo, 'Economics of consumer protection: contributions and challenges in estimating consumer injury and evaluating consumer protection policy', *Journal of Consumer Policy* 2022, nr. 2, p. 201-238. De economische aanpak en het 'schade-denken' in de VS is, naast een langere traditie van het incorporeren van economische inzichten in mededingings- en consumentenbeleid, vermoedelijk mede gerelateerd aan de mogelijkheden voor de Federal Trade Commission om in geval van oneerlijke handelspraktijken de rechter te verzoeken om schadevergoeding voor consumenten (*consumer redress*).

10 D.J. Neven, 'Competition economics and antitrust in Europe', *Economic Policy* 2006, p. 741-791.

teerd ten aanzien van het gedrag van zowel aanbieders als consumenten.

Schadetheorieën

De OESO raadt beleidsmakers en toezichthouders al sinds 2010 aan om zowel de aard als de omvang van de consumentenschade van (oneerlijke) handelspraktijken te beoordelen.¹¹ Schadetheorieën kunnen hierbij helpen. Een schadetheorie is een beredeneerde en onderbouwde beschrijving van opeenvolgende oorzaak-gevolgrelaties. Daarmee kunnen bijvoorbeeld de verwachte effecten van een verandering in de marktstructuur (fusie) of een gedraging van een aanbieder (handelspraktijk) op een theoretisch transparante manier onderbouwd worden. In het Europese mededingingsrecht is het gebruik van schadetheorieën, of *theories of harm*, op basis van de Industriële Organisatie-literatuur gemeengoed geworden na de introductie van de zogenoemde *More Economic Approach* aan het eind van de jaren negentig.¹² In consumentenzaken is dit vooralsnog (veel) minder de praktijk.

Daartegenover staat dat economische inzichten en redeneringen over consumentenschade wel steeds vaker in meer of mindere mate onderdeel zijn van marktstudies,¹³ in de onderbouwing en uitleg van nieuwe regelgeving¹⁴ en in onderzoeksrapporten, bijvoorbeeld ter duiding van nieuwe handelspraktijken in de digitale economie.¹⁵ Daarbij worden niet zelden ook gedragseconomische inzichten en inzichten uit andere sociale wetenschappen aangehaald. Desalniettemin ziet de OESO nog genoeg ruimte voor verbetering met het oog op *evidence-based* besluitvorming in consumentenbeleid en -toezicht, met name op het vlak van het meten van de omvang van de schade (zie volgende paragraaf).¹⁶ Een duidelijke schadetheorie kan dit faciliteren: als helder is hoe een handelspraktijk tot consumentenschade kan leiden, volgt daaruit bijna vanzelf wat er gemeten moet

11 OESO, *Consumer Policy Toolkit*, 2010. Zie ook Recommendation of the Council on Consumer Policy Decision Making, OECD/LEGAL/0403.

12 A. Witt, *The more economic approach to EU antitrust law*, Oxford: Hart Publishing 2016.

13 Voorbeelden zijn de *market investigation* in de retailbankensector van de Competition and Markets Authority (CMA) in het Verenigd Koninkrijk in 2016, de gezamenlijke *sector inquiry* naar 'big data' van de Italiaanse mededingings- en consumentenautoriteit (AGCM) in samenwerking met de Italiaanse autoriteit persoonsgegevens en de Italiaanse telecomregulator in 2017, en de (nog te verschijnen) marktstudie van de ACM naar concurrentie in de Nederlandse spaarrentemarkt. Zie respectievelijk CMA, *Retail banking market investigation*, Final report, 9 augustus 2016; <https://en.agcm.it/dotcmsdoc/pressrelease/Italy%20Big%20Data%20Sector%20Inquiry%20-%20Summary.pdf>; en 'ACM start marktonderzoek naar werking Nederlandse spaarmarkt', Nieuwsbericht 30 oktober 2023.

14 Richtsnoeren oneerlijke handelspraktijken.

15 Zie bijvoorbeeld het rapport over online keuzearchitectuur van de toezichthouder in het Verenigd Koninkrijk: Competition and Markets Authority, *Online choice architecture. How digital design can harm competition and consumers*, Discussion paper CMA155, 5 april 2022. Zie ook het onderzoek van de Deense toezichthouder over de impact van digitale markten op consumentengedrag: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *New opportunities and challenges for consumers in digital markets*, 26 november 2020. Zie ook de eerder aangehaalde ACM-studie over betaald ranken op digitale platforms.

16 OESO, *Report on the implementation of the recommendation of the Council on consumer policy decision making*, C(2019)126, 1 oktober 2019.

worden, zoals extra zoektijd (bij onduidelijke voorwaarden), snellere koopbeslissingen (bij misleidende schaarsteclaims of agressieve verkooptechnieken), of grotere betaalbaarheid (bij misleidende kwaliteitsclaims). Siciliani e.a. onderscheiden op basis van de wetenschappelijke literatuur en consumentenbescherming in de praktijk vier archetypische schadetheorieën die van toepassing zijn op het economische verkeer tussen aanbieder en consument.¹⁷ Dit zijn *The Scam* (De Oplichting, waarbij waardeloze producten worden verkocht onder valse voorwendselen), *The Lemon* (De Kat in de Zak, waarbij als gevolg van misleiding de kwaliteit van het product hoger lijkt dan die is), *The Shock* (De Schok, waarbij achteraf meer moet worden betaald dan bij aankoop gedacht) en *The Subsidy* (De Kruissubsidie, waarbij een basisproduct laag wordt geprijsd en er geld wordt verdiend aan naïeve consumenten die de hoge kosten van extra productopties of andere vermijdbare omstandigheden niet goed doorzien). Per schadetheorie lichten de auteurs toe wat de verwachte impact van de handelspraktijk is op naïeve en kritische consumenten, en op oneerlijke en eerlijke aanbieders. Toepassing van deze schadetheorieën in de praktijk draagt naar verwachting bij aan een consistente en voorspelbare beoordeling van (oneerlijke) handelspraktijken, wat de rechtszekerheid ten goede komt.

Ten slotte kunnen (gedrags)economische schadetheorieën, juist vanwege het feit dat ze duiding verschaffen aan nieuwe én bestaande handelspraktijken, worden gebruikt om aan partijen, de rechter en het bredere publiek uit te leggen waarom een bepaalde handelspraktijk schadelijk is voor consumenten en waarom de toezichthouder ertegen optreedt (of beleidsinterventie gewenst is). Bij oneerlijke handelspraktijken kan dat bijvoorbeeld door het motiveren van de transactietoets. De transactietoets is het criterium dat als gevolg van de handelspraktijk in kwestie de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.¹⁸ Het is daarbij niet vereist om aan te tonen dat de consumenten daadwerkelijk andere keuzes maken als gevolg van de handelspraktijk, maar de toezichthouder moet ten minste aannemelijk maken dat de gemiddelde consument dit kan doen, als gevolg van een merkbare beperking van zijn vermogen om een geïnformeerd besluit te nemen.¹⁹ Een onderbouwde schadetheorie die op basis van wetenschappelijke literatuur uitlegt hoe de handelspraktijk in kwestie de keuze van consumenten kan beïnvloeden – bijvoorbeeld omdat ze minder producten vergelijken, meer bereid zijn te betalen, sneller tot aankoop overgaan of andere keuzes maken²⁰ – draagt bij aan die motivering. Dat

zal in evidente gevallen van misleiding beknopter kunnen dan bij subtielere vormen van misleiding (hoewel die ook schadelijk kunnen zijn). En bij handelspraktijken op de zogenoemde ‘zwarte lijst’ (art. 193g en art. 193i Burgerlijk Wetboek (BW)) is er helemaal geen sprake van een transactietoets; uit efficiëntieoogpunt worden die handelspraktijken verondersteld onder alle omstandigheden misleidend of agressief (en daarmee oneerlijk) te zijn. Economische inzichten kunnen bij dergelijke zaken (met name in het geval van nieuwe handelspraktijken die duiding behoeven) wel helpen om vast te stellen óf een van deze artikelen op de betreffende handelspraktijk van toepassing is, en kunnen ook helpen bij de keuze van de wetgever om nieuwe handelspraktijken toe te voegen aan de zwarte lijst, maar zijn dus niet benodigd om vast te stellen dat de keuze van de gemiddelde consument hierdoor is beïnvloed.

Inzicht in impact

Niet alleen de aard, maar ook de omvang van de consumentenschade van (oneerlijke) handelspraktijken doet er toe. Econom(etr)ische modellen en methoden – en sociaalwetenschappelijke onderzoeksmethoden in algemene zin – kunnen het benodigde empirisch inzicht verschaffen. Denk bijvoorbeeld aan gerandomiseerde experimenten of zogenoemde A/B-testen die bedrijven zelf uitvoeren om de effectiviteit van hun handelspraktijken te meten in termen van omzet en aantal verkopen. Ook vergelijkende vraaganalyses, waarin de vraag naar het betreffende product en de betaalbaarheid van consumenten wordt vergeleken in de situaties met en zonder de handelspraktijk, kunnen waardevolle inzichten verschaffen.²¹ Illustratief is de analyse van de Amerikaanse Federal Trade Commission (FTC) in de Volkswagenzaak, waarin de consumentenschade als gevolg van misleidende emissieclaims en -software werd bepaald met een economisch model waarin het consumenten-surplus in de situatie mét misleiding werd vergeleken met een hypothetische situatie waarin consumenten hetzelfde voertuig kochten, maar dan zonder de misleidende claims en software. Belangrijke ingrediënten voor dit model waren de prijsopslag die gepaard ging met schone emissieclaims, de gemiste kans (*opportunity cost*) om daadwerkelijk een ‘schone’ auto te rijden, en het verschil in restwaarde tussen de ‘schone’ auto en de vervuilende Volkswagen. De uitkomsten van deze analy-

17 Siciliani, Riefa & Gamper 2019.

18 Een uitzondering geldt voor de handelspraktijken op de zwarte lijsten in art. 6:193g en art. 6:193i BW; deze handelspraktijken worden onder alle omstandigheden respectievelijk misleidend en agressief geacht.

19 CBb 28 maart 2023, ECLI:NL:CBB:2023:157.

20 ‘Andere keuzes maken’ betekent bijvoorbeeld dat consumenten meer of minder kopen of een product kopen dat minder goed aansluit bij hun voorkeuren dan ze denken. Het kan ook betekenen dat consumenten minder duurzame keuzes maken en ook dit kan als schade worden gezien. Een ex-

plicitet doel van het voorstel voor een nieuwe richtlijn dat op 17 januari 2024 is aangenomen door het Europees Parlement is namelijk het versterken van de positie van de consument voor de groene transitie. Het voorstel houdt wijzigingen van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (2005/29/EG) en de Richtlijn consumentenrechten (2011/83/EU) in die ervoor moeten zorgen dat consumenten niet worden belemmerd in het maken van duurzame keuzes door bijvoorbeeld *greenwashing* (oneigenlijke duurzaamheidsvoordelen claimen) en het vroegtijdig ‘verouderen’ van producten zodat consumenten nieuwe moeten kopen (*planned obsolescence*). Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 17 januari 2024 over het voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van de Richtlijnen 2005/29/EG en 2011/83/EU wat betreft het versterken van de positie van de consument voor de groene transitie door middel van betere informatie en bescherming tegen oneerlijke praktijken (COM(2022)0143 – C9-0128/2022 – 2022/0092(COD)).

21 Pappalardo 2022.

se werden gebruikt om de hoogte van de compensatie voor consumenten vast te stellen.^{22,23}

Inzicht in de impact van handelspraktijken is om meerdere redenen relevant. Ten eerste helpt dit beleidsmakers en toezichthouders om eventuele ‘gaten’ in consumentenbescherming te identificeren (waar is er wel schade maar geen regelgeving?) en om grote consumentenproblemen (en schaarse capaciteit) te prioriteren.²⁴ Daarnaast is inzicht in de impact van een handelspraktijk noodzakelijk om iets zinvol te kunnen zeggen over de effectiviteit van beleids- en toezichtinterventies. Als de omvang van een probleem niet bekend is, kan immers ook niet worden onderzocht of het probleem als gevolg van overheidsingrijpen is afgenomen. En *last but not least* is de impact van een handelspraktijk van belang om, in geval van een overtreding, de ernst van die overtreding uit te leggen aan partijen, de rechter en het bredere publiek.

Ter illustratie van dit laatste punt: in de telecomzaken, waarin de ACM in 2019 boetes had opgelegd aan KPN, T-Mobile, Vodafone en Tele2 omdat zij niet transparant waren over aanbiedingen van mobiele abonnementen op hun websites, oordeelde het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) in 2023 dat de boetes verlaagd dienden te worden, mede omdat de ACM de ernst van de overtreding onvoldoende had onderbouwd.²⁵ Eerder had de rechtbank Rotterdam hierover overwogen:

‘(...) bij de vaststelling van hoge boetes zoals de onderhavige mag meer maatwerk worden verwacht met betrekking tot de boetehoogte afgezet tegen de ernst van de overtredingen. Zo staat het percentage van de consumenten dat via de onderzochte websites een abonnement heeft aangeschaft – en daarmee de impact van de overtreding – niet vast. (...) [De ACM] heeft haar optreden zuiver gebaseerd op het niet naleven van de Uitgangspunten, maar heeft daarmee niet onderbouwd in welke omvang consumenten waren misleid.’²⁶

De Europese Richtlijn modernisering consumentenbescherming (de zogenoemde Omnibus-richtlijn), die sinds 2022 geldt in Nederland, benadrukt dat bij het vaststellen van de sanctie onder andere moet worden

gekeken naar de aard, ernst, omvang en duur van de inbreuk en dat, indien de relevante gegevens beschikbaar zijn, rekening moet worden gehouden met de als gevolg van de inbreuk behaalde financiële voordelen of vermeden verliezen.²⁷ Meer aandacht voor de impact van handelspraktijken is dus niet alleen vanuit de gedachte van *evidence-based* beleid en toezicht van belang, maar komt tevens tegemoet aan de eisen van de Nederlandse rechter én is in lijn met de modernisering van het consumentenrecht in de Europese Unie (EU).

Naast de relevantie van inzicht in de impact van handelspraktijken voor toezichthouders en beleidsmakers kan een goede impactanalyse door deze actoren benadeelde consumenten ook helpen bij individuele of collectieve private schadeclaims,²⁸ wat weer kan bijdragen aan de afschrikking van potentiële toekomstige overtreeders. Deze overweging is in lijn met artikel 16 Omnibus-richtlijn, waarin staat dat een duidelijk kader voor individuele remedies particuliere handhaving gemakkelijker zou maken.²⁹ In het mededingingsrecht wordt private handhaving gefaciliteerd door de EU-Richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht³⁰ en door een tweetal handvatten met praktische vuistregels en meetmethoden voor het begroten van de geleden schade.³¹

22 J. Carlson, G. Zhe Jin, M. Jones, J. O'Connor & N. Wilson, ‘Economics at the FTC: Deceptive claims, market definition, and patent assertion entities’, *Review of Industrial Organization* 2017, nr. 4, p. 487-513.

23 De compensatie die Volkswagen aan consumenten in de Verenigde Staten betaalde, was onderdeel van een pakket toezeggingen. Meer algemeen kan de FTC via de civiele rechter compensatie voor consumenten afdwingen indien bedrijven zich niet aan door haar opgelegde regels of besluiten houden. Na een recente uitspraak van het Amerikaanse Hoogerechtshof in de zaak *AMG Capital Management, LLC v. FTC*, 141 S. Ct. 1341 kan de FTC echter niet langer civiele compensatieverzoeken doen als zij de betrokken partij(en) direct voor de rechter daagt op basis van art. 13 onder b FTC Act, hetgeen zij daarvoor jarenlang had gedaan vanwege de relatieve snelheid van deze procedure.

24 Dit wil niet zeggen dat consumentenschade het enige prioriteringscriterium is of zou moeten zijn, maar wel dat de (vermoedelijke) impact van een handelspraktijk serieus mee moet wegen in de prioritering.

25 Cbb 28 maart 2023, ECLI:NL:CBB:2023:157, ECLI:NL:CBB:2023:158, ECLI:NL:CBB:2023:159 en ECLI:NL:CBB:2023:160.

26 Rb. Rotterdam 5 februari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:780.

27 Art. 7 Richtlijn (EU) 2019/2161.

28 Een voorbeeld uit het mededingingsrecht waarbij het expliciet formuleren van een schadetheorie heeft geholpen bij privaatrechtelijke schade-procedures, is een *pay-for-delay* zaak van de Europese Commissie, AT.39612, *Perindopril (Servier)*, 9 juli 2014. Juist omdat betalingen voor het afzien van octrooigeschillen niet vanzelfsprekend een mededingingsbeperkend effect hebben, is een economische uitwijding van de toezichthouder waardevol voor potentieel benadeelden om hun zaak bij de rechter te bepleiten. Zie ook G. Niels, H. Jenkins & J. Kavanagh, *Economics for competition lawyers*, Oxford: Oxford University Press 2023, par. 6.4.6.

29 Ter vergelijking: in het Verenigd Koninkrijk heeft de financiële toezichthouder op basis van art. 404 Financial Services and Markets Act 2000 de bevoegdheid om, onder bepaalde voorwaarden, een compensatieregeling (*redress scheme*) voor consumenten op te leggen aan bedrijven en hun rekenregels te verschaffen op basis waarvan die bedrijven zelf kunnen uitrekenen hoeveel ze elke consument moeten compenseren. In de Digital Markets, Competition and Consumer Bill, een wetsvoorstel dat nog in behandeling is, wordt een soortgelijke bevoegdheid voorgesteld voor de Competition and Markets Authority aldaar.

30 Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (*PbEU* 2014, L 349/1-19).

31 Europese Commissie, Praktische gids betreffende de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op artikel 101 of 102 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie bij de Mededeling van de Commissie betreffende de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op artikel 101 of 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, 2013/C 167/07; Europese Commissie, Richtsnoeren voor de nationale rechterlijke instanties over de wijze waarop het aan de indirecte afnemer doorberekende aandeel van de meerkosten wordt geraamd, 2019/C 267/07.

Vooralsnog ontbreekt dergelijke concrete *guidance* voor de private handhaving van het consumentenrecht in Europa.^{32,33}

Bredere invulling van juridische normen

Economische inzichten kunnen ook worden gebruikt om bepaalde juridische normen in het consumentenrecht breder in te vullen, om meer recht te doen aan ontwikkelingen in de wetenschap en de praktijk.

Ten eerste de begrippen ‘gemiddelde consument’ en ‘kwetsbare consument’. In de Europese rechtspraak op het gebied van consumentenbescherming wordt uitgegaan van ‘de verwachtingen van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument’³⁴ – een omschrijving die is aangemerkt als een betrekkelijk hoge drempel (de consument wordt geacht het gevaar van bepaalde handelspraktijken te herkennen en daarop rationeel te reageren).³⁵ In de academische literatuur worden al enige tijd vraagtekens geplaatst bij deze invulling van de gemiddelde consument, gelet op inzichten uit de gedragseconomie en andere sociale wetenschappen over veelvoorkomende cognitieve beperkingen en gedragsvalkuilen van mensen.³⁶ Hoewel het Hof van Justitie mondjesmaat wat meer rekening lijkt te gaan houden met een realistisch(er) mensbeeld³⁷ en de richtsnoeren bij de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken aangeven dat het aan de nationale rechter en de administratieve autoriteiten is om het misleidende karakter van handelspraktijken te beoordelen door rekening te houden met de recentste bevindingen op het gebied van de gedragseconomie, blijft er in de praktijk ruimte voor verbetering.³⁸ In consumentenzaken zou bijvoorbeeld méér gebruik kunnen worden gemaakt van theoretisch en empirisch onderzoek naar wat in het concrete

geval redelijkerwijs van de gemiddelde consument kan worden verwacht. Mak merkte enkele jaren geleden op dat rechters hier in de praktijk nog nauwelijks gebruik van maken, onder andere vanwege kosten en vertraging van de procedure.³⁹ Maar de bredere ontwikkeling richting meer *evidence-based* beleid en toezicht, en voortschrijdende inzichten uit de gedragswetenschappen, nopen ook in de rechtspraak mogelijk tot heroverweging. Dat betekent overigens niet dat consumenten geen eigen verantwoordelijkheid meer hebben – wel dat de beoogde balans tussen consumentenbescherming en ondernemingsvrijheid (en dus het beoogde niveau van bescherming) niet wordt bereikt als onvoldoende rekening wordt gehouden met veel voorkomende gedragsvalkuilen van consumenten, gebaseerd op inzichten uit de gedragseconomie en andere sociale wetenschappen. Kwetsbare consumenten, bijvoorbeeld vanwege een mentale of fysieke handicap, leeftijd of goedgegelovigheid, genieten een hoger niveau van bescherming.⁴⁰ De laatste jaren is er steeds meer oog voor het feit dat het begrip kwetsbaarheid multidimensionaal en dynamisch is en niet alleen van persoonlijke eigenschappen maar ook van de situatie afhankelijk kan zijn.⁴¹ Met name in de digitale economie, waarin consumentendata niet alleen worden ingezet om de voorkeuren van consumenten beter te bedienen maar ook om in te spelen op hun valkuilen, kunnen in principe alle consumenten op enig moment kwetsbaar zijn.⁴² Met andere woorden, redelijke omzichtigheid en oplettendheid behoeden een gemiddelde consument niet zonder meer voldoende voor al zijn of haar kwetsbaarheden. Hiermee staat de invulling van de standaarden van de ‘gemiddelde consument’ en ‘kwetsbare consument’, en het onderscheid ertussen, ter discussie.⁴³ In deze discussie is meer inzicht in handelspraktijken en consumentengedrag in de digitale economie van belang, om gericht te kunnen onderzoeken hoe (kwetsbare) consumenten effectiever kunnen worden beschermd. Denk bijvoorbeeld aan *sludges* (ontwerpkeuzes die het vergelijken en kiezen van producten moeilijker maken voor consumenten).⁴⁴ In essentie zijn *sludges* zoek- en keuzefricties die consumenten tijd, (mentale) energie en geld kunnen kosten (transactiekosten). De economische literatuur over transactiekosten biedt nuttige aanknopingspunten om *sludges* te duiden en hun impact te meten. De literatuur op het gebied van informatie-economie en *behavioural industrial or-*

32 In opdracht van de EU heeft Civic Consulting wel een *Operational guidance document on measuring personal consumer detriment* geschreven (2017), maar dit document lijkt vooral gericht op het identificeren van consumentenschade door toezichthouders en beleidsmakers. Hetzelfde geldt voor de OESO-publicatie *Measuring consumer detriment and the impact of consumer policy* (2020).

33 Volgens Pavillon biedt de recente Omnibus-richtlijn ook geen duidelijke aanknopingspunten voor het sanctioneren van overtreders door de civiele rechter en is bijvoorbeeld niet duidelijk in hoeverre civiele sancties naast compenserend ook afschrikwekkend mogen (moeten) zijn. C. Pavillon, ‘Private enforcement as a deterrence tool: A blind spot in the Omnibus-Directive’, *European Review of Private Law* 2019, nr. 6, p. 1297-1328.

34 HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96, ECLI:EU:C:1998:369 (*Gut Springenheide*).

35 Concl. A-G V. Trstenjak 24 maart 2010, C-540/08, ECLI:EU:C:2010:161 (*Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG/Österreich-Zeitungsverlag GmbH*), punt 103.

36 R. Incardona & C. Poncibò, ‘The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution’, *Journal of consumer policy* 2007, nr. 1, p. 21-38; B. Duivenvoorde, ‘The average consumer benchmark from a behavioural perspective’, in: *The consumer benchmarks in the unfair commercial practices Directive. Studies in European economic law and regulation*, deel 5, Cham: Springer 2015; V. Mak, ‘De “gemiddelde consument”: Van fictie naar feit?’, *AA* 20170592, p. 592-599; J. Cohen, ‘Bringing down the average: The case for a “less sophisticated” reasonableness standard in US and EU consumer law’, *Loyola Consumer Law Review* 2020, nr. 1, p. 1-44.

37 Mak 2017.

38 H. Schebesta & K.P. Purnhagen, ‘Is the “behavioural turn” in consumer law taken by Dutch courts?’, *TvC* 2017, afl. 6, p. 272-278; P.T. Dijkstra & A.A.M. Tuinstra-Karel, ‘Toepassing van gedragsinzichten in het consumentenrecht door de Autoriteit Consument en Markt’, *TvC* 2017, afl. 6, p. 279-284.

39 Mak 2017.

40 Art. 5.3 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt (*PbEU* 2005, L 149/22-39).

41 Richtsnoeren met betrekking tot oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, 2021/C 526/01, par. 2.6 en par. 4.2.7.

42 OESO, *Consumer vulnerability in the digital age*, OECD Digital Economy Papers, nr. 355, Parijs: OECD Publishing 2023.

43 Zie bijv. B. Duivenvoorde, ‘Redesigning the UCPD for the age of personalised marketing’, *Journal of European Consumer and Market Law* 2023, nr. 5, p. 177-184.

44 S. Shahab & L. Lades, ‘Sludge and transaction costs’, *Behavioural Public Policy* 2021, p. 1-22.

ganization laat zien hoe consumenten kunnen reageren op dergelijke onnodige product- of prijscomplexiteit en wat daarvan de gevolgen zijn; ze vergelijken bijvoorbeeld minder producten of alleen prominente productkenmerken, of ze gaan af op vuistregels of keuzes van anderen, met als resultaat dat ze minder goed in staat zijn om bedrijven te disciplineren, de concurrentie afneemt en de prijzen stijgen.⁴⁵

Een andere norm die aan de hand van economische inzichten breder kan worden ingevuld is 'professionele toewijding'. Professionele toewijding is gedefinieerd als het 'normale niveau van bijzondere vakkundigheid en van zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht, in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiend uit de voor die handelaar geldende professionele standaard en eerlijke marktpraktijken'.⁴⁶

De norm is tot op heden vrij nauw ingevuld; handelspraktijken zijn voornamelijk in strijd met professionele toewijding bevonden indien ze afweken van bestaande gedragsregels in de sector. Maar er is ruimte (en, zo valt te beargumenteren, noodzaak) om de norm breder in te vullen, met explicietere oog voor de aard van de handelspraktijk en de economische impact op consumenten. Volgens de Europese Commissie kunnen handelspraktijken die níet voldoen aan de strikte definities van misleidende en agressieve handelspraktijken maar wél invloed hebben op zowel (1) de (online) keuzearchitectuur van het aanbod als (2) het keuzeproces van consumenten, redelijkerwijs worden beschouwd als zijnde in strijd met professionele toewijding.^{47,48} Elementen van de keuzearchitectuur van het aanbod zijn bijvoorbeeld het aantal productkenmerken, de prijsopbouw en hoe de

keuze als zodanig wordt aangeboden. Met beïnvloeding van het keuzeproces wordt bedoeld op enerzijds de beïnvloeding van de daadwerkelijke of door consumenten gepercipieerde kosten (qua tijd, geld en cognitieve capaciteit) die samenhangen met het beoordelen en vergelijken van het product, en anderzijds de beïnvloeding van de voorkeuren van de consument, inclusief de waardering voor het product en de betaalbaarheid.

Concreet kunnen economische inzichten ten aanzien van de gevolgen van handelspraktijken op de keuzearchitectuur en het keuzeproces van consumenten worden meegewogen bij de onderbouwing of invulling van de bestaande juridische criteria in de definitie van professionele toewijding. Met andere woorden: van wat als 'onvakkundig', 'onzorgvuldig' en 'oneerlijke marktpraktijken' kan worden beschouwd. Want hoe zorgvuldig, vakkundig of eerlijk is het, goed beschouwd, om bewust in te spelen op de gedragsvalkuilen van consumenten? Of om op subtielere wijze het vergelijken van producten moeilijker te maken in een poging ze tegen een hogere prijs te kunnen verkopen?⁴⁹ En wat als alle aanbieders in de markt dat doen en consumenten daardoor benadeeld worden; is dat dan geen probleem enkel en alleen omdat het (impliciet) een professionele standaard is? Als dergelijke handelspraktijken niet netjes binnen de kaders van misleidende of agressieve handelspraktijken passen, en ook niet kunnen worden aangepakt onder de huidige (nauwe) invulling van professionele toewijding, impliceert dit een lacune in de bescherming van consumenten. Een economischere invulling van professionele toewijding is een manier om die lacune te dichten. Siciliani e.a. pleiten in dat kader voor een 'duty to trade fairly', op basis van een objectieve en normatieve standaard van professionele toewijding, onderbouwd met een economische beoordeling van de relevante feiten en omstandigheden.⁵⁰

45 Zie bijv. G. Ellison & A. Wolitzky, 'A search cost model of obfuscation', *The RAND Journal of Economics* 2012, nr. 3, p. 417-441; C.M. Wilson, 'Ordered search and equilibrium obfuscation', *International Journal of Industrial Organization* 2010, nr. 5, p. 496-506; R. Spiegler, *Bounded rationality and industrial organization*, Oxford: Oxford University Press 2011; I. Chioveanu & J. Zhou, 'Price competition with consumer confusion', *Management Science* 2013, nr. 11, p. 2450-2469; M.D. Grubb, 'Behavioral consumers in industrial organization: An overview', *Review of Industrial Organization* 2015, nr. 3, p. 247-258.

46 Art. 6:193a lid 1 onder f BW. NB Handelspraktijken die in strijd zijn met professionele toewijding zijn niet misleidend of agressief, maar kunnen desondanks oneerlijk zijn als ze het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar (kunnen) beperken, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen (art. 6:193b lid 2 BW).

47 Europese Commissie, Directoraat-generaal Justitie en Consumentenzaken, F. Lupiáñez-Villanueva, A. Boluda, F. Bogliacino e.a., *Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment: dark patterns and manipulative personalisation*, Final report, p. 38, Publications Office of the European Union 2022.

48 Consumentenschade speelt een explicietere rol in het vergelijkbare Amerikaanse begrip 'unfairness', waarbij handelspraktijken die niet misleidend of agressief zijn, wel als oneerlijk gekwalificeerd kunnen worden als de consumentenschade die optreedt als gevolg van de handelspraktijk (1) substantieel is, (2) er geen ten minste even grote voordelen tegenover staan, en (3) consumenten die redelijkerwijs niet kunnen vermijden. Zie 15 U.S.C. Sec. 45(a)(1). Zie ook J.H. Beales, 'The Federal Trade Commission's use of unfairness authority: Its rise, fall, and resurrection', *Journal of Public Policy & Marketing* 2003, nr. 2, p. 192-200.

49 Onderzoek laat bijvoorbeeld zien dat simpelweg het toevoegen van extra productkenmerken die weinig tot niets toevoegen aan de functie van het product ertoe kan leiden dat consumenten meer fouten maken en dat dit gepaard gaat met hogere prijzen en minder efficiëntie in de markt: K. Kalaycı & J. Potters, 'Buyer confusion and market prices', *International Journal of Industrial Organization* 2011, nr. 1, p. 14-22. Hetzelfde geldt voor het gebruik van meerdelige tarieven: K. Kalaycı, 'Price complexity and buyer confusion in markets', *Journal of Economic Behavior and Organization* 2015, nr. C, p. 154-168. Ook het extra opvallend maken van een productkenmerk kan ervoor zorgen dat consumenten vooral op dat ene kenmerk letten en veel minder op de andere kenmerken, waardoor ze ten aanzien daarvan suboptimale beslissingen kunnen nemen: P. Bordalo, N. Gennaioli & A. Shleifer, 'Competition for attention', *The Review of Economic Studies* 2016, nr. 2, p. 481-513; A. Fletcher, 'Disclosure as a tool for enhancing consumer engagement and competition', *Behavioural Public Policy* 2019, nr. 2, p. 252-278.

50 Siciliani, Riefa & Gamper 2019.

Risico's

Toenemend gebruik van economische theorieën en methoden in het consumentenrecht kent naast kansen ook zorgen en risico's. Deze hebben met name betrekking op (1) te veel nadruk op effectenanalyse en (2) het nog ontbreken van een eenduidige aanpak.

Te veel nadruk op effectanalyse

In het mededingingsrecht heeft economisering veel gebracht in termen van meer onderbouwde interventies. Na een aantal juridische nederlagen aan het begin van dit millennium⁵¹ is de Europese Commissie op het gebied van mededingingsbeleid van richting veranderd: door niet alleen naar de mogelijkheid tot anticompetitief gedrag te kijken maar ook naar de schadetheorieën en daadwerkelijke effecten, was de Europese Commissie in staat om zaken meer te onderbouwen en interventies beter te prioriteren.⁵² Deze *More Economic Approach* heeft geleid tot meer aandacht voor de schadelijke effecten in mogelijke anticompetitieve overeenkomsten (art. 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)), misbruik van een dominante marktpositie (art. 102 VWEU)⁵³ en concentratiecontrole.⁵⁴ Deze welverdiende aandacht voor de daadwerkelijke effecten van mogelijke mededingingsovertredingen heeft echter ook geleid tot zorgen over de effectiviteit van mededingingsbeleid. In sommige zaken nemen complexe theoretische en empirische economische discussies veel tijd en moeite in beslag (en kosten de betrokken partijen veel geld), waardoor volgens sommigen de bewijslast voor de Europese Commissie is gestegen⁵⁵ en er een risico bestaat dat er te weinig goede interventies plaatsvinden.⁵⁶ Deze zorgen spelen ook bij het incorporeren van economische inzichten in het consumentenrecht.

Om de risico's en beperkingen van economie in het consumentenrecht zo goed mogelijk te ondervangen, is een aantal punten van belang. Ten eerste, het is belangrijk dat economische argumentatie (theoretisch en empirisch) nooit een *black box* wordt. Het doel van economie in beleid en interventies moet altijd zijn om te verhelde-

ren en versimpelen – niet om te compliceren of vertragen. Het is daarom van belang dat elke economische argumentatie helder en toegankelijk uitgelegd wordt. Een rechterlijke toetsing kan hierbij helpen – omdat het alle partijen dwingt om enige economische argumentatie in een voldoende scherpe en toegankelijke manier over te leggen. Daarnaast kan het helpen als alle betrokken partijen (toezichthouder, betrokken ondernemingen, consumenten) ook daadwerkelijk actief betrokken worden bij de economische reflecties. Het feit dat de analyse gecontroleerd wordt door een andere partij, dwingt immers om deze scherper en robuuster uit te voeren. Het doel hierbij is uiteindelijk een constructievere uitkomst. Ten tweede, om de effectiviteit van het gebruik van economische analyses te bevorderen, is een bepaalde mate van snelheid en afbakening wenselijk. Duidelijke kaders waarbinnen toezichthouders en ondernemingen economische bewijsvoering kunnen aandragen, kunnen bijdragen aan effectievere economische overwegingen. Denk hierbij aan beperkingen op de aanlevertermijn en omvang van economische rapporten ter onderbouwing (of weerlegging) van een mogelijke schadetheorie. Dit is bijvoorbeeld het geval in privaatrechtelijke procesvoering, waaronder in het mededingingsrecht. Hierbij stellen rechters doorgaans duidelijke grenzen aan de hoeveelheid en inbrengtermijn van economische bewijsvoering, alsook instructies rondom uitwisseling van standpunten en data met de andere partij.

Ten derde, het geven van ruimte voor economische theorieën en methoden moet niet doorschieten. Net als in het mededingingsrecht zijn er in het consumentenrecht bepaalde onwenselijke praktijken die simpelweg weinig tot geen verdere economische onderbouwing behoeven. Denk aan *hardcore* prijsafspraken tussen directe concurrenten in het geval van het mededingingsrecht, of bepaalde misleidende en agressieve handelspraktijken in het geval van het consumentenrecht. Voor dit soort praktijken moet er een zwarte lijst⁵⁷ blijven, met duidelijke *per se* regels. Dit voorkomt onnodige herhalingen van zetten, maakt toezichthouders effectiever en zorgt voor extra rechtszekerheid bij ondernemingen. Idealiter zijn die *per se*-regels wel ook gegrond op een duidelijke wetenschappelijke basis.

Ten vierde, net als bij het mededingingsrecht helpen richtsnoeren bij het voorkomen van onnodige herhalingen van zetten in discussies rond mogelijke schadetheorieën of empirische methodes. Met name richtsnoeren en uitleg rond veelvoorkomende schadetheorieën in het consumentenrecht kunnen hierbij veel bijdragen. Naast het bevorderen van beter geïnformeerd beleid en interventies, zorgen dit soort richtsnoeren ook voor meer juridische zekerheid en duidelijkheid. Het stelt ondernemingen immers veel beter in staat om zelf na te gaan of hun gedragingen mogelijk in overtreding zijn met het consumentenrecht, of daar advies over in te winnen. De richtsnoeren met betrekking tot de uitlegging en toepassing van de Richtlijn oneerlijke handel-

51 Gerecht 28 juni 2004, T-342/99, ECLI:EU:T:2002:146 (*Airtours/Commissie*); Gerecht 22 oktober 2002, T-310/01 ECLI:EU:T:2002:254 (*Schneider Electric/Commissie*); Gerecht 25 oktober 2002, T-5/02, ECLI:EU:T:2002:264 (*Tetra Laval/Commissie*).

52 A. Witt, *The more economic approach to EU antitrust law*, Oxford: Hart Publishing 2016.

53 Zie met name Europese Commissie, Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, 2009/C 45/02 (*PbEU* 2009, C 45/7-20).

54 Dit manifesteerde zich met name door de introductie van de 'significant impediment to effective competition', of SIEC) in de EG-Concentratieverordening in 2004, naast de daarvoor gebruikelijke dominantie-standaard, en de publicatie van horizontale richtsnoeren in 2004 en niet-horizontale richtsnoeren in 2008. Verordening (EG) nr. 139/2004 van De Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (*PbEU* 2004, L 24/1-22).

55 Witt 2016.

56 C. Argenton, J. van den Boom, E. van Damme, I. Graef & G. Monti, *Can abuse of a dominant position be tackled more effectively?*, TILEC Report, 15 mei 2023.

57 Sommige handelspraktijken zijn onder alle omstandigheden misleidend of agressief. Zie respectievelijk art. 6:193g BW en art. 6:193i BW.

spraktijken geven hierbij al houvast.⁵⁸ Deze richtsnoeren gaan echter slechts beperkt en impliciet in op mogelijke schadetheorieën,⁵⁹ en in het geheel niet op gangbare methodes voor het meten van consumentenschade.

Nog los van bovenstaande overwegingen ten aanzien van de efficiëntie en effectiviteit van consumentenbescherming, bestaat wellicht de vrees dat een economische effectbenadering ten koste gaat van meer morele overwegingen over de (on)eerlijkheid en (on)wenselijkheid van bepaalde handelspraktijken en/of dat een focus op economische schade voor consumenten minder aandacht betekent voor andere typen schade, zoals op het gebied van duurzaamheid, privacy of psychologische schade, die wellicht moeilijker te kwantificeren zijn. De toevoeging van het economisch perspectief kan het consumentenrecht, dat zoals eerder opgemerkt expliciet (ook) economische grondslagen heeft, echter juist verrijken door een aanvulling te zijn op bestaande perspectieven. Economische argumenten kunnen worden benut om uit te leggen waaróm bepaalde handelspraktijken als oneerlijk of onwenselijk worden beschouwd – zonder dat de doelen van consumentenbescherming veranderen. Dit punt wordt ook geadresseerd door Esposito, in een recensie van het boek *Consumer theories of harm*: ‘De nadruk die de auteurs leggen op de “zoektocht naar eerlijkheid” en hun oproep tot een “fairness by design”-benadering zal de lezers geruststellen dat het injecteren van economie in de praktijk van het consumentenrecht niet betekent dat eerlijkheid of de uiteindelijke doelen veranderen die de wet zou moeten nastreven’.⁶⁰

Nog geen uniforme aanpak

Consumentenbeschermingseconomie staat nog in de kinderschoenen. Dat er geen alom bekende en gehanteerde schadetheorieën zijn, zoals in het mededingingsrecht, en dat een eerste boek hierover pas onlangs verscheen, is in dat opzicht veelzeggend. Dit kan wellicht deels worden verklaard door het feit dat er geen overkoepelend economisch thema (zoals ‘concurrentie’) bestaat in het consumentenrecht en dat *consumer protection economics* dus feitelijk een verzameling is van inzichten uit verschillende economische vakgebieden, waaronder informatie-economie, gedragseconomie, marketing, industriële organisatie en welvaartseconomie.⁶¹

Pappalardo, voormalig FTC-econoom, signaleert ook dat er in de academische literatuur nog relatief weinig discussie is over hoe consumentenschade precies gedefinieerd zou moeten worden en hoe dat het beste gemeenten kan worden, en dat auteurs verschillende veronderstellingen hanteren, wat tot verschillende uitkomsten kan leiden. De OESO poogt hierin een bepaalde uniformiteit aan te brengen en onderscheidt (1) persoonlijke schade (op het niveau van de individuele consument), (2) structurele schade (op het niveau van de markt) en (3) verborgen schade (in gevallen waarin de consument zich niet van de schade bewust is, bijvoorbeeld als hij onterecht extra heeft betaald voor een product dat helemaal niet duurzaam blijkt te zijn geproduceerd).⁶² In hetzelfde rapport noemt de OESO enkele voorbeelden van methoden om consumentenschade te meten, waaronder *surveys*, experimenten en economische modellen zoals gehanteerd door de FTC, maar vooralsnog ontbreekt duidelijke *guidance* over welke meetmethoden in welke gevallen het geschiktst zijn.

Daarnaast is over sommige handelspraktijken (zoals zogenoemde *dark patterns*) – en de effectiviteit van transparantie of andere maatregelen – simpelweg nog geen (eenduidige) empirie voorhanden, wat een uniforme aanpak ook bemoeilijkt. Concrete studies, zoals die van (en voor) de ACM over online informatieverstrekking aan consumenten⁶³ en die van de Deense consumentenautoriteit naar transparantie van duurzaamheidsclaims,⁶⁴ dragen wel bij aan de groeiende empirische basis. De OESO verzamelt dit soort studies en academische onderzoeken en biedt op basis daarvan bijvoorbeeld een overzicht van manieren om de effectiviteit van transparantiemaatregelen te verbeteren.⁶⁵

Nog los van de effectiviteit van bepaalde maatregelen kunnen toezichthouders en beleidsmakers in verschillende landen ook verschillend denken over de noodzaak om wel of niet in te grijpen in de markt – bijvoorbeeld in situaties waarin schadetheorie ‘de kruissubsidie’ optreedt en actieve consumenten baat hebben bij het (door de aanbieder) benadelen van naïeve en/of niet-overstappende consumenten. Zo heeft de financiële toezichthouder in het Verenigd Koninkrijk een verbod op prijsdiscriminatie tussen bestaande en nieuwe klanten opgelegd in de verzekeringssector; een economisch gezien enigszins controversiële maatregel, die weliswaar bestaande klanten beschermt tegen *price walking*⁶⁶ en de zogenoemde *loyalty penalty*,⁶⁷ maar die ook heeft geleid tot minder overstapwinst voor actieve consumenten,

58 Richtsnoeren met betrekking tot de uitlegging en toepassing van Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt.

59 Dat wil zeggen, er wordt hier en daar kort toegelicht waarom bijvoorbeeld bepaalde handelspraktijken misleidend zijn, zonder nadere uitwerking of wetenschappelijke referenties. Meerdere auteurs wijzen erop dat economische schadetheorieën ‘verborgen aanwezig’ zijn in het consumentenrecht en benadrukken de waarde van het expliciteren van die schadetheorieën: Siciliani, Riefa & Gamper 2019; F. Esposito, ‘Towards a general theory of harm for consumer law’, *Journal of Consumer Policy* 2021, p. 329-345.

60 Esposito 2021.

61 Pappalardo 2022.

62 OESO, *Measuring consumer detriment and the impact of consumer policy*, 2020.

63 ACM, *Effectieve online transparantie: Onderzoeken naar de verbetering van online informatieverstrekking aan consumenten*, Onderzoeksrapport, 20 mei 2021.

64 Concurrentie- og Forbrugerstyrelsen, *Consumers and companies benefit from transparent green marketing*, 17 januari 2024.

65 OESO, *Enhancing online disclosure effectiveness*, OECD Digital economy papers, 2022, nr. 335.

66 *Price walking* is het beetje bij beetje verhogen van de prijs voor bestaande consumenten, bij verlenging van hun contract of abonnement.

67 De *loyalty penalty* duidt op de hogere prijzen die bestaande klanten betalen ten opzichte van nieuwe klanten.

waardoor er minder consumenten zijn overgestapt en de concurrentie mogelijk minder is aangejaagd.^{68,69}

Dat er verschillen bestaan in de aanpak van economische analyses en in hoeverre ze worden benut in toezicht en beleid, heeft ook te maken met de verschillen tussen jurisdicties (in hoeverre is de toezichthouder bijvoorbeeld bevoegd of verplicht om compensatie voor consumenten te regelen?). Dit hoeft niet problematisch te zijn. Volgens Riefa, coauteur van het eerdergenoemde boek *Consumer theories of harm*, is uniformiteit in het internationale consumentenrecht haalbaar noch wenselijk in de nabije toekomst, maar is regionale harmonisatie (zoals in de Europese Unie) en internationale coherentie – waarbij ten minste dezelfde waarden of doelen worden nagestreefd – wel nodig om internationale uitdagingen zoals misleiding in de digitale economie en rond duurzaamheid effectief het hoofd te kunnen bieden.⁷⁰ Een gedeeld beeld van de aard en impact van veelvoorkomende handelspraktijken kan hieraan bijdragen. De hiervoor geschetste punten betekenen dan ook niet dat consumentenbeschermingseconomie geen waardevolle rol kan spelen in het consumentenrecht; wel dat het vakgebied verder ontwikkeld en waar mogelijk geharmoniseerd dient te worden. Kennisuitwisselingen tussen academici en *practitioners* zoals op de eerdergenoemde CCP-conferentie en een FTC-symposium over *consumer protection economics* in 2018,⁷¹ dragen hier aan bij. Ook is op het FTC-symposium een *Handbook of consumer protection economics* voorgesteld, zoals er ook verschillende economiehandboeken voor andere vakgebieden bestaan (maar liefst drie delen van het *Elsevier Handbook of industrial organization* en ten minste zes andere handboeken op het vlak van industriële organisatie, speltheorie en mededinging).⁷²

Conclusie

Consumentenbescherming heeft baat bij een aanvullend economisch perspectief, gegrond in theorie en empirie, om meer inzicht te krijgen in zowel de aard als de impact van handelspraktijken. Dit kan de effectiviteit van beleid en toezicht versterken. Consumentenrecht

gaat immers over het economisch verkeer tussen consument en aanbieder, en economisch denken over marktwerking en de rol van consumenten ligt expliciet ten grondslag aan het consumentenrecht. Het ligt dan ook voor de hand om in aanvulling op bestaande perspectieven óók vanuit een economisch perspectief te kijken naar mogelijkheden om het consumententoezicht verder te versterken. Tot op heden spelen economische theorieën en methoden echter slechts een beperkte rol in het consumententoezicht en de daaropvolgende jurisprudentie.

Ondanks de nog relatief beperkte rol voor economie in consumentenrecht staat het economisch denken in dit domein niet stil. Het aantal economische publicaties over de aard en impact van verschillende handelspraktijken groeit de afgelopen jaren gestaag. Er lijkt recent voorzichtig sprake te zijn van een bredere erkenning van de kansen die de economische wetenschap met zich mee brengt voor consumentenbescherming – met name rond het formuleren van robuuste en overtuigende schadetheorieën, het meten van de impact van mogelijke overtredingen en het verder invullen van juridische normen.

Ontwikkelingen in de digitale economie onderstrepen niet alleen het nut, maar ook de noodzaak van dergelijke economische inbreng. Consumenten hebben online wellicht meer toegang tot informatie, maar anderzijds is het voor bedrijven ook makkelijker om informatie over consumenten te verzamelen en te gebruiken om hun keuzes te sturen en in te spelen op hun gedragsvalkuilen en kwetsbaarheden. Dit vraagt om duiding van deze handelspraktijken (wat is hun impact op consumenten en de markt?) en effectieve maatregelen vanuit toezicht en beleid – zodat de beoogde balans tussen consumentenbescherming en ondernemingsvrijheid ook daadwerkelijk wordt behaald en niet doorslaat in het nadeel van consumenten.⁷³ (Gedrags)economische inzichten kunnen daaraan een belangrijke bijdrage leveren.

Toegegeven, economisering van een rechtsgebied kent ook risico's. Ervaringen met het gebruik van economische theorieën en methoden in het mededingingsrecht en internationale voorbeelden van *consumer protection economics* kunnen echter goede lessen bieden – met name in het ondersteunen en kaderen van een verschuiving van aandacht naar daadwerkelijke effecten. Dit voorkomt hopelijk dat discussies onnodig complex en langdurig worden en de bewijsstandaard onnodig wordt verhoogd. Verder kunnen (internationale) kennisdeling en samenwerking tussen academici en *practitioners* – en tussen economen en andere disciplines – een essentiële bijdrage leveren aan het waarborgen van andere perspectieven en samenhang in de praktijk.

Tot slot, om de positieve bijdrage van economie in het consumentenrecht verder uit te bouwen, is meer kennis in *consumer protection economics* van groot belang. Er is

68 Consumer Intelligence, *Shopping and switching rates fall to a record low*, Commercieel dataonderzoek, 2023. Oxera is als adviseur van een grote financiële instelling betrokken geweest bij de beleidsdiscussie rond dit verbod op prijsdiscriminatie.

69 In hoeverre markttoezichthouders dergelijke verdelingskwesaties zouden moeten meewegen is onderwerp van discussie. Zie bijv. J. Broulik & K. Cseres (red.), *Competition law and economic inequality*, Oxford: Hart Publishing 2022; A. Tuinstra-Karel, 'Wanneer bewuste consumenten profiteren van naïeve consumenten', *Economisch Statistische Berichten* 2014, nr. 4683S, p. 28-34.

70 C. Riefa, *Cross-border enforcement of consumer law: Looking to the future*, A report to UNCTAD's Working group on e-commerce, sub-working group 3: cross-border enforcement cooperation, 10 juli 2022.

71 J.K. Pappalardo & W.W. Wilson, 'Consumer protection economics symposium', *Economic Inquiry* 2020, nr. 4, p. 1551-1554.

72 L.J. White, 'Antitrust economics and consumer protection economics in policy and litigation: Why the disparity?', *Economic Inquiry* 2020, nr. 4, p. 1555-1564.

73 De *Leidraad Bescherming online consument* van de ACM beoogt onder meer om bedrijven in de digitale economie te wijzen op de verantwoordelijkheid die hun relatief sterke positie tegenover consumenten met zich meebrengt.

met name behoefte aan meer empirisch onderzoek naar de impact van handelspraktijken op consumenten en op de markt; naast de bestaande onderzoeken (vooral lab-experimenten) juist ook in de vorm van veldstudies, om bestaande theorieën verder te toetsen en wellicht zelfs nieuwe te formuleren. Huidige inzichten in *consumer protection economics* bieden voldoende aanknopingspunten voor het verder versterken van het consumentenrecht – en naar verwachting kan het vakgebied in de toekomst nog meer bijdragen.