

‘Opt-in’ tegenover ‘opt-out’ in art. 6:230j BW

Orgaandonatie en vliegtickets

Van orgaandonatiesystemen is bekend dat een ‘opt-in’-variant minder donoren oplevert dan een ‘opt-out’-variant.¹ Bij de ‘opt-in’-variant moeten individuen zelf actief handelen om als donor te worden geregistreerd. Ze moeten hun wil bepalen, een besluit nemen en het besluit in daden omzetten. Bij de ‘opt-out’-variant is iedereen donor, tenzij men uitstapt. En voor uitstappen zijn dezelfde stappen nodig: beslissen en handelen. Onderzoek wijst uit dat het feitelijke verschil in aantallen donoren tussen ‘opt-in’ en ‘opt-out’ wordt verklaard door verschillende factoren: het individu merkt niet op dat hij tot een bepaalde groep behoort tenzij hij uitstapt, of heeft geen interesse in het onderwerp, of twijfelt juist over de juiste beslissing en handelt daarom niet. Het wrange is dus dat een ‘opt-out’-systeem succesvol is vanwege de *ruis* die ontstaat in het besluitvormingsproces van het individu. Het systeem is succesvol omdat het inspeelt op het gegeven dat individuele beslissers lang niet altijd goed geïnformeerd en oplettend zijn, lang niet altijd een helder idee hebben van hun preferenties en lang niet altijd keuzes kunnen maken en in daden omzetten.

Men kan zich daarom voorstellen dat wanneer beleidsmakers gebruikmaken van het ‘opt-out’-instrument, zij dit met de nodige waarborgen moeten omkleeden. Dat zien we bij het initiatief-wetsvoorstel Dijkstra tot invoering van een actief donorregistratiesysteem (*Kamerstukken* 33506, momenteel bij de Eerste Kamer aanhangig). Het wetsvoorstel zal leiden tot het ‘opt-out’-principe bij donorregistratie. De opzet van het wetsvoorstel is subtiel: elke achttienjarige krijgt een donorregistratieformulier toegezonden. Daarin wordt de ontvanger medegedeeld wat er zal gebeuren als hij niet ‘uitstapt’. Doet de ontvanger niets, dan ontvangt hij na verloop van tijd een herinnering toegestuurd en nogmaals het formulier om uit te stappen. Als vervolgens binnen zes weken ná die herinnering nog steeds geen antwoord is gevolgd, wordt de ontvanger bij wijze van ‘standaardoptie’ als donor geregistreerd. Van die registratie krijgt de donor ook weer bevestiging, met de mogelijkheid om te allen tijde alsnog uit te stappen (ik noem dit de spijtoptie). De regeling is op deze wijze met de nodige waarborgen omkleed: een aankondiging, een waarschuwing, een bevestiging en een spijtoptie.

Als een wet op deze manier gebruik kan maken van de menselijke kant van de individuele beslisser, kunnen handelaren dat ook. En dat doen ze dan ook. Wie in het

verleden wel eens online vliegtickets heeft geboekt, herkent de praktijk van het gebruik van de standaard aangevinkte aanvullende optie (‘preticked box’). De consument kiest het vliegticket en bij de virtuele kassa is bijvoorbeeld een aanvullende annuleringsverzekering alvast aangekruist en in rekening gebracht. De consument moet de standaardoptie uitzetten voordat hij tot acceptatie van het totaalbedrag overgaat, anders is hij gebonden aan zijn ‘keuze’ en moet hij dus ook betalen voor die aanvullende optie. Bij deze praktijk raakt men gebonden door akkoord te gaan met het totaalaanbod en de prijs die daarbij hoort. Hoe het achterliggende besluitvormingsproces van de beslissende consument is geweest, weten we natuurlijk niet. Heeft hij de standaardoptie gezien, gewogen en akkoord bevonden? Heeft hij deze over het hoofd gezien? Heeft hij getwijfeld? Of heeft het feit dat er een annuleringsverzekering in zijn winkelmandje was gestopt, hem juist aan het denken gezet en bewust gebracht tot zijn beslissing om de standaardoptie niet uit te zetten?²

Duidelijk is dat de onlinewinkel minder waarborgen kent dan het voorgestelde orgaandonorregistratiesysteem. Als de consument eenmaal heeft ingestemd met de aanvullende optie, volgt er geen vraag ‘weet u het zeker?’ en geen spijtoptie. Instemmen is gelijk aan gebondenheid. Is dat erg? Men kan met recht de vraag stellen of het niet een tikje overtrokken is om bij het ongewild instemmen met een annuleringsverzekering net zulke rechtswaarborgen te verwachten als bij een zo fundamentele levensbeschouwelijke beslissing over autonomie en ‘leven na de dood’. Aan de andere kant: misschien is het wel zo dat handelaren behoorlijke winsten maken door handig gebruik te maken van de *ruis* in het besluitvormingsproces van het individu. Kennelijk was dit aan de orde – althans, volgens Europese beleidsmakers – bij de onlineverkoop van vliegtickets. Onlinehandelaren in vliegtickets hadden de kracht van de standaardoptie al in een vroeg stadium ontdekt. Dat kan ook eenvoudig omdat een onlineverkoopproces een proeftuin kan zijn voor psychologische experimenten. Het is niet verboden om je website zo in te richten dat de ene bezoeker de ene variant van je website ziet en de andere bezoeker de andere. Zo kun je naar hartenlust experimenteren met je klanten. Het resultaat kan zijn dat de handelaar ontdekt dat er aanzienlijk hogere omzetcijfers bereikt kunnen worden wanneer de website de aanvullende opties alvast heeft aangevinkt voor de klant (en deze opties pas helemaal aan het eind van het verkoopproces toont). Deze praktijken werden als onoorbaar beschouwd, want in 2008 werd in art. 23

* Hoogleraar civiel recht te Leiden en redacteur van dit tijdschrift

1. A. Rithalia e.a., ‘Impact of presumed consent for organ donation on donation rates: a systematic review’, *BMJ* 2009, 338:a3162. Vgl. in algemenere zin over ‘opt-in’ en ‘opt-out’ bijv. E.J. Johnson & D. Goldstein, ‘Do defaults save lives?’, *Science* 2003, p. 1338-1339; J.P. Kesan & R.C. Shah, ‘Setting software defaults: Perspectives from law, computer science and behavioral economics’, *Notre Dame L. Rev.* 82 (2006), p. 583 e.v.
2. Van het experimentele onderzoek naar de psychologische mechanismen noem ik C.W. Park, S.Y. Yun & D.J. MacInnis, ‘Choosing What I Want Versus Rejecting What I Do Not Want: An Application of Decision Framing to Product Option Choice Decisions’, *Journal of Marketing Research* 2000, p. 187 e.v. en E.J. Johnson, S. Bellman & G.L. Lohse, ‘Defaults, Framing and Privacy: Why Opting In-Opting Out’, *Marketing Letters* 2002, p. 5 e.v. Vgl. ook de secundaire literatuur die deze fenomenen veelal algemener beschrijven, zoals: OECD, *Consumer Policy Toolkit*, 2010, p. 46; W.L. Tiemeijer, *Hoe mensen keuzes maken – De psychologie van het beslissen* (WRR-Rapport), 2011, p. 98; Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling, *De verleiding weerstaan. Grenzen aan de beïnvloeding van gedrag door de overheid*, Den Haag: RMO 2014, p. 52.

Luchtvaartverordening (Verordening (EG) 1008/2008) de ‘opt-out’-handelspraktijk verboden:

‘Facultatieve prijstoeslagen worden op duidelijke, transparante en ondubbelzinnige wijze aan het begin van elk boekingsproces medegedeeld en moeten door de passagier op een “opt-in”-basis worden aanvaard.’

Het begrip ‘facultatieve prijstoeslagen’ is aldus uitgelegd door het HvJ EU dat het ook betrekking heeft op kosten die in verband met de vliegreis worden gemaakt voor diensten zoals een annuleringsverzekering, welke door de verkoper van de reis samen met de prijs van de vlucht in de vorm van een totale prijs aan de klant in rekening worden gebracht. Het doel is te voorkomen dat de klant ertoe wordt aangezet om aanvullende diensten te kopen die niet onvermijdbaar en noodzakelijk zijn met het oog op de vlucht.³

Art. 22 Richtlijn consumentenrechten

Kennelijk waren de Europese beleidsmakers tevreden met de werking van art. 23 Luchtvaartverordening, want bij het vormgeven van de Richtlijn consumentenrechten⁴ is voortgebouwd op dat artikel. In art. 22 Richtlijn consumentenrechten lezen we namelijk:

‘Voordat de consument gebonden is door de overeenkomst of het aanbod, vraagt de handelaar de uitdrukkelijke toestemming van de consument voor elke extra betaling boven de vergoeding die is overeengekomen voor de contractuele hoofdverbintenis van de handelaar. Wanneer de handelaar niet de uitdrukkelijke toestemming van de consument heeft verkregen, maar deze toestemming heeft afgeleid door het gebruik van standaardopties die de consument moet afwijzen om extra betaling te vermijden, heeft de consument recht op terugbetaling van deze betaalde bedragen.’

Het artikel is als volgt geïmplementeerd in art. 6:230j BW:⁵

‘De consument is niet zonder zijn uitdrukkelijke instemming gebonden aan een verbintenis tot een aanvullende betaling van een geldsom ter verkrijging van een prestatie die niet de kern van de prestatie is. Uit het gebruik van standaardopties die de consument moet afwijzen, kan geen uitdrukkelijke instemming worden afgeleid.’

Het begrip ‘contractuele hoofdverbintenis’ is geïmplementeerd als ‘kern van de prestatie’. Daarmee wordt aange-

knoopt bij het begrip ‘kernbeding’ bij de algemenevoorwaardenregeling.

Een standaardoptie mag dus wel alvast zijn aangevinkt als het gaat om prestatie ‘met een zo wezenlijke betekenis dat de overeenkomst zonder dit beding niet tot stand zou zijn gekomen of zonder dit beding niet van wilsovereenstemming over het wezen van de overeenkomst sprake zou zijn’. Is die prestatie niet zo wezenlijk, dan mag de standaardoptie niet alvast zijn aangevinkt door de handelaar, zo volgt uit art. 6:230j BW. De sanctie op overtreding van deze regel is partiële krachteloosheid van de overeenkomst: de consument is niet gebonden aan de prijsverplichting die verbonden werd aan de standaardoptie en heeft recht op terugbetaling van eventueel betaalde gelden.⁶

Hoe moet art. 6:230j BW worden begrepen?

Wat mag de handelaar nog *wel* doen? De wetgever schetst twee opties voor de handelaar: (1) hij kan de aanvullende optie gratis aanbieden, in dat geval mag hij de gratis optie alvast aankruisen; (2) hij vraagt om uitdrukkelijke instemming, die bijvoorbeeld gelegen kan zijn in het aanvinken van de optie door de consument.⁷

Wat betreft optie 2 lijkt het mij dat het ook is toegestaan om met een gedwongen wilsbepaling te werken, waarbij de consument niet verder kan in het aankoopproces voordat hij een uitdrukkelijke keuze heeft gemaakt. Dus bijvoorbeeld: ‘Ik wil wel/niet een annuleringsverzekering afsluiten’. Sterker nog; ik denk dat een dergelijke ‘gedwongen keuze’ helemaal in overeenstemming is met het idee dat de consument een uitdrukkelijke keuze moet maken om gebonden te raken.

Als de optie gratis wordt aangeboden, mag het hokje wél standaard aangekruist staan. Ik vermoed dat in strijd hiermee zou komen de praktijk waarbij de handelaar de opties standaard aankruist en een totaalprijs toont, terwijl de totaalprijs omlaag gaat als men de opties uitvinkt. De handelaar kan nog proberen te stellen dat de opties gratis zijn en slechts *korting* wordt gegeven als men de opties uitvinkt, maar veel indruk zal deze redenering vermoedelijk niet maken.⁸

Een andere vraag die opkomt, is of de handelaar überhaupt verplicht is om opties te geven. Ik bedoel daar dit mee. Bij de regeling van de vliegtickets spreekt Verordening (EG) 1008/2008 van ‘facultatieve prijstoeslagen’ en bij de algemene regeling in de Richtlijn consumentenrechten spreekt men van ‘extra betaling boven de vergoeding die is overeengekomen voor de contractuele hoofdverbintenis van de handelaar’. In de omzetting in art. 6:230j BW is dat geworden ‘een prestatie die niet de kern van de

3. Zie HvJ EU 19 juli 2012, C-112/11, *TvC* 2013, afl. 5, p. 231, m.nt. J.A. Luzak.

4. Richtlijn 2011/83/EU, *PbEU* 2011, L 304/64 (Richtlijn consumentenrechten).

5. Art. 6:230j BW is dwingend recht (art. 6:230i BW) en is van toepassing op overeenkomsten tussen een handelaar en consument (gedefinieerd in art. 6:230g BW), met uitzondering van de overeenkomsten genoemd in art. 6:230h lid 2 BW. Het artikel is wél van toepassing op overeenkomsten van personenvervoer (art. 6:230h lid 5 BW), dus ook op vliegtickets. De ACM is belast met de bestuursrechtelijke handhaving van zowel art. 23 Verordening (EG) 1008/2008 als van art. 6:230j BW. Zie resp. Bijlage A bij de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) resp. art. 8.2a Whc.

6. De terugbetalingsverbintenis wordt beheerst door het leerstuk van de onverschuldigde betaling, aldus *Kamerstukken II* 2012/13, 33520, 3, p. 29 (MvT). Het zou mij niet verbazen als de rechter deze bepaling zonnodig ambtshalve dient toe te passen. Onduidelijk is hoe moet worden geoordeeld als de tegenprestatie al is genoten, maar gezien de beschermingsgedachte kan ik me voorstellen dat de waarde daarvan op 0 gesteld moet worden.

7. *Kamerstukken II* 2012/13, 33520, 3, p. 29 (MvT).

8. Bovendien is het de vraag of er vanuit marketing-oogpunt belang bestaat bij deze praktijk.

prestatie is', met verwijzing naar het begrip 'kernbeding'. Ik denk dat dat een ongelukkige koppeling is.

Om dat uit te leggen, begin ik bij art. 23 Verordening (EG) 1008/2008. Een 'facultatieve prijsstoeslag' veronderstelt dat er een optie wordt geboden, die men dus ook kan afslaan. Als luchtvaartmaatschappij A een vliegticket aanbiedt tegen prijs [Z] waarbij de klant het recht heeft om ruimbagage mee te nemen, terwijl maatschappij B de ticketprijs [Z minus X] hanteert en als optie geeft om de mogelijkheid om ruimbagage mee te nemen tegen betaling van [X], dan is dat bedrag [X] bij maatschappij B een optie, maar bij maatschappij A niet. Uit art. 23 Verordening (EG) 1008/2008 volgt mijns inziens niet dat de klant van maatschappij A nu opeens recht heeft op 'partitionering' van de ticketprijs. De plicht om opties niet aan iemand op te dringen door middel van een standaard aangevinkt hokje houdt niet in, zo lijkt mij, dat een aanbieder van een dienst niet meer zelf mag beslissen wat de dienst inhoudt en welke prijs hij voor die dienst in rekening brengt.⁹

Als we vervolgens overstappen naar art. 6:230j BW, dan wordt het lastiger. Stel dat op de markt van verhuur van recreatiewoningen een professionele verhuurder A een vakantiehuisje aanbiedt tegen prijs [Z] met de clause 'eindschoonmaak inbegrepen in de prijs'. Verhuurder B rekent een prijs [Z minus X] en geeft als optie om de eindschoonmaak zelf te doen dan wel te laten doen door B tegen betaling van [X]. Verhuurder B zal moeten voldoen aan de eis van art. 6:230j BW. De aanvullende optie van eindschoonmaak is bij verhuurder A helemaal geen optie. A wil ook helemaal geen keuze geven aan de klant om zelf de schoonmaak te doen, en A adverteert ook niet met een aparte kostenberekening van die schoonmaak.¹⁰

Het zal toch niet zo zijn dat A verplicht is om de schoonmaak als optie aan te bieden? Zolang er vrijheid bestaat om zelf te bepalen welke verplichtingen men op zich neemt, lijkt mij dat A vrij is om géén optie aan te bieden. Toch zal men ook kunnen vaststellen dat de kernprestatie van A gelegen is in het verschaffen van huurgenot en niet zozeer in het schoonmaken. Een huurovereenkomst als deze is namelijk heel wel voorstelbaar zónder dat de verhuurder de schoonmaak op zich neemt (zie immers het aanbod van B). Daarom is naar mijn mening de verwijzing naar het leerstuk van het kernbeding niet gelukkig, omdat dát leerstuk ertoe strekt om zoveel mogelijk bedingen in algemene voorwaarden te kunnen toetsen aan art. 6:233 e.v. BW, terwijl art. 6:230j BW ertoe strekt om een consument niet gebonden te achten aan een optie waar hij extra voor betaalt en die hij niet of maar half heeft 'gewild'. Het artikel strekt er niet toe, zo dunkt mij, om consumenten een recht te geven om de prestatie van de wederpartij op te knippen.

En dan een laatste vraag. Zou het toegestaan zijn om in het kader van art. 6:230j BW een getrapte procedure in te bouwen, vergelijkbaar met die van de orgaandonorregistratie? Dus: de handelaar vinkt de optie standaard aan,

maar waarschuwt aan het begin van de checkout-procedure dat de optie is aangevinkt en geeft de mogelijkheid om alsnog uit te stappen en staat zelfs na betaling toe dat de consument alsnog de spijtoptie uitoefent. Ik kan me voorstellen dat een handelaar die deze moeite neemt, goed scoort in de categorie 'maatschappelijk verantwoord standaardopties aanbieden'. Naar mijn mening is het zeker pleitbaar dat deze innovatieve en consumentvriendelijke handelswijze in lijn is met de ratio van art. 6:230j BW. Of de omzet ermee is gebaat, is een andere vraag.

9. Dat wordt m.i. ondersteund door het idee dat een 'gratis optie', waar de wetgever naar verwijst, geen uitdrukkelijke instemming van de klant behoeft.

10. Dat is verstandig van A, want als een optie geen optie is, maar een onvermijdelijk onderdeel van het aanbod, dan moet de handelaar de totaalprijs noemen in het aanbod. Dat geldt in elk geval als sprake is van een uitnodiging tot aankoop (art. 7 lid 4 Richtlijn OHP; art. 6:193e BW). Als wordt geadverteerd met een prijs bij een product, dan moet die prijs op grond van Richtlijn 98/6/EG (Richtlijn prijsaanduidingen producten) ook de onvermijdbare kosten omvatten als de advertentie in de ogen van de consument een aanbod betreft, aldus HvJ EU 7 juli 2016, C-476/14 (*Citroën/ZLW*).