

Kan big data ons keuzegedrag sturen?

Petra Kleine, Boudewijn Broers, Felix van Kessel, Belinda Bouhuys

Netspar Pensioen Innovatie Programma

Kan big data ons keuzegedrag sturen ?

Auteurs: mr. Petra Kleine, mr. Boudewijn Broers, drs. Felix van
Kessel, Belinda Bouhuys

Begeleider: prof. dr. E.H.M. Ponds.

FOKKE & SUKKE
HEBBEN ZICH VOORGENOMEN NU ECHT
HUN PENSIOEN TE REGELEN



INHOUDSOPGAVE

KAN BIG DATA ONS KEUZEGEDRAG STUREN?	3
INLEIDING.....	3
SAMENVATTING EN CONCLUSIE	3
HOOFDSTUK 1 STURING EN ZELFMANAGEMENT	5
1.1 INLEIDING	5
<i>WELKE VOORDELEN BIJEN DEELNEMER EN PENSIOENUITVOERERS BIJ FINANCIËLE PLANNING. ...</i>	<i>5</i>
1.2 WAT KUNNEN WE LEREN VAN ANDERE SECTOREN	5
1.3 KUNNEN FINANCIËLE DIENSTVERLENERS MARKETING TACTIEKEN OVERNEMEN	6
1.4 VOORDELEN BIG DATA/NUDGING	7
1.5 CONCLUSIE.....	9
HOOFDSTUK 2 ETHIEK	10
2.1 INLEIDING	10
<i>WELKE ETHISCHE ASPECTEN SPELEN EEN ROL BIJ HET TOEPASSEN VAN BIG DATA IN DE CONTEXT VAN PENSIOENREGELINGEN</i>	<i>10</i>
2.2 TOEPASSING BIG DATA BIJ PENSIOENFONDSEN	10
2.3 ETHIEK	10
2.4 FINANCIËEL ZELFMANAGEMENT BINNEN EEN ETHISCH RAAMWERK	11
2.5 VIER WAARDEN EN PERSONAL DATA MANAGEMENT.....	12
2.6 NUDGING EN ETHIEK OP BASIS VAN GEVOLGEN OF VANUIT BEGINSSEL	13
2.7 CONCLUSIE: NUDGING IN HET BELANG VAN DE DEELNEMER	14
HOOFDSTUK 3) ZORGPLICHT EN JURIDISCHE KADERS.....	15
3.1 INLEIDING	15
<i>WAT IS JURIDISCH VERPLICHT MET BETREKKING TOT BIG DATA EN NUDGING?</i>	<i>15</i>
3.2 DE RELATIE TUSSEN NUDGING OP BASIS VAN BIG DATA EN FUNDAMENTELE RECHTEN	15
3.3 WIE IS VERANTWOORDELIJK VOOR DE JUISTHEID VAN DE DATA EN HET GEBRUIK DAARVAN? (PRIVACYWETGEVING).....	16
3.4 PRIVAATRECHT	19
3.5 ZORGPLICHT MET BETREKKING TOT HET GEBRUIK VAN BIG DATA ?.....	20
3.6 WIE IS VERANTWOORDELIJK VOOR DE GEVOLGEN VAN DE KEUZES DIE EEN DEELNEMER OP BASIS VAN DATA MAAKT?.....	21
3.7 CONCLUSIE VANUIT JURIDISCHE INVALSHOEK; NUDGING MOGELIJK.....	23
HOOFDSTUK 4) IN HOEVERRE MOGEN PENSIOENFONDSEN NAAR ONZE MENING PATERNALISTISCH OPTREDEN?	24
LITERATUURLIJST.	26

KAN BIG DATA ONS KEUZEGEDRAG STUREN?

In hoeverre mogen pensioenuitvoerders paternalistisch optreden ten bate van hun deelnemers en wat betekent dat voor het gebruik van big data en nudging? Welke vorm van vrijheid moet de deelnemer daarbij worden geboden in het licht van financieel zelf management?

INLEIDING

Pensioenadviesing wordt steeds verder ontwikkeld. Banken, verzekeraars en pensioenfondsen (hierna: "pensioenuitvoerders") beschikken over een schat aan waardevolle persoonlijke gegevens. Deze 'big data' kunnen gebruikt worden om door middel van nudging (beïnvloeding van (onbewust) gedrag of anderszins geschreven; 'stimulatie van gedrag') de pensioenkeuzes van deelnemers te beïnvloeden. Het gebruik van big data ligt echter gevoelig. In hoeverre wordt met nudging op basis van big data recht gedaan aan het belang van de deelnemer? Wat kan, mag en is gewenst? Dit spanningsveld wordt in dit artikel benaderd vanuit de gedragseconomie, de ethiek en de juridische kaders.

Het belang voor deelnemers om regie over de eigen financiële planning te nemen, is de afgelopen tijd toegenomen. De participatiemaatschappij heeft met het vorige kabinet zijn intrede gedaan. De overheid legt steeds meer verantwoordelijkheid bij het individu. Dit wordt geacht regie te voeren over zijn eigen financiële (lange termijn) planning. Op het gebied van pensioenen ontstaat daarmee de noodzaak van financieel zelf management. Dit brengt een spanning met zich mee. Het (kunnen) maken van weloverwogen financiële keuzes voor de langere termijn is afhankelijk van financiële geletterdheid en motivatie van de deelnemer. Vanuit de gedragseconomie is bekend dat individuen doorgaans meer waarde hechten aan een voordeel in het nu dan aan het voorkomen van een nadeel in de toekomst (financieringsproblemen). Om deelnemers in beweging te krijgen, blijkt een nudge vaak effectief. Pensioenuitvoerders kunnen hier op inspelen. Zij zien het als taak om de deelnemer goed te begeleiden en te helpen in het maken van financiële (lange termijn) keuzes. Niet door de keuze voor de deelnemer te maken, maar om deze in staat te stellen om zelf adequate keuzes voor zijn financiële oudedag te nemen.

Dit artikel verkent de problemen en kansen van big data en nudging. Hierin wordt gekeken naar toepassingen die de deelnemer beter in staat stellen om financieel zelf management te kunnen voeren. Big data en nudging kunnen daaraan een belangrijke bijdrage kan leveren. Tegelijkertijd bestaan er echter ook de nodige bezwaren tegen het ongecontroleerd gebruik hiervan. Aangezien het vertrouwen in de pensioensector laag is, is het noodzakelijk dat met het toepassen van big data en nudging duidelijke spelregels geïntroduceerd worden. Spelregels die pensioenuitvoerders helpen vakkundig gebruik te maken van big data en spelregels die helpen de deelnemers vertrouwen te houden in de adviezen van de pensioensector.

Managementsamenvatting

Pensioenuitvoerder beschikken over persoonlijke gegevens (data) van deelnemers. Ten behoeve van het financieel zelfmanagement door de deelnemer kunnen pensioenuitvoerders deze data gebruiken om de deelnemer te helpen in het maken van (pensioen)keuzes. Het nudging instrument kan worden ingezet om de deelnemer te helpen (en te interesseren voor) bepaalde keuzes. In dit artikel zijn de kaders voor deze werkwijze onderzocht en komen wij tot een conclusie dat het mogelijk is om big data te gebruiken in de sturing van de keuzes van de deelnemer.

Om de deelnemer te interesseren voor pensioenen (en financieel zelfmanagement) is allereerst gekeken naar de verleidingstechnieken van andere sectoren die mogelijk gebruikt kunnen worden door pensioenuitvoerders. Andere sectoren gebruiken (verleidings)technieken of principes zoals wederkerigheid (adviesgesprek), sociale bevestiging (wie ging u voor) en autoriteit (vertrouwen in mensen of organisaties die expert zijn).

Deze technieken zijn bruikbaar voor pensioenuitvoerders. Deze mogelijke verleidingstechnieken voor pensioenuitvoerders worden naar onze mening begrensd door ethische en juridische kaders. Dit wordt hierna kort toegelicht.

Een belangrijke voorwaarde bij intuïtief sturen is – vanuit ethisch perspectief - dat de pensioenuitvoerder voldoende oog dient te behouden voor het financiële perspectief van de deelnemer. Daarbij gaat het niet alleen om het behalen van nutsmaximalisatie (het nastreven van de hoogste welvaart of ervoor zorgen dat er een adequate vervangingswaarde¹ wordt behaald), maar ook om op basis van een intrinsieke motivatie de deelnemer de juiste keuze te laten maken. Denk bijvoorbeeld aan het inzetten van het vermogen van een individu op diverse gebieden van zorg voor zichzelf of voor anderen of op het gebied van wonen. Wij zijn in dit kader van mening dat het relevant is om een minimum ondergrens te bepalen van de vervangingswaarde. Het surplus kan de deelnemer zelf naar eigen inzicht besteden.

Tot slot is het vanuit juridisch perspectief mogelijk om gebruik te maken van nudging om de deelnemer vanuit economisch perspectief in een bepaalde richting te sturen. Dit kan op voorwaarde dat de pensioenuitvoerder verifieert of de deelnemer zich bewust is van het feit dat sprake is van nudging en aan de deelnemer de mogelijkheid wordt geboden om van de voorgestelde keuze af te wijken.

Daarbij dienen de privacywetgeving², zorgplichten en andere regels voortvloeiende uit het privaatrecht en toezichtwetgeving ten opzichte van de kwetsbare partij (de deelnemer) door de pensioenuitvoerder in acht te worden genomen. Individuen worden gezien als autonoom en vrij handelend van dwang, maar pensioenuitvoerders mogen naar onze mening wel sturen in het gedrag van het individu (libertair paternalisme) als dat in het eigen belang van de deelnemer is.

Alleen wanneer er vertrouwen is in de wijze waarop data worden gebruikt door pensioenuitvoerders, en in wat zij 'beloven' ten aanzien van privacy, is het mogelijk om de potentie van big data en de ontsluiting daarvan volledig te benutten om door middel van nudgen waarde te creëren voor deelnemers. Transparantie en de overtuiging dat de pensioenuitvoerder doet wat zij belooft is daarbij essentieel.

In de volgende hoofdstukken wordt toegelicht op basis waarvan wij tot onze oordeelvorming zijn gekomen.

¹ Bedrag dat nodig is om in de door de deelnemer gewenste welvaartsituatie te kunnen verkeren

² Regelt hoe moet worden omgegaan door de pensioenuitvoerder met de verzamelde data

Hoofdstuk 1 Sturing en zelfmanagement

1.1 Inleiding

Welke voordelen bieden big data en nudging voor de deelnemer en pensioenuitvoerders bij financiële planning.

In dit hoofdstuk wordt beschreven of de toepassingen van big data en nudging in andere sectoren aanknopingspunten geven voor pensioenuitvoerders en deelnemers. Dit hoofdstuk moet inzicht bieden in de “do’s and don’ts” zodat deelnemers hun financiële planning zoveel mogelijk zelf kunnen besturen.

Met de toename van de hoeveelheid data zullen ook meerdere toepassingen hiervan hun intrede doen. Doorslaggevend is om data op de juiste manier te analyseren (data analytics) en te ontsluiten. Er wordt een steeds specifiek beeld verkregen van het gedrag van individuen, hun voorkeuren en interesses en op basis hiervan kan hun gedrag steeds meer voorspeld en ook beïnvloed worden. Deze kennis verschaft pensioenuitvoerders belangrijke inzichten waarmee ze de uitvoering van hun strategie kunnen verbeteren. Echter, het gaat erom hoe ze waarde kunnen vergroten en kunnen toevoegen voor de deelnemer.

1.2 Wat kunnen we leren van andere sectoren

Digitale verleiding in alle fasen van de online customer journey

Steeds meer bedrijven zetten verleidingstactieken in om de consument in de online customer journey tot een bepaalde aankoop te “verleiden”. Ook financiële dienstverleners hebben afgelopen jaren fors geïnvesteerd in de transformatie naar online en laten zich daarom graag inspireren door online retailers.

Online giganten als Booking.com en Bol.com zijn zeer bedreven in online verleiding. Een scala aan zelf verworven data stelt hen in staat op elk gewenst moment van de dag bezoekers optimaal te faciliteren tijdens de klantreis. Ze weten precies op het juiste moment de consument te stimuleren door het introduceren van korting, advies, of het tonen van opties die door het individu wellicht ook leuk gevonden worden.

Hummelink³ analyseerde achttien online customer journeys van bedrijven in de energie-, verzekerings-, reis-, retail- en telecom branche. Het doel van haar onderzoek was om niet alleen te kijken hoe digitale verleidingstactieken, ook wel nudges genoemd, de kwaliteit van de online klantreis positief kunnen beïnvloeden, maar ook welke nudges effectief zijn voor high-interest-producten (bv. Het kopen van schoenen of vakanties) en voor low-interest producten (zoals verzekeringen en financiële zaken).

Met nudges proberen steeds meer bedrijven de consument tijdens de customer journey te sturen en te beïnvloeden / te helpen. Zoals eerder toegelicht, is een nudge eigenlijk niets anders dan elke

³ Malou Hummelink (23 maart 2015 Copycats in de online customer journey: succesvol of niet?)

trigger binnen een keuzeveld die gebruikers in de gewenste richting stuurt zonder opties uit te sluiten of het product te veranderen.

Een voorbeeld van hoe dit werkt is Booking.com: In het proces om het juiste hotel te kiezen beïnvloedt Booking.com het individu door het toevoegen van de opmerking 'laatste reservering: twee minuten geleden'. De keuze set blijft hetzelfde. Het gaat nog steeds om twee bijna identieke hotels, maar men neigt ongemerkt toch ineens meer naar het schijnbaar populaire hotel.

Booking.com past zeer succesvol de verleidingsprincipes van Cialdini⁴ toe in hun online strategie. De 6 principes zijn:

- Wederkerigheid (weggevertjes werken vaak conversieverhogend, denk aan een adviesgesprek)
- Commitment & consistentie (gedrag wordt bepaald op basis van wat eerder is gezegd of gedaan)
- Sociale bevestiging (in termen van: wie ging u voor? Of door het noemen van % klanttevredenheid)
- Sympathie (tell a friend)
- Autoriteit (vertrouwen hebben in mensen of organisaties die expert of onafhankelijk zijn)
- Schaarsheid (klanten wijzen op wat ze kunnen verliezen i.p.v. behouden)

Individueen zijn gevoelig voor het geven van standaardopties (defaults), stimulansen die inwerken op het beloningssysteem, het geven van specifieke feedback bij keuzes, pioniersgedrag en voor hetgeen vergelijkbare personen doen.

De vraag is in hoeverre de hiervoor genoemde tactieken toepasbaar zijn op pensioenen. Zo blijkt bijvoorbeeld dat tactieken zoals incentives en pioniersgedrag gewaardeerd worden tijdens het online kopen van schoenen of reizen (high-interest producten), maar dat deze niet werken bij het aanschaffen van bijvoorbeeld een nieuwe zorgverzekering of het regelen van pensioenzaken. Het succesvol inzetten van nudges is dus sterk context afhankelijk. Hierna volgt een nadere toelichting.

1.3 Kunnen financiële dienstverleners marketing tactieken overnemen

Gebruik van nudges zeer context specifiek

Financiële dienstverleners investeerden de afgelopen jaar flink in de transformatie naar online dienstverlening. Bij het inrichten van de online klantreis doen zij vaak inspiratie op bij online retailers. Maar gelden voor financiële dienstverleners wel dezelfde regels? Het onderzoek van Hummelink laat zien dat het gebruik van nudges zeer context specifiek is. Succesformules uit de retailsector zullen dus niet per definitie werken voor bijvoorbeeld low-interest bedrijven als banken en verzekeraars.

Nudges vrijwel geen effect op conversie bij low-interest producten

Hummelink heeft een experiment uitgevoerd met twee groepen klanten: groep A zag alleen screenshots van low-interest producten en groep B zag screenshots van high-interest producten. Door middel van een korte inleiding werd een scenario geschetst om de behoefte aan het product te onderstrepen. Vervolgens werd gevraagd naar: algemene indruk, retentie intentie, relevantie, en intentie tot aanbevelen en loyaliteit. Uit de resultaten blijkt dat de low-interest groep alle vragen negatiever heeft beantwoord dan de groep blootgesteld aan high-interest producten.

⁴ Dr. Robert Cialdini (psycholoog en expert op het gebied van beïnvloedingstactieken en auteur van het boek 'Influence')

Nudges lijken vrijwel geen effect te hebben op conversie binnen een low-interest customer journey en bevestigen hiermee het context specifieke karakter. Het is een stuk lastiger om een klant succesvol door het aankoopproces van een reisverzekering te leiden dan de aankoop van een zorgverzekering of pensioenproduct. Dit heeft te maken met a) affiniteit met het product, b) aantrekkelijkheid van het product c) complexiteit en d) timing.

Zorgen nudges naast conversie ook voor retentie en loyaliteit?

Het gebruik van nudges bij een pensioenuitvoerder, verzekeraar of energiemaatschappij heeft een negatief effect op loyaliteit. Het is dus niet altijd verstandig om als aanbieder van low-interest producten af te kijken bij aanbieders van high-interest producten. Toch zijn nudges geen directe dooddoener. Met de juiste tactieken kunnen ze zeer waardevol zijn.

Uit onderzoek is gebleken dat nudges succesvol toe te passen zijn bij de verkoop van low-interest producten indien aan de volgende uitgangspunten is voldaan:

- *Ken je deelnemer.* Geen enkele nudging tactiek werkt als er geen inzicht is in de (online) customer journey. De deelnemer kan op elk moment de journey verlaten en daarom is het des te meer van belang om duidelijk in kaart te hebben op welke momenten de inzet van nudges wordt gewaardeerd. Dit inzicht maakt duidelijk waar de deelnemer behoefte heeft aan bepaalde informatie of waar zijn gemoedstoestand verandert. Hiermee wordt onnodige ergernis voorkomen en worden de juiste nudging tactieken toegepast.
- *Low-interest is geen low-involvement.* Een low-interest product betekent niet per definitie dat de consument niet betrokken is bij het product. Het is nu eenmaal lastiger om het juiste pensioenproduct te kiezen dan het juiste paar schoenen. Het effect van nudges tijdens de online customer journey is anders dan bij high-interest producten.
- *Wees subtiel.* Deelnemers beschouwen nudging tactieken steeds meer als algemeen goed. Daardoor wekken ze soms ergernis op, omdat ze bijvoorbeeld belangrijke informatie in de weg staan. Kies daarom voor een subtiele aanpak. Experimenteer met 'tone of voice' en formulering. Leg bijvoorbeeld uit waarom het achterlaten van persoonlijk en financiële gegevens een voordeel is (een overzicht van het totale financiële plaatje en of er al dan niet een pensioen tekort blijkt te zijn bij een volgend bezoek van de site). Door dit goed te doen, wordt meer begrip gecreëerd bij de deelnemer voor de richting die aan hem wordt voorgesteld of het zorgt ervoor dat de deelnemer het bedrijf van extra data voorziet. Subtiele veranderingen hebben zo een grote impact.

1.4 Voordelen big data/nudging

Big Data bieden voordelen voor organisaties, maar misschien nog wel het meeste voor de consument. Of toch niet? Uit onderzoek van⁵ DDMA (2016) blijkt dat 89% van de consumenten vindt dat organisaties meer profiteren van hun data dan zichzelf. Dit terwijl 91% van de organisaties vindt dat consumenten profiteren van data dankzij gerichte marketing.

Hoe kan dit? Zijn organisaties niet transparant genoeg over hun Big Data gebruik? Zijn consumenten bang voor Big Data? Dit laatste blijkt niet het geval te zijn. In het onderzoek van DDMA geeft namelijk tweederde van de consumenten aan dat herkenning door websites op basis van eerdere bezoeken bij het internet hoort. Het probleem lijkt hem vooral in de communicatie te zitten.

⁵ Data Driven Marketing Association

Big data zijn een belangrijke bron van informatie, maar tonen slechts de helft van het klantbeeld. Brooks zegt hierover het volgende. Het is relevant om buiten het perspectief van de eigen organisatie te treden en het perspectief van de deelnemer aan te nemen. Alleen dan kan worden achterhaald hoe deelnemers pensioenproducten beleven en welke rol deze producten spelen in hun leven.

De eerste stap in het proces is dat een onderzoeksteam zich onderdompelt in de belevingswereld van de klant. Dit kan met behulp van etnografisch onderzoek, het laten bijhouden van dagboeken, maar ook door het houden van diepte-interviews en het organiseren van 'online communities'.

Vervolgens moeten de verzamelde data geanalyseerd worden en dienen inzichten eruit gedestilleerd te worden die van belang zijn voor een veel grotere groep dan alleen de onderzoekers. Daarna moeten potentiële strategische acties ontworpen worden. Tot slot dient met behulp van strategische storytelling, gebaseerd op de authentieke klantervaringen die naar voren kwamen in de eerste fase van het proces, empathie opgeroepen te worden bij alle stakeholders.

Brooks' methode is een manier om een organisatie te laten luisteren naar klanten en deze vervolgens effectiever te bedienen en te beïnvloeden. Marketingorganisaties en -bedrijven voelen de klant niet automatisch aan, omdat zij uitgaan van hun eigen perspectieven. Door serieus de perspectieven van klanten te beleven, worden marketeers en leveranciers in staat gesteld zich voor te stellen hoe de klant denkt en voelt. Het gevolg is dat klanten zich begrepen voelen en loyaal blijven, omdat de zenders en de ontvangers van het bericht hetzelfde voelen op hetzelfde moment.

Voor pensioenuitvoerders is het van belang om deze methodiek te gebruiken om hun deelnemers zorgvuldig te ondersteunen en om de juiste nudges toe te passen.

Hierbij moet voor de deelnemer inzichtelijk worden gemaakt welke drie grote voordelen die Big data de deelnemer bieden:

Voordeel 1: Personalisatie met Big Data

Een groot voordeel van Big Data is personalisatie. Deze methode wordt al door een aantal organisaties toegepast en is inmiddels zo bekend dat het niet meer opvalt. Dit ziet men bijvoorbeeld terug in de persoonlijke aanbevelingen.

Deze Big Data zijn bovendien 'realtime'. Dankzij deze 'realtime' data kan worden bekeken wat de juiste aanbevelingen per moment zijn. Hoe kunnen grote pensioenuitvoerders zo transformeren dat het individu het gevoel heeft bekend te zijn. Wanneer pensioenuitvoerders willen toewerken naar unieke klantreizen dan is naast automatisering ook 'customer driven' marketing nodig. Er is ook een andere kant namelijk dat consumenten aangeven dat ze de personalisatie te ver vinden gaan en dat organisaties te dichtbij komen. Dat laatste is een kwestie van 'trial and error'. Al doende ervaren wat wel werkt en wat niet. Wat de ene klant als persoonlijk ervaart, ervaart de ander als inbreuk op privacy.

Voordeel 2: Geoptimaliseerde zoekmachines met Big Data

Big Data maakt zoeken eenvoudig.

Big Data bieden niet alleen organisaties voordelen, maar ook de consument. Het internet is een snel medium, waarbij het snel iets kunnen vinden eerder noodzaak dan luxe is. Pensioenuitvoerders zouden naar onze mening daarom een goed te doorzoeken site moeten hebben voor de deelnemer.

Voordeel 3: Klantrelaties versterken met Big Data

Een goede klantenservice maakt of kraakt een organisatie. Zoals hiervoor al eerder genoemd, kunnen organisaties dankzij Big Data weten wat de voorkeuren en behoeften zijn van de klant. Organisaties

hebben veel data van hun klanten, bijvoorbeeld vanuit 'social media' (bijv. Facebookbericht) en telefoongesprekken/klachten. Door deze data intern te delen, kan een dieper klantinzicht worden opgebouwd. Als deze data vervolgens beschikbaar worden gesteld aan bijvoorbeeld de pensioenadviseur of klantenservice dan is deze in staat om de dienstverlening van de organisatie te verbeteren.

1.5 Conclusie

⁶De grootste uitdaging voor de pensioenuitvoerders ligt in het ontwikkelen van nudges die de deelnemer sterker maken, die ervoor zorgen dat deelnemers blijven leren en zich ontwikkelen en die waarde toevoegen. Een nudge kan net het zetje zijn, dat veel mensen nodig hebben om toch die lastige financiële kwestie op te pakken ondanks dat het spannend is om te doen. Het tonen van de keuzes die gelijkgestemden hebben gemaakt, het aanbieden van bijvoorbeeld adviesgesprekken of het inzetten van onafhankelijke experts zijn soms misschien wel de beste nudges voor pensioenuitvoerders om te hanteren. De deelnemer kan daardoor worden aangemoedigd om zijn financiële planning ter hand te nemen en informatie te verstrekken over zijn of haar financiële situatie. De pensioenuitvoerder kan vervolgens diensten op maat aanleveren en nudges gebruiken.

Big Data en nudging zijn dus naar onze mening geëigende middelen om deelnemers te helpen, snel én effectief. Ze zorgen voor een sterke relatie tussen de deelnemer en pensioenuitvoerder. Bieden Big Data alleen maar voordelen voor organisaties? Het gaat niet om de vraag wie precies het meest profiteert van Big Data. Het moet erom gaan dat deze voordelen in balans zijn. Consumenten vinden de voordelen van Big Data misschien wel zo vanzelfsprekend dat het goed is om hen ervan bewust te maken en welke waarde het kan toevoegen. Het is dan ook voor pensioenuitvoerders aan te bevelen om deze voordelen te communiceren.

Mits zorgvuldig toegepast, en afgestemd op doelgroep kan nudging een effectief middel zijn voor pensioenuitvoerders om gedrag van deelnemers te beïnvloeden. Het advies van Van de Ven en Steenhuisen (2016) is dan ook: nudge, maar richt de nudge vooral op het leren en ontwikkelen van de deelnemer op financieel gebied en doe het met mate. Maak hiervoor gebruik van de tactieken van wederkerigheid, sociale bevestiging en autoriteit. Zoals in paragraaf 1.2. reeds omschreven, zijn deze tactieken naar onze mening ook geschikt voor de deelnemer

In de volgende hoofdstukken worden vanuit ethisch en juridisch perspectief de aandachtspunten besproken voor toepassing van big data en nudging in de context van pensioen. Het laatste hoofdstuk schetst de belangrijkste antwoorden en conclusies op de in dit artikel genoemde *onderzoeksvraag*:

"In hoeverre mogen pensioenfondsen naar onze mening paternalistisch optreden?"

⁶ Cristel van de Ven & Eline Steenhuisen TvOO maart nr. 1 2016)

Hoofdstuk 2 Ethiek

2.1 Inleiding

Welke ethische aspecten spelen een rol bij het toepassen van big data in de context van pensioenregelingen

2.2 Toepassing big data bij pensioenfondsen

Pensioenuitvoerders bezitten enorme hoeveelheden persoonlijke data. Big Data als fenomeen heeft dan ook in de pensioensector zijn intrede gedaan. In de omslag van de meer traditionele data analyses zijn pensioenfondsen nu ook op zoek naar nieuwe waarde concepten op basis van Big Data. In het combineren van alle intern aanwezige databronnen met externe bronnen verwachten pensioenuitvoerders betere bedieningsmodellen voor de deelnemer te ontdekken. Dit moet de uitvoerder in staat stellen om beter in te spelen op de behoefte van de deelnemer en haar bedrijfsvoering daar beter op aan te laten sluiten. Indien het een commerciële partij betreft, kan er naast het contractuele ook nog onderzocht worden welke producten en diensten van toegevoegde waarde kunnen zijn voor de deelnemer.

De deelnemer heeft de behoefte aan een zo'n optimaal mogelijk ouderdomsvoorziening. Die wordt enerzijds bepaald door de wijze waarop de pensioenuitvoerder de regeling laat uitvoeren en anderzijds door de wijze waarop de deelnemer invulling geeft aan de keuzen in de regeling. Deze keuzen door de deelnemer worden beïnvloed door de mogelijkheden die de uitvoerder biedt. En omdat deze met behulp van aanzienlijke hoeveelheden data en middelen beter in staat is dat proces te structureren en te sturen dan de deelnemer kan gesproken worden van ongelijkheid.

Pensioenuitvoerder en deelnemer informatie asymmetrie

Er bestaat een aanzienlijke informatie asymmetrie tussen de pensioenuitvoerder en de deelnemer. De vraag is hierbij hoe de deelnemer in staat kan worden gesteld het juiste tegenwicht te bieden? In hoeverre kan hij leunen op het advies en oordeel van de pensioenuitvoerder? Hoe weet de deelnemer dat de informatie die gehanteerd wordt bij het opstellen van adviezen sluitend is voor zijn situatie? En hoe kan hij dat controleren? Om deze vragen te kunnen beantwoorden is het van belang om een beter beeld te krijgen van de achterliggende principes van "Big Data".

2.3 Ethiek

Big data: sturing versus autonomie

De eerste vraag is hoe individuen worden geprofileerd en wat zij daarvan weten. De stelling Big Data 'N=All'⁷ is interessant vanwege de impliciete aanname dat er geen hypothesen meer hoeven te worden gesteld, want de hoeveelheid data en de daaruit te herleiden gedragspatronen vertellen het ons al. Het gaat om het daadwerkelijk gevonden gedrag vervat in de geanalyseerde data. Met Big Data worden vanuit een emergent proces modellen zichtbaar op basis waarvan sturing op gedrag kan plaatsvinden. Het gaat hierbij om empirisme⁸ in plaats van rationalisme⁹. Door op die manier Big Data in te zetten laten individuen zich ook steeds meer sturen door ontdekte patronen. Volgens Hildebrandt (2013) krijgt het een meer voorspellend karakter en wordt daarmee een 'self fulfilling prophecy'.

Door op deze manier te kijken naar het gebruik van Big Data wordt duidelijk dat de deelnemer meer gestuurd wordt door de ontdekte patronen, de gehanteerde modellen, dan dat hij zelf aan het stuur zit. Dit heeft een ongewenste situatie tot gevolg waarbij de deelnemer niet meer als een autonoom

⁷ 'Slaves to Big Data. Or Are We?' Mireille Hildebrandt, oktober 2013

⁸ Kennis uit ervaring of ervaringsleer

⁹ Ratio als bron van kennis

individu kan optreden. Hij heeft dan als het ware geen eigenaarschap meer over zijn eigen handelen vanwege het continu gestuurd worden op basis van geïmplementeerde modellen. Toetsing van bedoelingen is niet meer nodig, want de data vertellen het allemaal al. Met de afwezigheid van expliciete zeggenschap van het individu in dit proces sluit het beeld niet meer aan bij een systeem van erkende rechten van het individu in de relatie pensioenuitvoerder en deelnemer.

Wij vinden dat aan de basis van een gezonde machtsbalans tussen uitvoerder en deelnemer het respect voor de autonomie en de vrijheid van het individu voorop staat. In het geval van een zelfsturend proces als hiervoor genoemd ontbreekt deze vrijheid van handelen voor het individu. Dit vraagt om duidelijke principes hoe om te gaan met Big Data. Als wordt gekeken naar vrijheid en ontwikkeling van autonoom handelen dan is het verhelderend om het onderscheid van negatieve en positieve vrijheid te benadrukken. Berlin schetst beide varianten als volgt: negatieve vrijheid zijnde vrij van externe beperkingen, positieve vrijheid zijnde met bezit van macht en middelen in staat te zijn tot zelfontplooiing.

De invulling van het vrijheidsbegrip en autonomie op basis van de negatieve variant houdt in dat het individu niet beperkt wordt in de vrijheid van handelen om zich te ontwikkelen. Positief bekeken is het de plicht om de ander in staat te stellen tot ontwikkeling te laten komen. Een zekere bemoeienis door middel van het beschikbaar stellen van keuzes is dan welkom. Dit betreft een zogenoemd paternalistische houding. Daarbij mag rekening gehouden worden met het positieve effect van het beperken van het aantal keuzemogelijkheden. Uit de gedragseconomie is immers bekend dat een te groot aanbod leidt tot inertie. Het inperken van keuzes kan het handelingsperspectief, en daarmee gepaard gaande vrijheid van de deelnemer, juist weer vergroten.¹⁰ Voor een deelnemer zal een negatieve vorm van vrijheid waarschijnlijk in eerste instantie prima aansluiten bij de wijze waarop hij zijn oudedagvoorziening wil inrichten. Voor het maken van keuzes op financieel vlak zal dat waarschijnlijk anders liggen. De gemiddelde pensioendeelnemer is financieel laaggeletterd, is geneigd complexe keuzes uit te stellen en heeft een kortere tijdshorizon als het gaat om financiële vraagstukken.¹¹ De invoering van de AOW en het oprichten van (bedrijfstak)pensioenfondsen hebben deze problemen kunnen oplossen met als gevolg dat gemiddeld genomen de gepensioneerde van vandaag er financieel toch goed voorstaat. Deze paternalistische oplossingsvormen hebben goed gewerkt. De vraag is dan of een pensioenuitvoerder met behulp van Big Data en nudging, als een vorm van paternalisme, de deelnemer in staat mag stellen keuzes te laten maken zonder daarmee zijn autonomie te zeer te beperken?

Wij gaan er in dit artikel gaat vanuit dat het gedeelde belang van pensioenuitvoerder en deelnemer prevaleert boven een sinistere visie zoals geschetst door Hildebrandt. Uitgaande van een voor beide partijen profijtelijke relatie, die ook wordt nagestreefd met een pensioencontract, dan hoeft het geen probleem te zijn om de deelnemer te helpen met het maken van keuzes op basis van Big Data inclusief het gebruik van nudging door de pensioenuitvoerder.

2.4 Financieel zelfmanagement binnen een ethisch raamwerk

Laperre, Oerlemans en Delleart (2016) geven een aantal belangrijke richtlijnen hoe pensioenuitvoerders hun deelnemers optimaal kunnen ondersteunen bij een evenwichtige relatie tussen pensioenuitvoerder en deelnemer. Uitgangspunt is financieel zelfmanagement. Door het afbouwen van de verzorgingsstaat onder neo liberale marktregimes moet de deelnemer de afgelopen jaren meer op eigen benen staan. Het zorgeloos vertrouwen van de deelnemer in zijn pensioenuitvoerder moet plaats maken voor een meer kritische houding op het eigen pensioenproduct en de geboden dienstverlening. Bewustwording van de deelnemer in het financiële toekomstplaatje wordt essentieel. Deze noodzaak van financieel zelfmanagement betekent onder

¹⁰ Tiemeijer, Thomas en Prast; "De menselijke beslisser", pg. 31

¹¹ Maarten van Rooij; "Een consumentenperspectief op pensioenkeuzes". ESB Dossier Keuzevrijheid en pensioenen.

andere dat de deelnemer een volledig inzicht moet kunnen verkrijgen in al die aspecten die te maken hebben met een goede en gezonde ouderdagsvoorziening (op het gebied van financiën, arbeidsduurzaamheid en verzekeren). Om daarmee vervolgens een keuze te maken hoe zijn financiële huishouden in te richten ten behoeve van pensionering.

De pensioenuitvoerder moet naar onze mening als doel nastreven om de deelnemer beslissingen te laten nemen in eigen belang en om slechte keuzen te vermijden. Als de pensioenuitvoerder dit op juiste wijze kan invullen, is deze tegelijk in staat om de vertrouwensrelatie met de deelnemer te versterken en het eigen pensioenproduct positief neer te zetten. En dit kan bereikt worden door het creëren van een handelingsperspectief op basis van complexiteitsreductie. Aangezien de deelnemer over het algemeen in beperkte mate in staat is zich adequaat te oriënteren op zijn pensioen, kunnen Big Data met behulp van nudging een zinvolle bijdrage leveren aan het gestelde doel.¹² Op basis van de data kunnen relevante patronen ontdekt worden die, met behulp van het sturen van intuïtief keuzegedrag door middel van nudging, de deelnemer helpt een adequate keuze te maken ten behoeve van een goed pensioen.

Om potentieel misbruik van het gebruik van Big Data en nudging tegen te gaan wordt het gebruik ervan niet alleen ingekaderd door het in deze paragraaf genoemde ethische raamwerk en principes. Het gebruik wordt daarnaast beteugeld door middel van wetgeving. Dit juridische kader wordt beschreven in hoofdstuk 3 van dit artikel. Het is naar onze mening aan te bevelen dat deze wetgeving en de principes op elkaar aansluiten. Daar waar de wetgeving niet in voorziet, kan worden ingevuld door de principes en "soft law".

2.5 Vier waarden en Personal Data Management

Voor het opzetten van een raamwerk zijn vier waarden van belang, te weten: privacy, vertrouwelijkheid, transparantie en identiteit. Met privacy gaat het om de manier waarop data worden beheerd. Naast wettelijke regulering door middel van waarschuwingen en mogelijkheid tot kiezen gaat het ook om welke regels worden toegepast om data met derden te delen. Wat geheim is en hoe daarmee om te gaan kent vele gradaties. Vertrouwelijkheid gaat in op de status van gedeelde data. Het hoeft niet altijd te betekenen dat eenmaal gedeelde data vrij aan de markt vervallen en ook niet meer eigendom van het individu is. Voor verschillende soorten data gelden verschillende niveaus van geheimhouding. Het belang hierbij is dat er een keten van vertrouwelijkheid gemonitord moet kunnen worden. Om vertrouwen te kunnen waarborgen, is transparantie nodig over welke data pensioenuitvoerders beheren en hoe hiermee kan worden omgegaan. Pensioenuitvoerders willen zich kunnen verantwoorden en deelnemers willen de pensioenuitvoerder ter verantwoording kunnen roepen. Misbruik moet voorkomen worden. Het zorgvuldig bewaken van deze waarden dragen uiteindelijk ook bij aan de vorming en behoud van identiteit. Het moet zo zijn dat het gebruik van Big Data niet zoals Hildebrandt schetst een identiteit gaat vormen. Het gaat om de controle op het wederzijdse proces van diverse interacties die plaatsvinden met zijn omgeving die het individu vormen. Zodoende de autonomie van het individu te bewaken. Zoals Richards en King (2014) aanhalen:

"Selfhood and social shaping are not mutually exclusive. Subjectivity, and hence selfhood, exist in the space between the experience of autonomous selfhood and the reality of social shaping... This kind of

¹² "De belangrijke boodschap uit het neuromarketing onderzoek is dat bij pensioenvraagstukken mensen baat zullen hebben bij ondersteuning bij het maken van een pensioenkeuze. Ondersteuning is zinvol, omdat het de keuzes voor de deelnemers makkelijker en minder irritant maakt en ook omdat de ondersteuning beoogt dat het individu betere keuzes maakt, passend bij zijn situatie. In de gedragseconomie zijn er verschillende technieken bekend die invloed hebben op de hoe de keuzes worden gemaakt, waaronder het aanbieden van standaard opties (defaults), framing, en het presenteren van informatie over deelnemers in een vergelijkbare situatie (peer-informatie; social proof)." pg. 7

Pensioen, Keuze en de Rol van de Pensioenprofessional; Netspar Academic series. Eduard Ponds, Onno Steenbeek en Joyce Vonken 2016

*identity is the fundamental right to define who I am. This is the idea that we can define our own identities:...*¹³

Wat bovenstaande impliciet laat zien is dat het hebben van vrijheid gecombineerd met (privacy) rechten ook inhoudt het hebben van plichten (hoe ga ik zorgvuldig om met de door mij verstrekte data). Rechten en plichten in relatie tot informatiebeheersing kunnen worden gezien als een adequate vorm van datamanagement. Het concept van *Personal Data Management* (PDM)¹⁴ richt zich daarbij op het doelgebonden gebruik van data tezamen met de contextuele integriteit en het waarborgen van de vier waarden in het belang van de deelnemer. Het borgen van de vier waarden met betrekking tot Big Data en nudging moet ervoor zorgdragen dat de deelnemer in staat blijft controle uit te oefenen op zijn data en de wijze waarop hij beïnvloed wordt. Met dit concept kan zijn autonomie en vrijheid beschermd worden. Als de pensioenuitvoerder invulling kan geven aan een zo'n concept laat het zien dat het in staat is om aan andermans belang te denken en de zorgplicht adequaat in te vullen.

2.6 Nudging en ethiek op basis van gevolgen of vanuit beginsel

Mensen handelen rationeel en intuïtief. Ze kijken naar gevolgen maar handelen ook basis van intenties. De manier waarop nudging kan worden toegepast, moet gezien worden in relatie met de wijze waarop naar het individu wordt gekeken. Hanssen (2016) maakt een duidelijk onderscheid in wat nudging nu inhoudt en de manier waarop naar autonomie en vrijheid gekeken wordt daar vanuit politieke filosofie. Refererend aan het werk van Thaler en Sunstein (2003, 2009 en 2014) over nudging wordt het impliciete verband van nudging en libertair paternalisme¹⁵ verhelderd en de definitie van nudging aangescherpt. Dit is van belang om het onderscheid duidelijk te maken in wat geoorloofde sturing is binnen het concept van libertair paternalisme waar autonomie en vrijheid van essentieel belang zijn.

Het concept van libertair paternalisme stelt het individu voor als autonoom handelend en vrij van dwang, maar waar organisaties wel mogen sturen in het gedrag van het individu (zacht paternalisme) als dat in het eigen belang van het individu is. Het gebruik van nudging moet gezien worden vanuit een onderscheid tussen economisch-rationeel (Econ) perspectief en een intuïtief menselijk (Human) perspectief. Het eerste betekent sturen vanuit een economisch rationeel verantwoord handelingsperspectief. Het tweede betreft het intuïtieve karakter van de menselijke besluitvorming waarbij de mens zich laat leiden door zijn cognitieve beperkingen, routines, voorkeuren en gewoonten. Nudging kan het beste gedefinieerd worden als:

*"...a function of the choice architecture that alters people's behavior in a predictable way that works independently of forbidding or adding any rationally relevant choice options, changing their incentives, whether regarded in terms of time, trouble, social sanctions, economic and so forth, or the provision of factual information or rational argumentation. Nudges are called for because of cognitive boundaries, biases, routines, and habits in individual and social decision-making, and work by making use of those boundaries, biases, routines, and habits as integral parts of the choice architecture.."*¹⁶

¹³ Idem.

¹⁴ "...enables an individual to control the access and use of her personal data in a way that gives her sufficient autonomy to determine, maintain and develop her identity as an individual, which includes presenting aspects (attributes) of her identity dependent on the context of the transactions (communications, data sharing, etc.), and enabling consideration of constraints relevant to personal preferences, cultural, social and legal norms." 'Slaves to Big Data. Or Are We?' Mireille Hildebrandt, oktober 2013

¹⁵ "...an approach that preserves freedom of choice but authorizes both private and public institutions to steer people in directions that will promote their welfare." The Definition of Nudge and Libertarian Paternalism: Does the Hand Fit the Glove? Pelle Guldberg Hansen. EJRR 1 2016

¹⁶ The Definition of Nudge and Libertarian Paternalism: Does the Hand Fit the Glove? Pelle Guldberg Hansen. EJRR 1 2016

De vraag is vervolgens hoe hier mee kan worden omgegaan. Volgens McCrudden (2015) kan de zienswijze van Thaler en Sunstein geïnterpreteerd worden als een systeem van gevolgenethiek (utilisme). De aard van de handeling wordt beoordeeld op zijn gevolg. Dit leidt tot een calculerende houding over de manier waarop die handelingen moeten worden ingevuld. Het verkrijgen van een zo'n groot mogelijk nut voor het geheel dient dan als principe voor optimalisatie van handelend gedrag. Ten opzichte van dit perspectief kan ook worden gekeken of de handeling in zichzelf juist is en het handelen op basis daarvan. Het zogenoemde beginslethiek (deontologie). Een persoon kan handelen vanuit de aanname dat hij weet dat hij het juiste doet vanuit moreel perspectief los van de mogelijke gevolgen die de handeling met zich meebrengt (bijvoorbeeld rechtvaardig zijn, mensen in nood helpen).¹⁷

Met het gebruik van Big Data en nudging kan beïnvloeding van iemands gedrag bijdragen aan een economische rationalisering van zijn handelingsperspectief. Van belang is dan om te duiden of het daarbij gaat om welvaartsmaximalisatie van het individuele handelen, om welvaartsmaximalisatie voor de gehele populatie waarbinnen het individu valt of voor de organisatie die het product aanbiedt.

2.7 Conclusie: Nudging in het belang van de deelnemer

Het gebruik van Big Data en nudging binnen de pensioensector kan zinvol ingezet worden om het keuzegedrag van de deelnemer vanuit een financieel en rationeel perspectief te sturen. Het doel is wat ons betreft besluitvorming om welvaartsmaximalisatie te bevorderen. Dus significante gedragsverandering met behulp van Big Data en nudging mag daarbij vanuit een intuïtief ('Human') perspectief nagestreefd worden maar niet vanuit een rationeel ('Econ') perspectief. Het gaat om het bevorderen van een keuze in het belang van de deelnemer in het licht van een goede oudedagsvoorziening. En deze lange termijn keuze is financieel gezien het beste op economisch rationele gronden te maken.

Tegelijkertijd dient de besluitvorming rekening te houden met een evenwichtige afweging van de belangen van deelnemer en pensioenuitvoerder.

Evenwichtig wil in dit geval zeggen ethisch verantwoord met respect voor de autonomie van het individu doordat:

- 1) De pensioenuitvoerder zorgvuldig het onderscheid aangeeft tussen welvaartsmaximalisatie voor de individuele deelnemer enerzijds en voor de gehele populatie van pensioendeelnemers anderzijds.¹⁸
- 2) De intrinsieke motivatie van de deelnemer laat terugkomen in het kunnen maken van keuzen. De deelnemer zou op basis van keuzevrijheid de mogelijkheid geboden moeten worden om een eigen afwijkende motivatie te hanteren voor het inzetten van zijn pensioengeld.
Bijvoorbeeld: stel een ondergrens van de vervangingswaarde vast wat als minimaal percentage voor annuïteiten zou moeten dienen. Het resterende percentage zou dan gebruikt kunnen worden naar eigen inzicht van de deelnemer. Bijvoorbeeld om in te zetten voor de zorg van familie.

Op deze manier komt een pensioenuitvoerder tegemoet aan de ethische principes van de beginsel- en gevolgenethiek en geeft de deelnemer daarmee de ruimte om zelf verantwoordelijkheid te nemen voor zijn financiële toekomst.

¹⁷ Bedrijfsfethiek een goede zaak. Prof. Dr. R.J.M. Jeurissen (red.) 2006

¹⁸ "In the context of nudging ... why someone would want to be able to choose to do good for the right reasons as understood by that individual and others, rather than be nudged into choosing to do it for the government's reason."

Nudging and human dignity; Christopher Mc Crudden jan 2015.

Hoofdstuk 3) Zorgplicht en juridische kaders

3.1 Inleiding

Wat is juridisch verplicht met betrekking tot big data en nudging?

Het vertrouwen in de pensioensector is laag. Dit vertrouwen kan worden hersteld als uitvoerders communiceren over wat zij doen en ook doen wat zij zeggen. Pensioenuitvoerders moeten daarbij rekening houden met de wettelijke kaders. Dit hoofdstuk schetst de kaders waarbinnen uitvoerders mogen opereren. Achtereenvolgens komen aan de orde: de fundamentele rechten van de mens, de toekomstige privacywetgeving, het publiekrechtelijke (rechtsregels inzake de verhouding tussen overheid en (rechts)personen) toezichtdomein en het privaatrecht (rechtsregels inzake de verhouding tussen personen of rechtspersonen onderling). Langs deze juridische wegen worden de rechten van de deelnemer beschermd. Pensioenuitvoerders dienen zich hiervan bewust te zijn.

3.2 De relatie tussen nudging op basis van big data en fundamentele rechten¹⁹

Nudging kan een inbreuk zijn op zelfbeschikking

Nudging kan zelfbeschikking van individuen vergroten, maar het heeft ook de potentie om keuzeprocessen dusdanig te beïnvloeden dat van echt zelfstandige autonomie geen sprake meer is. Gedragsbeïnvloeding van individuen kan onder omstandigheden aangemerkt worden als een privacybeperking in de zin van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). De Reden is dat de vrije ontplooiing van het individu hiermee in het gedrang kan komen. Het recht van privacy is vastgelegd in artikel 8 EVRM. Ieder individu heeft het recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven en zijn woning. De systematiek van het EVRM is dat eerst moet worden vastgesteld of sprake is van een inmenging in het 'privéleven'. Het zogenoemde proportionaliteitsbeginsel vergt dat er steeds een belangenafweging plaatsvindt. Hiervoor moet worden gekeken naar de omstandigheden van het geval, het algemeen belang en de belangen van het individu²⁰.

In het kader van nudging op basis van big data bestaan er zorgen rondom de bescherming van de individuele vrijheid van burgers. Deze zorg heeft vooral betrekking op het gegevensverwerkingsproces. Meer in het bijzonder gaat het hier om de fase waarin deze gegevens en de daaruit voortvloeiende statistische verbanden, worden gebruikt om het gedrag van individuen te beïnvloeden. Mensen zijn zich niet bewust van het feit dat ze worden beïnvloed en kunnen dus ook geen bewuste, vrije beslissing nemen over hun gedrag. Dit geldt ook als het individu wordt gestuurd richting een bepaalde gedraging die hij zelfstandig ook zou hebben vertoond of als de ongemerkte gedragsbeïnvloeding het individu ten goede komt. Individuele keuzevrijheid omvat immers ook de keuze om het 'slechte' te doen. Daarbij moet worden bedacht dat er in het algemeen weinig zekerheid bestaat over het 'goede'. Het bepalen van het 'goede' is nu iets wat in een liberale democratie aan het individu zelf wordt gelaten, of aan het democratische proces, binnen de grenzen van de rechtsstaat.

¹⁹ Mr. Dr. M. F.M. van den Berg Nudging in Finance, 6 juni 2016, Tijdschrift voor Financieel Recht 6 juni 2016

²⁰ Dat er een inperking op het recht op privacy is, betekent echter nog niet dat deze onrechtmatig is. Lid twee van artikel 8 EVRM stelt immers dat een inperking gelegitimeerd is als deze is voorgeschreven bij wet en noodzakelijk is in een democratische samenleving in verband met de 'nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.'

Het probleem van het sturen van het onderbewuste is dat het de individuele vrijheid kan ondermijnen. Reden is dat het gedrag van burgers ongemerkt wordt gestuurd, zonder dat het individu daar controle over of weet van heeft. Iemand anders stuurt die persoon immers in een bepaalde richting op basis van psychologische mechanismen. In de praktijk vindt er bijna altijd sturing plaats. Dit gebeurt echter vooral door processen waarvan het individu zich bewust is of kan zijn. Nudging kan een inbreuk zijn op zelfbeschikking. Zoals hiervoor in paragraaf 2.3. en deze paragraaf al staat aangegeven, kan nudging de keuzeprocessen van individuen immers dusdanig beïnvloeden dat van echt autonomie geen sprake meer is. Tegelijkertijd zijn er ook nudges die de keuzevrijheid juist versterken door individuen aan te zetten een bewuste eigen keuze te maken zonder hen daarbij op een bepaalde richting in te sturen. Deze nudges die de keuzevrijheid versterken door mensen aan te zetten tot het maken van een bewuste eigen keuze zonder hen daarbij (dwingend) een bepaalde richting in te sturen, lijken de toets van artikel 8 EVRM (recht op privacy) te kunnen doorstaan²¹. Echter, zoals aangegeven dient deze toets altijd per geval te worden bekeken.

3.3 Wie is verantwoordelijk voor de juistheid van de data en het gebruik daarvan? (privacywetgeving)²²

Pensioenuitvoerders krijgen door de invoering van een nieuwe algemene Verordening gegevensbescherming ("de verordening") per 25 mei 2018²³ meer verantwoordelijkheid (met bijbehorende sancties). Daarnaast moeten deelnemers opkomen voor hun privacy. "Privacy compliant" zijn wordt een absolute noodzaak. Deelnemers verwachten in toenemende mate dat hun privacy wordt gerespecteerd. In de verordening worden de volgende uitgangspunten gehanteerd:

- Het *dataminimalisatiebeginsel*: alleen die gegevens mogen worden verzameld die noodzakelijk zijn om een van tevoren vastgesteld doel te bereiken;
- Het *doelbindingscriterium*: gegevens mogen slechts worden verwerkt voor het doel waarvoor ze oorspronkelijk zijn verzameld;
- In het gegevensbeschermingsrecht speelt verder nog *de transparantieplicht*: de verantwoordelijke voor de gegevensverwerking (bijv. de pensioenuitvoerder), heeft de plicht om - redelijkerwijs mogelijk - het datasubject (bijv. de pensioendeelnemer) ervan op de hoogte te stellen dat en waarom er gegevens over hem worden verwerkt.

De verordening heeft meer verplichtingen tot gevolg voor pensioenuitvoerders die persoonsgegevens verwerken. In de verordening wordt meer nadruk gelegd op de verantwoordelijkheid van organisaties om de wet na te leven en om te kunnen aantonen dat volgens de wet worden gehandeld. Organisaties hebben daarom een documentatieplicht. Door de verordening krijgen deelnemers daarnaast meer mogelijkheden om voor zichzelf op te komen bij de verwerking van hun gegevens. Hun privacyrechten worden namelijk versterkt en uitgebreid. Zo moeten organisaties kunnen bewijzen dat ze geldige toestemming van een individu hebben gekregen voor het verwerken van zijn persoonsgegevens. Ook moet het voor individuen net zo makkelijk zijn om hun toestemming in te trekken. Pensioenuitvoerders moeten deze nieuwe voorschriften vóór mei 2018 in hun processen en systemen hebben ingeregeld. Naast versterking van rechten krijgen

²¹ M. Lanzing MA Msc en Mr drs B. van der Sloot en NJB 2017/309 living Labs 6-2-2017

²² Mr. A.M.A.A. Leijssen-Bollen Pensioenmagazine 2016/138 27-10-2016 Nieuwe Europese privacyverordening geldt ook voor Nederlandse pensioenuitvoerders.

²³ Op 4 mei 2016 is de Europese Algemene Verordening Gegevensbescherming gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Unie. Vanaf **25 mei 2018 is deze rechtstreeks van toepassing in alle lidstaten van de Europese Unie.**

individuen ook enkele aanvullende rechten. Te denken valt aan het recht op informatie en toegang, het recht van verzet, het recht op overdraagbaarheid en het recht om vergeten te worden. Nu al hebben individuen het recht om een organisatie te vragen hun persoonsgegevens te verwijderen. Onder de verordening kunnen ze eisen dat de organisatie de verwijdering doorgeeft aan andere organisaties. Individuen krijgen onder voorwaarden ook het recht om van de organisatie hun persoonsgegevens in een standaardformaat te ontvangen. Zelfs kan van een organisatie worden geëist dat de persoonsgegevens direct worden doorgestuurd naar een nieuwe organisatie (indien mogelijk)

Enkele belangrijke onderwerpen uit de verordening komen hierna aan de orde.

- Documentatieplicht: bijhouden register
Een pensioenuitvoerder moet gedocumenteerd kunnen aantonen dat hij de juiste organisatorische en technische maatregelen heeft getroffen om aan de eisen van de verordening te voldoen. De pensioenuitvoerder is verplicht een schriftelijk (of elektronisch) register van persoonsverwerkingen bij te houden én desgevraagd aan de Autoriteit Persoonsgegevens te overhandigen. Zo'n register moet op elk moment een actueel en compleet inzicht geven, zoals: wat wordt opgeslagen, doel van de opslag, bewaartermijn, beveiligingsmaatregelen. Voor organisaties met minder dan 250 medewerkers is het register niet verplicht, uitgezonderd bij structurele verwerking van persoonsgegevens of bij aanzienlijke risico's voor de betrokkenen.
- Informerende deelnemer over rechten
Een aspect dat op veel plaatsen in de verordening terug komt is het informeren van belanghebbenden. Dat kan zijn bij het opslaan van gegevens, inclusief de reden van opslag. Ook bij het toepassen van profilering of koppeling met andere bestanden, of bij verwerving van gegevens uit andere bronnen. Hierbij moet de betrokkene gewezen worden op de rechten die hij heeft voor inzage, intrekking toestemming, wijziging en verwijdering. Dit geldt ook voor pensioenuitvoerders richting deelnemers.
- Niet meer persoonsgegevens verwerken dan strikt noodzakelijk is
Dit betekent dat er technische en organisatorische maatregelen moeten worden genomen om ervoor te zorgen dat standaard uitsluitend persoonsgegevens worden verwerkt die strikt noodzakelijk zijn voor het *specifieke doel* dat de pensioenuitvoerder wil bereiken. Deze noodzakelijkheidseis geldt tevens voor de toegankelijkheid tot de gegevens – wie heeft toegang tot welke gegevens – en de periode dat de gegevens worden bewaard. Daarnaast moet de verwerking, als deze de gebruiker opties biedt over de hoeveelheid informatie die hij wil delen, een standaardinstelling hebben dat privacy zo veel mogelijk wordt gewaarborgd. Dit betekent ook dat dataminimaliseringsprincipes moeten worden toegepast.
- Privacy Impact Assessment
De verordening verplicht verwerkers van persoonsgegevens een zogenoemde “gegevensbeschermingseffectbeoordeling” (ofwel privacy impact assessment (PIA) toe te passen. In een PIA wordt beschreven hoe, hoelang en waarom persoonsgegevens verwerkt worden. De risico's van opslag en verwerking moeten stuk voor stuk worden beoordeeld. Een PIA is in een aantal gevallen verplicht: grootschalige verwerking van bijzondere persoonsgegevens, profilering

en monitoring van openbare ruimten. Het doel van een PIA is om in een vroeg stadium de risico's in te schatten die verwerking van persoonsgegevens met zich meebrengen.

- Bewerkerovereenkomst: verplichte onderdelen

Volgens de huidige Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) is het sluiten van een bewerkerovereenkomst verplicht tussen de verantwoordelijke voor de persoonsgegevens en degene die de persoonsgegevens voor hem verwerkt. De bewerker mag alleen een externe partij inschakelen voor het verwerken van persoonsgegevens na schriftelijke toestemming van de verantwoordelijke.

De verordening noemt onderwerpen die in de bewerkerovereenkomst aanwezig moeten zijn. Hierin moet onder andere volgende worden opgenomen:

- *de doeleinden van de gegevensverwerking;*
- *het soort persoonsgegevens dat wordt verwerkt;*
- *de categorieën van betrokkene op wie de gegevens zien;*
- *het passend beveiligen van de gegevens;*
- *het uitvoeren van audits; en*
- *het na afloop vernietigen of terug leveren van de gegevens aan de verantwoordelijke.*

De bewerker kan voortaan niet meer zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de verantwoordelijke een externe (derde) partij inschakelen om persoonsgegevens te verwerken. Dit betekent dat er geen subbewerkers mogen worden ingeschakeld zonder dat de pensioenuitvoerder hiervan op de hoogte is en toestemming heeft verleend.²⁴

- Datalekken – melding van beveiligingsproblemen

Op grond van de Wet Meldplicht Datalekken geldt er in Nederland momenteel al een meldplicht voor datalekken. Ook in de verordening is deze plicht opgenomen. Op het moment dat er, per ongeluk of opzettelijk, data verloren gaan of in vreemde handen terecht zijn gekomen, moet dit binnen 72 uur aan de Autoriteit Persoonsgegevens worden gemeld. Als het lek waarschijnlijk een hoog risico inhoudt voor de betrokkenen – de personen waar de gegevens betrekking op hebben – moeten zij ook van het lek op de hoogte worden gesteld. Behalve de meldplicht bevat de verordening ook een administratieplicht. Die wordt uitgebreid; de verordening stelt dat 'alle inbreuken', dus ook de niet-meldingsplichtige, moeten worden geadmistreerd. De verordening verbiedt verder de verwerking van bijzondere persoonsgegevens over iemands levensovertuiging, ras, gezondheid, strafrechtelijke gegevens en opgelegde verboden naar aanleiding van onrechtmatig of hinderlijk gedrag, maar ook bijvoorbeeld genetische en biometrische gegevens met het oog op de unieke identificatie van een persoon.

- Sancties: hoge(re) boetes

Onder de verordening kunnen hoge boetes aan verwerkers van persoonsgegevens worden opgelegd: tot 20 miljoen euro, of 4% van de wereldwijde jaaromzet van een organisatie als die

²⁴ Wegens het ontbreken van een bewerkerovereenkomst wordt het mogelijk om een (stevige) boete op te leggen op het niet hebben van een bewerkerovereenkomst, tot wel maximaal 10 miljoen euro of 2% van de wereldwijde omzet. De boete op het niet hebben van een bewerkerovereenkomst gaat dus flink omhoog.

hoger uitvalt. In de praktijk zal over het algemeen eerst een waarschuwing of een bindende aanwijzing worden gegeven. De maximale boetes moeten vooral een sturend effect hebben.

De verordening is een belangrijk publiekrechtelijk beschermingsinstrument. Hieruit volgt dat de bescherming van individuen bij de verwerking van persoonsgegevens een grondrecht is. Zo zegt de verordening onder andere dat toestemming moet worden gegeven voor het gebruik van persoonsgegevens door middel van een duidelijke actieve handeling.

Naast de publiekrechtelijke handhaving van privacybescherming, lijkt ook privaatrechtelijke bescherming nodig te zijn. Te denken valt aan de situatie waarbij oneigenlijk wordt omgegaan met gevoelige data door de verantwoordelijke persoon of organisatie. Daar waar het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP) de bescherming van privacy handhaaft in het algemeen belang, kunnen via het privaatrecht individuele belangen worden beschermd. Deze bescherming op basis van het privaatrecht is als volgt.

3.4 Privaatrecht

Persoonsgegevens worden steeds vaker en op grote schaal verzameld en verwerkt. Vaak weet de betrokkene niet wat er met zijn gegevens gebeurt en of er zorgvuldig mee wordt omgegaan. Het toegenomen gebruik van data en ook oneigenlijk gebruik van persoonsgegevens (bijv. niet alleen voor het aangaan van een abonnement) rechtvaardigt een onderzoek naar de privaatrechtelijke grondslagen. Hierop kan een beroep worden gedaan bij oneigenlijk gebruik van persoonsgegevens en de mogelijke obstakels daarbij.

Organisaties gebruiken vaak algemene (contracts)voorwaarden.²⁵ De praktijk leert echter dat algemene voorwaarden door consumenten nogal gemakkelijk worden aanvaard (ongeacht of deze zijn gelezen). Uitgaande van de situatie dat via acceptatie toestemming is gegeven voor het verzamelen en/of gebruiken van data, dan kan zich de situatie voordoen dat de data op een andere manier worden gebruikt dan hetgeen de consument/deelnemer mocht verwachten. Als sprake is van een onjuiste voorstelling van zaken kan de overeenkomst eventueel worden vernietigd.²⁶ De overeenkomst wordt dan geacht nooit te hebben plaatsgevonden. Meest voor de hand liggend in die situatie is een beroep op dwaling. Die dwaling is te wijten aan een inlichting van de pensioenuitvoerder nu de dwalende deelnemer onjuist zou zijn ingelicht over de wijze waarop zijn persoonlijke gegevens worden gebruikt. De inlichting (mededelingsplicht) van bedrijven strekt er volgens rechtspraak toe de onvoorzichtige contractspartij te beschermen.²⁷

Voorgaande betekent concreet dat de pensioenuitvoerder:

- (1) de juiste stand van zaken kent, althans mag geacht worden die te kennen;
- (2) weet of moet weten dat het bewuste punt voor de ander belangrijk is;
- (3) rekening moet houden met de mogelijkheid dat de ander dwaalt.

In het geval dat vaststaat dat er een mededelingsplicht is, zou de mededeling onder omstandigheden de vorm van een waarschuwing moet krijgen; waarschuwen en mededelen zijn nauw verbonden. Bij oneigenlijk gebruik van data zal een belangrijke overweging zijn in hoeverre het op de hoogte zijn van

²⁵ Uit art. 6:233 sub b jo. 6:234 lid 1 BW vloeit een informatieplicht voor de gebruiker van algemene voorwaarden voort op straffe van vernietigbaarheid: de gebruiker moet de voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst (art. 6:234 lid 2 BW). ²⁵Voor de verlening van toestemming is een eenzijdige rechtshandeling voldoende en aanvaarding van de toestemming is niet nodig.

²⁶ art. 6:228 BW

²⁷ art. 6:228 BW

de daadwerkelijke doeleinden waarvoor de data worden gebruikt voor de consument/deelnemer van belang zou zijn geweest bij het sluiten van de overeenkomst (het causaal verband), zal afhangen van de omstandigheden van het geval of een mededelingsplicht wordt aangenomen. Ten slotte, de ratio van de mededelingsplicht²⁸ uit het Burgerlijk Wetboek (BW) (mededelen ter bescherming van de deelnemer) komt overeen met de zorgvuldigheidsnorm die voortvloeit uit diezelfde wet.

3.5 Zorgplicht met betrekking tot het gebruik van big data ?²⁹

Bovenstaande roept de vraag op welke zorgplichten gelden voor degene die de data verzamelt en gebruikt. In de literatuur is het thema zorgplicht vooral belicht vanuit verplichtingen van financiële instellingen en specifieke beroepsgroepen. Op hen rusten veelal wettelijke informatie- en waarschuwingsplichten. Specifiek voor het gebruik van data zijn nog geen privaatrechtelijke zorgvuldigheidscriteria ontwikkeld, terwijl het voor de wederpartij van de gebruiker van persoonsgegevens belangrijk is volledig en expliciet te worden geïnformeerd op het moment dat hij de overeenkomst aangaat.

Bij het handelen in strijd met deze wettelijke (zorgvuldigheid)snormen, heeft het individu een aantal rechtsmiddelen tot beschikking. Te denken valt aan het volgende.

➤ Ongedaanmaking overeenkomst

Eventueel zou een beroep kunnen worden gedaan op vernietigbaarheid (lees: ongedaanmaking) van de overeenkomst. Bijvoorbeeld bij een geslaagd beroep in het geval er geen redelijke mogelijkheid is geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen.³⁰ Ook bij een geslaagd beroep op dwaling kan de overeenkomst (of de betreffende afspraak als onderdeel hiervan) vernietigbaar zijn.³¹

De vraag is of dit nu een passende sanctie is in de situatie dat persoonsgegevens oneigenlijk zijn gebruikt. Een vernietiging van de overeenkomst heeft terugwerkende kracht.³² Hieruit vloeien ongedaanmakingsverplichtingen voort, maar de teruggave van data aan de deelnemer/consument zal vermoedelijk praktische problemen opleveren. Het individu kan in dat geval een beroep een uitkering in geld vorderen indien de ingetreden gevolgen (de verspreiding van data) bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt.³³

➤ Onrechtmatige daad

Vernietigbare overeenkomsten op grond van dwaling gaan vaak gepaard met aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan een alternatief zijn als een beroep op dwaling niet het gewenste effect heeft. Voor het verkrijgen van schadevergoeding zal een beroep moeten worden gedaan op onrechtmatig handelen.³⁴ Aan dit criterium is bij oneigenlijk gebruik van data evident voldaan. De wettelijke grondslag voor onrechtmatig handelen vloeit voort uit de hiervoor beschreven verordening. Hierin staat omschreven dat persoonsgegevens in overeenstemming met de wet en op 'behoorlijke en zorgvuldige wijze' moeten worden verwerkt.

²⁸ Artikel 6:228 BW

²⁹ Mr. W.H.F.M. Cortenraad LL.M (raadsheer in het Gerechtshof Amsterdam) Ondernemingsrecht 2012/128 Hoe bijzonder is de bijzondere zorgplicht?

³⁰ 6:233 sub b jo. 6:234 lid 1 BW

³¹ ex art. 6:228 BW

³² 3:53 lid 1 BW

³³ 3:53 lid 2 BW

³⁴ 6:162 BW

Bijkomend voordeel van een onrechtmatige daads-vordering is dat de overeenkomst in stand blijft en slechts schadevergoeding wordt gevorderd.

➤ *Wanprestatie*

De vraag is of wanprestatie een privaatrechtelijke oplossing is waarop een succesvol beroep kan worden gedaan bij oneigenlijk gebruik van persoonsgegevens. De tekortkoming bestaat er dan in dat persoonsgegevens op een andere wijze worden gebruikt dan waarvoor eerder door de betrokkene toestemming is gegeven. Mogelijk is dan schadevergoeding op zijn plaats. In dat geval rijst de vraag wat de schade in geval van oneigenlijk gebruik van data precies inhoudt. De vraag is ook of er voldoende belang is om de betreffende gegevens terug te krijgen. Illustratief is een oordeel van het CBP over een organisatie die tablets verhuurde en in strijd handelende met de Wbp. Ten aanzien van de geleden schade oordeelde het CBP dat het gaat om *'gevoelige persoonsgegevens, waaraan allerlei conclusies kunnen worden verbonden met gevolgen in het (latere) maatschappelijk leven'*. Dit criterium brengt mogelijk een voldoende concrete benadeling mee op basis waarvan vergoeding in het BW gerechtvaardigd is en voldoende onderscheidend is om iedere krenking onder het schadebegrip te brengen.

3.6 Wie is verantwoordelijk voor de gevolgen van de keuzes die een deelnemer op basis van data maakt?³⁵

Een financiële instelling moet haar gedrag mede laten leiden door de belangen die voor het individu met de betrokken overeenkomst zijn gemoeid. De instellingen putten daarbij uit hun specifieke deskundigheid op het gebied dat door die overeenkomst wordt bestreken, en met aandacht voor de individuele omstandigheden die voor het individu van betekenis zijn.³⁶ Wanneer een contract ontbreekt, volgt de zorgplicht uit hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.³⁷ Dit betekent dat instellingen zich de belangen van derden moeten aantrekken. Dat is het geval als deelnemers/consumenten voor de bescherming van hun belangen mede afhankelijk zijn van de instelling en deze daarmee bekend is of moet worden geacht. Het gaat hierbij vooral om personen met wie de instelling een contract wil aan gaan waaraan voor hen financiële risico's zijn verbonden, ongeacht wie daartoe het initiatief heeft genomen.

De bijzondere zorgplicht beoogt de bescherming van een tot op zekere hoogte kwetsbare marktpartij te bewerkstelligen. Het heeft als doel om cliënten van financiële instellingen te beschermen tegen 'het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht', waartoe ook behoort het gevaar van 'overwegend op emotionele gronden genomen beslissingen'. Het gaat hierbij vooral om gevallen waarin de consument wordt blootgesteld aan financiële risico's die hij naar verwachting niet of niet volledig zelfstandig kan overzien of waarvan de gevolgen zijn draagkracht mogelijk te boven gaan en gevallen waarin voor de consument niet eenvoudig te bevatten verplichtingen ontstaan die om

³⁵ Mw. mr. dr. S. van Gulijk en Mw. mr. D.J.B. Op Heij (Tilburg Institute for Private Law) 04-06-2016 WPNR 2016(7110) Oneigenlijk gebruik van data: een verkenning van privaatrechtelijke oplossingen

³⁶ Als tussen de betrokken partijen een contract bestaat is de bijzondere zorgplicht van de financiële instelling een rechtsgevolg van de eisen van redelijkheid en billijkheid waarnaar de instelling zich als professionele en op financieel gebied bij uitstek deskundig te achten dienstverlener/pensioenuitvoerder tegenover haar cliënt/deelnemer dient te richten. De grondslag is dan de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid bedoeld in art. 6:248 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW). Op grond van art. 7:401 BW bestaat bij opdracht de verplichting, 'de zorg van een goed opdrachtnemer' in acht te nemen. Deze ziet slechts op de wijze van uitvoering van aan de instelling opgedragen werkzaamheden en heeft hierdoor naar haar aard een beperktere omvang dan de bijzondere zorgplicht.

³⁷ De grondslag is in dit geval art. 6:162 lid 2 BW. De hierin neergelegde betamelijkheidsnorm stelt aan financiële instellingen overeenkomstige eisen van redelijkheid en billijkheid.

andere redenen met zijn belangen op gespannen voet staan, bijvoorbeeld omdat zij strijdig zijn met het doel dat hem voor ogen staat. Voor het aannemen van een bijzondere zorgplicht is niet vereist dat de financiële instelling het betrokken gevaar zelf in het leven heeft geroepen, maar wel dat zij dit kent of moet worden geacht te kennen.

De strekking van de bijzondere zorgplicht betekent ook dat deze eindigt waar de cliënt van de financiële instelling voor hem inzichtelijke risico's heeft aanvaard, ook als de verwezenlijking van die risico's hem naderhand reden geeft om dit te betreuren. Onder aanvaarding moet mede worden begrepen het geval waarin de instelling daarop redelijkerwijs mocht vertrouwen dat de deelnemer/consument geen beroep op schending van een zorgplicht toekomt.³⁸

Kortom, zowel voor de aanvaarding van bepaalde risico's door de consument als voor een gerechtvaardigd vertrouwen hierop door de instelling is niet voldoende dat de consument tegenover de instelling heeft verklaard zich bewust te zijn van de risico's die voor hem uit een rechtsbetrekking of uit daarbij overeengekomen handelingen voortvloeien, bijvoorbeeld door ondertekening van een hem door de instelling voorgelegde gestandaardiseerde schriftelijke verklaring met een dergelijke inhoud.

Gedragsvoorschriften

Publiekrechtelijke gedragsvoorschriften die tot financiële instellingen zijn gericht hebben ook de bescherming van de consument tot doel.³⁹ Dit is uitgewerkt in een groot aantal bepalingen die het gedrag van financiële instellingen in hun relatie tot individuen voorschrijven. Hierbij valt te denken aan bepalingen die de instelling verplichten vooraf zekere informatie bij de cliënt in te winnen of aan deze te verstrekken in verband met de door haar te verlenen diensten. De publiekrechtelijke aard van de Wet op het financieel toezicht (Wft) brengt mee dat het daarin bepaalde in beginsel geen deel uitmaakt van de privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen tussen financiële instellingen en hun cliënten.⁴⁰

De handhaving van de gedragsvoorschriften in de Wft en lagere regelgeving is evenmin op privaatrechtelijke leest geschoeid en staat niet in dienst van particuliere belangen, maar van het publieke belang bij naleving van die voorschriften. Deze handhaving is opgedragen aan de Autoriteit Financiële Markten (AFM). Het gaat hier bijvoorbeeld om voorschriften waarbij een financiële instelling verplicht is zich op te hoogte te stellen van de financiële positie, de deskundigheid, de ervaring, de doelstellingen en de risicobereidheid van een consument.⁴¹ Of bijvoorbeeld de verplichting van het vooraf inwinnen van informatie over de kennis en ervaring van de consument⁴² waardoor de financiële instelling wordt verplicht om zich in de financiële positie van de consument te verdiepen.⁴³ Deze elementen kunnen in de bijzondere zorgplicht doorwerken. De bijzondere zorgplicht houdt echter een op zichzelf staande verplichting in, waarvan de betekenis steeds zelfstandig moet worden vastgesteld en die zowel beperkter als ruimer kan zijn dan de publiekrechtelijke regels die financiële instellingen moeten naleven.

³⁸ art. 3:35 BW

³⁹ Uit art. 1:25 lid 1 Wet op het financieel toezicht blijkt dat financiële instellingen zijn gehouden tot een 'zorgvuldige behandeling van cliënten', waartoe zowel behoren personen aan wie de instelling financiële diensten verleent als personen aan wie zij de mogelijkheid daarvan voorhoudt.

⁴⁰ Art. 1:23 Wft bepaalt dan ook met zoveel woorden dat de geldigheid van privaatrechtelijke rechtshandelingen verricht in strijd met de bij of krachtens de Wft gestelde regels 'niet uit dien hoofde aantastbaar' is, behalve voor zover de Wft daarover iets anders zegt, zodat zulke rechtshandelingen in beginsel niet aan nietigheid of vernietigbaarheid op grond van art. 3:40 lid 2 BW onderworpen zijn.

⁴¹ art. 4:23 lid 1 Wft opgenomen en in art. 80a en 80c Besluit Gedragstoezicht Wft uitgewerkte voorschrift

⁴² art. 4:24 lid 1 Wft

⁴³ art. 4:34 lid 1 Wft

De stelling dat de privaatrechtelijke zorgplicht van financiële instellingen niet verder kan reiken dan de gedragsvoorschriften die in publiekrechtelijke regelgeving zijn neergelegd zijn door de Hoge Raad uitdrukkelijk onjuist bevonden. Hun doorwerking in de bijzondere zorgplicht – waaruit een zekere samenhang kan worden afgeleid – versterkt de mate waarin de publiekrechtelijke gedragsregels voor financiële instellingen de consument beschermen. Dit geeft tegelijk een middel in handen om - door aansprakelijkstelling van de betrokken instelling wegens schending van haar zorgplicht - zijn schade bij niet-naleving van die voorschriften te verhalen. De mogelijkheid van schadeverhaal heeft bovendien preventieve werking: zij prikkelt financiële instellingen tot naleving van de wettelijke (gedrags)regels uit de Wft ter bescherming van de consument. Met het voorgaande is tevens het zelfstandige bestaansrecht van de bijzondere zorgplicht als regel van burgerlijk recht naast de publiekrechtelijke gedragsregels gegeven.

3.7 Conclusie vanuit juridische invalshoek; nudging mogelijk

Een pensioenuitvoerder moet er rekening mee houden dat er sprake is van regelgeving die in acht moet worden genomen bij het verzamelen van big data en het uitvoeren van nudges. Zo moet rekening worden gehouden met publiekrechtelijke voorschriften; (denk aan privacywetgeving). Dit betekent onder andere dat alleen die gegevens mogen worden verzameld die noodzakelijk zijn om een van tevoren vastgesteld doel te bereiken en slechts mogen worden verwerkt voor het doel waarvoor ze oorspronkelijk zijn verzameld. Daarnaast moet de deelnemer op de hoogte worden gesteld dat en waarom er gegevens over hem worden verwerkt (verzamelen big data). Verder is op basis van het EVRM naar onze mening nudging toegestaan. Voorwaarde is dat de deelnemer zich ervan bewust is dat sprake is van nudging en het mogelijk is om - tegen de nudge in – hiervan af te wijken (waaronder de mogelijkheid om toch voor de 'slechte' variant te kiezen). De handhaving van de gedragsvoorschriften in de Wft en lagere regelgeving staat niet in dienst van particuliere belangen, maar van het publieke belang bij naleving van die voorschriften. Een belangrijk aspect van -deze voorschriften betreft de verplichting van het vooraf inwinnen van informatie over de kennis en ervaring van de consument⁴⁴ waardoor de financiële instelling wordt verplicht om zich in de financiële positie van de consument te verdiepen.⁴⁵

De hiervoor genoemde elementen kunnen in de bijzondere zorgplicht doorwerken in het privaatrecht dat in dienst staat van particuliere belangen. Op basis van het privaatrecht wordt de pensioenuitvoerder geacht de juiste stand van zaken te kennen; wordt geacht te weten dat het bewuste onderwerp voor de ander belangrijk is en moet er rekening mee houden dat de ander mogelijk dwaalt (handelt op basis van een onjuiste veronderstelling van zaken). In dat laatste geval kan door de deelnemer eventueel een beroep worden gedaan op wanprestatie of onrechtmatige daad door de pensioenuitvoerder. Mogelijk gevolg hiervan kan zijn het ongedaan maken van de onderlinge verplichtingen (lees: de gevolgen van de nudge) en/of het toekennen van schadevergoeding door de pensioenuitvoerder aan de deelnemer.

Bovenstaande regels dienen per geval te worden bekeken. In de praktijk dient de pensioenuitvoerder hier evenwichtig mee om te gaan. Het draait om het geven van goede informatie aan de deelnemer en deze proberen te behoeden voor grote financiële risico's (bijvoorbeeld slechte keuzes ten aanzien van zijn pensioen). De pensioenuitvoerder moet zich er van vergewissen of de deelnemer bewust bepaalde risico's heeft aanvaard (vooraf), mede ter voorkoming van aansprakelijkstelling en eventuele financieel nadelige gevolgen.

⁴⁴ art. 4:24 lid 1 Wft

⁴⁵ art. 4:34 lid 1 Wft

Hoofdstuk 4) In hoeverre mogen pensioenfondsen naar onze mening paternalistisch optreden?

(i) Keuzesturing o.b.v. big data en nudging

Uit dit artikel valt op te maken op keuzesturing op basis van nudging en big data mogelijk is. Nudges afgestemd op pensioen alleen zijn niet genoeg. Deelnemers hebben behoefte aan nudges die zijn afgestemd op de integrale financiële planning. De keuze gaat in veel gevallen tussen pensioensparen of de hypotheek aflossen, de uitvaartverzekering betalen of de premie gebruiken voor een extra donatie voor een nabestaandenpensioen. Het valt naar onze mening daarom vooral aan te bevelen te zorgen voor goede defaults op het gebied van financiële keuzes. Toevoegen dat de deelnemer zelf kan beschikken over defaults en dat hij iets anders mag kiezen. Tegelijkertijd moet onder ogen worden gezien dat sommige beslissingen te ingewikkeld zijn om zelfstandig te worden genomen. Bepalend is om deelnemers te informeren op de voor- en nadelen en over de mogelijkheden van bepaalde keuzes m.b.t. hun financiële planning. Cruciaal hierin is hoe pensioenuitvoerders deze informatie onder de aandacht brengen bij de deelnemer. De wijze van communicatie dient afgestemd te zijn op het desbetreffende individu. Soms moet bijvoorbeeld een nudge worden gegeven waaruit volgt dat de gang naar een adviseur het beste is. Als pensioenuitvoerders willen nudgen en de markt wenst dat deelnemers hun eigen financiële planning ter hand nemen, dan is het naar onze mening van belang om op basis van big data en nudging financiële en pensioen producten aantrekkelijk en interessant te laten zijn. Maak hiervoor gebruik van de tactieken van wederkerigheid, sociale bevestiging en autoriteit.

Pensioenuitvoerders moeten bij de keuzesturing op basis van big data en nudging rekening houden met een aantal ethische en juridische aandachtspunten. Hiermee wordt het volgende bedoeld.

(ii) Ethische aandachtspunten

Keuzesturing door de pensioenuitvoerder met behulp van Big Data en nudging kan het financieel zelfmanagement van de deelnemer adequaat ondersteunen. Dit kan worden bereikt door de complexiteitsreductie van keuzeopties te waarborgen en tegelijk te zorgen voor een zo'n optimaal mogelijk keuzeproces in het belang van de deelnemer. Hiermee geven we duiding over wat de adviesrol van de pensioenuitvoerder moet inhouden met het gebruik van nudging vanuit een ethisch verantwoord perspectief. Aangezien het nudgen stuurt op het intuïtieve aspect van menselijk keuzegedrag moet een reflectief karakter in de keuzearchitectuur worden ingebouwd, zodat de deelnemer in staat wordt gesteld om te rationaliseren wat hij kiest als hij dat wenst. Het houdt in dat naast het aanpassen van de keuze architectuur op het pensioenproduct:

- de deelnemer te allen tijde de volledige keuzevrijheid behoudt en,
- de pensioenuitvoerder zich rekenschap geeft over het feit dat de deelnemer lang niet altijd op rationele gronden keuzen maakt

Het inzetten van nudging met behulp van het verzamelen van Big Data moet wat ons betreft gericht zijn op een calculerend economisch perspectief waarbij de minimale vervangingsratio als ondergrens wordt aangegeven)

(iii) Juridische aandachtspunten

Vanuit juridisch perspectief moet de pensioenuitvoerder er rekening mee houden dat bij nudging en financieel zelfmanagement door de deelnemer sprake moet zijn van keuzevrijheid op basis van het EVRM. Gegevens verzameling (begrijpt de deelnemer wat deze doet, is deze draagkrachtig etc.) is een absolute noodzaak. Deze data worden beschermd door de privacywetgeving waar de

pensioenuitvoerder aan moet voldoen. Behalve publiekrechtelijke voorschriften bestaan ook bijzondere zorgplichten richting de deelnemer. Daardoor is het van belang om goede informatie te geven aan de deelnemer en deze te behoeden voor grote risico's (pensioen is levensbehoefte). De pensioenuitvoerder moet zich er van vergewissen of de deelnemer bewust bepaalde risico's heeft aanvaard (vooraf), mede ter voorkoming van aansprakelijkstelling.

Ten aanzien van de onderzoeksvraag komen wij tot de volgende slotconclusie

(iv) Slotconclusie:

In hoeverre mogen pensioenuitvoerders paternalistisch optreden ten bate van hun deelnemers en wat betekent dat voor het gebruik van big data en nudging? Welke vorm van vrijheid moeten we de deelnemer daarbij bieden in het licht van financieel zelf management?

Op grond van voorgaande komen wij tot de conclusie dat pensioenuitvoerders in het belang van de deelnemer libertair paternalistisch mogen optreden. Dit betekent dat naar onze mening de deelnemer verleid zou mogen worden om de financiële planning ter hand te nemen. Daarnaast houdt dit in dat vanuit economisch welvaartsperspectief een goede keuze moet worden aangeboden en dat moet worden aangetoond wat de ondergrens is van de vervangingswaarde. Bovendien moet de deelnemer worden ingelicht dat sprake is van nudging en moet de mogelijkheid worden geboden om hiervan af te wijken. Ook moet de deelnemer worden ingelicht over de data die de pensioenuitvoerder heeft verzameld over de deelnemer en moet de uitvoerder de deelnemer wijzen op de rechten die deze met betrekking tot die data heeft. Tot slot dient de pensioenuitvoerder voor wat betreft de bijzondere zorgplicht zich te vergewissen van het kennis niveau van de deelnemer en te verifiëren of deze al dan niet dwaalt en een welbewuste keuze maakt.

Dit dient per geval te worden bekeken. Pensioenuitvoerders dienen hier evenwichtig mee om te gaan. Bovengenoemde aandachtspunten kunnen hierbij houvast bieden.

Literatuurlijst.

1. Ars Aequi februari 2017 Wat weet mijn auto nog meer? Juridische bescherming by design in tijden van het Internet van de Dingen Mireille Hildebrandt
2. PensioenMagazine 2016/138 Nieuwe Europese privacyverordening geldt ook voor Nederlandse Pensioenuitvoerders Marie-Ange Leijssen, datum 27-10-2016.
3. Licht op de digitale schaduw Verantwoord innoveren met big data. Rapport van de expertgroep Big data en privacy aan de minister van Economische Zaken (augustus 2016)
4. BIG DATA ETHICS Neil M. Richards* Jonathan H. King
5. Nudging in Finance Verschuiving van het rationele naar het intuïtieve klantbelang in het Nederlandse toezicht mr. dr. M.F.M. van den Berg 6. WPNR 2016/7110 Oneigenlijk gebruik van data: een verkenning van privaatrechtelijke oplossingen
6. Effectieve ondersteuning van zelfmanagement voor de consument. Artikel netspar: Lapperre, Oerlemans en Dellaert 2016.
7. Big data: een game changer voor de pensioen- en verzekeringssector? Artikel netspar pensioen innovatie programma 2016: Bode, Gijsen, Ewijk en Grootevheen.
8. Slaves to big data. Or are we? Artikel IDP oktober 2013: Mireille Hildebrandt
9. Pensioen, keuze en de rol van de pensioenprofessional. Artikel Netspar: Ponds, Steenbeek en Vonken.
10. De menselijke beslisser, pg. 31. Tiemeijer, Thomas en Prast
11. Maarten van Rooij; "Een consumentenperspectief op pensioenkeuzes". ESB Dossier Keuzevrijheid en pensioenen.
12. The Definition of Nudge and Libertarian Paternalism: Does the Hand Fit the Glove? Pelle Guldberg Hansen. EJRR 1 2016
13. Bedrijfsethiek een goede zaak, Prof. Dr. R.J.M. Jeurissen (red.) 2006
14. Nudging and human dignity; Christopher Mc Crudden 2015
15. De trackende werkgever: ethische reflectie op leefstijl beïnvloeding door het gebruik van apps. Eveline Boter, Sanne van Dam, Anne Schaap 2016
16. De essentie van social media. Sjoerd de Vries en Wouter Vollenbroek 2012
17. Big Data: Too Big to Ignore. Wat organisaties kunnen leren van Amerikaanse presidentsverkiezingen. Drs. Laurens Aakster en drs. Ron Keur. Compact 2012
18. Pensioen, Keuze en de Rol van de Pensioenprofessional; Netspar Academic series. Eduard Ponds, Onno Steenbeek en Joyce Vonken 2016
19. Bronnen * DDMA Data Driven Marketing Onderzoek 2016 * Marketingfacts * IT Talent College
20. Debate: To nudge or Not to Nudge; Daniel M. Hausman and Brynn Welch. Article in Journal of Political Philosophy, November 2009.
21. Libertarian Paternalism; Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein. The American Economic Review Vol. 93 No. 2. Jan – May 2003