

Onderzoekstudie rondom consumentenbeleid in de digitale economie

Prof.mr. Vanessa Mak & mr. Femke Schemkes



Tilburg University

Februari 2020

In opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat

Onderzoekstudie rondom consumentenbeleid in de digitale economie

Prof.mr. Vanessa Mak & mr. Femke Schemkes

Tilburg University

I. Inleiding

Met de platform economie is – vanuit de consument gezien – een revolutie binnen de economische ordening gaande. De klassieke relaties tussen consument-bedrijf (off-line en online) zijn veranderd in driehoeksrelaties (B-P-C of C-P-C) of hybride relaties (in hetzelfde platform zowel C-P-C én B-P-C). Waar de klassieke consumentenbescherming de ongelijkheid tussen handelaar en consument probeert te herstellen, is er nu een driedimensionale ongelijkheid. De macht ligt steeds meer bij het platform en niet zozeer bij de handelaar of de consument. Bovendien brengen de ontwikkelingen in datavergaring, artificiële intelligentie (algoritmes, profiling, IoT) en automatisering nieuwe kwetsbaarheden bij de consument teweeg, waar de ‘klassieke’ consumentenwetgeving geen antwoord op heeft. Voeg daarbij ook de opkomst van nieuwere marktordeningsmodellen (bijv. sharing economy, circular economy) waar de ondernemingsstimulus niet alleen op financiële winst en groei ligt maar steeds meer op duurzaamheid, community en ethiek, en waarbij bovendien de scheidingslijn tussen consument en aanbieder vervaagt, en het is duidelijk dat het alleen het verbeteren van het bestaande consumentenbeleid geen future-proof antwoord is. De verandering van de online markt is zo fundamenteel dat dit een grondige heroverweging vraagt van het consumentenbeleid, alsmede ideeën over of en zo ja welke mate van bescherming nodig is voor welke partij.

Deze snelle digitale omwentelingen vragen ook een hernieuwde kijk naar de rol van de overheid in de economische ordening. Waar is regelgeving wenselijk en waar noodzakelijk? Hoe maken we regelgeving toekomstbestendig? Op welke punten in het online commerciële proces is de consument het meest kwetsbaar?

(Fragment uit onderzoeksopzet van het Ministerie van EZK d.d. 17 september 2019)

Het Ministerie van EZK signaleert een aantal ingrijpende veranderingen in consumentenmarkten, in het bijzonder het toenemend gebruik van digitale technologieën en dataverwerking, de opkomst van online platformen, en de groeiende aandacht voor duurzaamheid. Deze ontwikkelingen creëren kansen voor consumenten die zelfstandig en weloverwogen handelen, met kennis van digitale media en van hun rechtspositie. Tegelijkertijd worden andere consumenten kwetsbaarder doordat zij de risico's van bijvoorbeeld het gebruik van persoonsgegevens of van de marktpraktijken van online platformen onvoldoende kunnen inschatten.

Het bestaande consumentenbeleid lijkt onvoldoende handvatten te bieden om de bescherming van consumenten te waarborgen in deze veranderende economische orde. De vraag is hoe de overheid op deze uitdagingen moet reageren. Die vraag wordt in dit stuk besproken aan de hand van de volgende onderzoeksvraag:

Hoe kan het consumentenbeleid toekomstbestendig worden gemaakt voor de ‘digitale consument’?

De structuur van dit rapport is als volgt. Paragraaf II geeft een aantal definities en beschrijft de afbakening van het onderzoek. Paragraaf III bakent de vraagstelling nader af aan de hand van een probleemanalyse. In kaart wordt gebracht welke juridische problemen zich voordoen ten aanzien van

de digitale consument in de platformeconomie en in relatie tot data en digitale diensten. Paragraaf IV en V behandelen twee deelvragen:

Waar is regelgeving wenselijk en waar noodzakelijk?

Welke alternatieven bestaan voor consumentenbeleid in de digitale economie?

Paragraaf VI komt terug op de hoofdvraag hoe het consumentenbeleid toekomstbestendig kan worden gemaakt voor de digitale consument en presenteert een aantal algemene bevindingen.

II. Definities en afbakening van het onderzoek

Het onderzoek richt zich op beleid ten aanzien van 'de consument', waaronder wordt verstaan de eindgebruiker van producten of diensten. In juridische zin gaat het om een natuurlijk persoon, niet handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf (cf. art. 6:230g lid 1 sub a BW; art. 7:5 lid 1 BW).

Consumentenrecht is in beginsel van toepassing op overeenkomsten die een consument aangaat met een wederpartij die wel beroeps- of bedrijfsmatig handelt. De wederpartij is dan een handelaar (art. 6:230g lid 1 sub b BW), een verkoper (art. 7:5 lid 1 BW), of een anderszins professionele aanbieder (zie bijv. ook art. 7:57 lid 1 sub b BW voor consumentenkrediet, art. 7A:500 sub g BW voor pakketreizen).

In de digitale economie zijn deze definities niet meer geheel passend voor de rechtsverhoudingen die tussen partijen ontstaan. Voor aanbieders is bijvoorbeeld in veel gevallen niet duidelijk of ze beroeps- of bedrijfsmatig handelen. Veelal begint een particulier op kleine schaal met het aanbieden van producten of diensten via een online platform en neemt de omvang van die activiteit geleidelijk toe. Waar het omslagpunt ligt tussen particuliere en professionele aanbieders, en welke rechten en verplichtingen voor hen moeten gelden, heeft in deze context geen eenduidig antwoord. Wij gaan in para. IV verder in op deze problematiek.

De studie is, aansluitend op de kern van het consumentenrecht, in hoofdzaak gericht op de economische verhoudingen tussen consumenten en aanbieders. Consumentenrecht in deze zin omvat het consumentencontractenrecht, alsmede overige regels van algemeen contractenrecht, en het aansprakelijkheidsrecht. Handhaving wordt waar relevant besproken. In het bijzonder kan daarbij worden gedacht aan de bevoegdheden van de Autoriteit Consument & Markt (ACM) ten aanzien van de handhaving van consumentenrecht. Daarnaast staat voor individuele consumenten en onder bepaalde voorwaarden voor belangenorganisaties de weg naar de civiele rechter open.

Aanpalende gebieden die raken aan het beleid ten aanzien van de digitale consument zijn de regelgeving ter bescherming van persoonsgegevens (Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG)),¹ het mededingingsrecht, en grondrechtenbescherming (bijv. met betrekking tot vrijheid van meningsuiting, en waarborgen bij alternatieve geschillenbeslechting). Waar relevant zullen wij bespreken welke vragen op deze terreinen spelen die het beleid ten aanzien van de digitale consument raken.

III. Probleemanalyse

Om toekomstig beleid te bepalen is het ten eerste van belang om in kaart te brengen welke juridische problemen zich voordoen met betrekking tot de digitale consument. Wij doen dat voor twee onderdelen: ten eerste de positie van de consument in de platformeconomie, en ten tweede de

¹ Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG, *Pb EU* 2016, L 119/1 (Algemene Verordening Gegevensbescherming, verder: AVG).

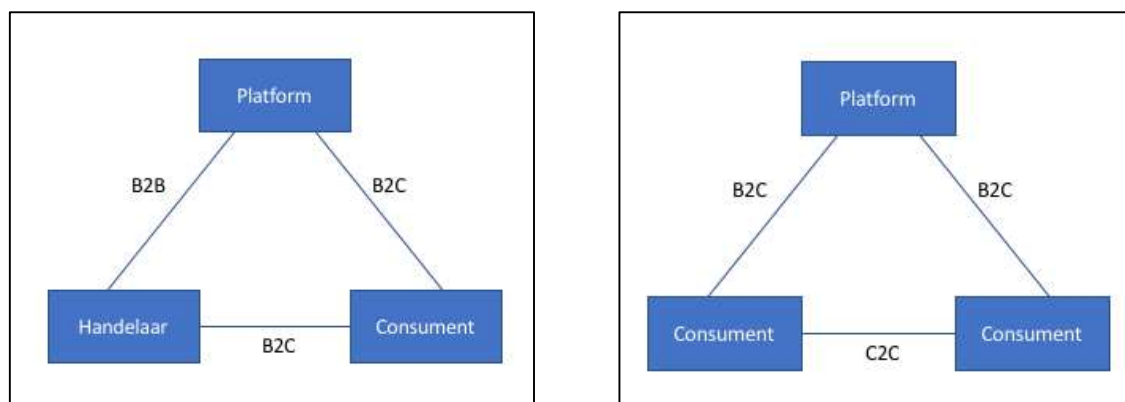
positie van de consument in relatie tot data en digitale diensten. Hoewel op sommige punten overlap bestaat, bijv. omdat platformen gebruik maken van consumentendata, zijn de problemen op deze twee onderdelen voldoende onderscheidend om ze apart te behandelen. Bij platformen geeft in het bijzonder de driehoeksverhouding tussen platform, aanbieder en consument aanleiding tot problemen. In geval van data ligt het zwaartepunt bij de verhouding tussen economische, contractuele relaties tussen consumenten en bedrijven en de bescherming van persoonsgegevens. Een probleem dat beide onderdelen raakt is hoe de machtspositie van platformen ten opzichte van consumenten kan worden bewaakt of, waar nodig, ingeperkt.

1. Platformen

De platformeconomie heeft consumentenmarkten ingrijpend veranderd. Platformen als Airbnb en Uber maken het mogelijk voor particulieren om zelf diensten en producten aan te bieden aan andere particulieren. Het keuzeaanbod voor consumenten wordt daarmee vergroot. Bovendien creëren platformen ruimte voor innovatie: zij bieden diensten aan in markten die vergaand gereguleerd zijn (hotel- en vakantieaccommodatie, taxidiensten), maar vallen zelf veelal buiten de kaders van bestaande regulering. De verhuur van vakantiewoonruimte via Airbnb is bijvoorbeeld in beginsel particuliere woningverhuur, niet een dienst die kwalificeert als hotel of bed-and-breakfast. De kenmerken van de aangeboden woonruimte en voorzieningen en de overige voorwaarden voor verhuur zijn daardoor vrij in te vullen door de verhuurder. Als gevolg kunnen consumenten voor vakantie kiezen tussen een standaard hotelkamer of een – mogelijk zelfs goedkoper – appartement waar zij wonen ‘als een local’.

Het huidige consumentenbeleid in Nederland en in Europa krijgt echter moeilijk grip op de keerzijde van de platformeconomie: het gebruik van nieuwe business models leidt in veel gevallen tot een verlies aan consumentenbescherming in vergelijking met bestaande markten waarin professionele aanbieders en particuliere consumenten met elkaar contracteren. In de platformeconomie ontstaat een complexere driehoek van rechtsverhoudingen, waarin het platform een centrale plaats inneemt. In een figuur weergegeven zien de meest voorkomende business models van platformen er als volgt uit:

Figuur 1. Driehoeksverhoudingen platform, aanbieder en consument



Het business model aan de linkerzijde wordt gebruikt door platformen als Amazon, Alibaba, Bol.com en Booking.com. Zij bieden (deels) een platform voor derde-handelaren om producten en diensten aan consumenten aan te bieden. Het platform kan in deze constructie ook zelf aanbieder zijn van concurrerende producten, zoals bij Amazon en Bol.com het geval is. In Nederland bestaan ook veel kleinere platformen die logistieke diensten aanbieden om contracten tussen handelaren en

consumenten te faciliteren. Voorbeelden zijn Thuisbezorgd.nl en Uber Eats, beide bezorgdiensten voor restaurantmaaltijden aan huis.

Het business model aan de rechterzijde wordt gebruikt door platformen als Airbnb, Uber, Peerby, en Marktplaats.nl. In deze constructie is het platform erop gericht om peer-to-peer transacties te faciliteren tussen particuliere gebruikers.

1.1 Huidig beleid

Consumenten zijn in deze markten nog steeds de eindgebruikers of -afnemers van diensten en producten (in de figuur: het blokje 'consument' aan de rechteronderzijde van de driehoek). Het bestaande consumentenrecht en -beleid, in combinatie met het mededingingsrecht, beoogt deze groep op een aantal manieren te beschermen:

- 1) door de kwaliteit van producten en diensten te waarborgen en gunstige prijzen voor consumenten na te streven, o.a. door het bevorderen van eerlijke concurrentie tussen ondernemingen;
- 2) door middel van informatieverplichtingen in business-to-consumer (B2C) verhoudingen op grond waarvan consumenten rationele, geïnformeerde keuzes kunnen maken over de producten en diensten die zij afnemen;
- 3) door middel van specifieke regels voor aansprakelijkheid van producenten of verkopers van gebrekkige producten en voor effectieve remedies voor consumenten in de vorm van een recht op herstel, vervanging of schadevergoeding als producten of diensten niet voldoen.

1.2 Problemen met betrekking tot consumentenbescherming in de platformeconomie

In de platformeconomie werkt dit bestaande kader om een aantal redenen minder goed. De belangrijkste punten van zorg zijn reeds in een aantal studies in kaart gebracht.² Wij vatten ze hier kort samen.

Scheve machtsverhoudingen. Macht is geconcentreerd bij platformen zodat zij kunnen bepalen welke regels gelden voor en tussen gebruikers, en waardoor afhankelijkheidsrelaties ontstaan tussen platform en consument (bijv. door *lock-ins* van platform en apps). Platformen kunnen ook een zodanig groot marktaandeel verwerven dat het voor nieuwkomers in een markt vrijwel onmogelijk is te concurreren.

² Zie o.a. V. Hatzopoulos, *The Collaborative Economy and EU Law*, Oxford: Hart/Bloomsbury 2018; B. Devolder (red.), *The Platform Economy. Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries*, Antwerpen: Intersentia 2019; C. Busch, H. Schulte-Nölke, A. Wiewiórowska & F. Zoll, 'The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law', *Journal of European Consumer and Market Law* 2016, vol. 5, alf. 1, p. 3-10, beschikbaar via <https://ssrn.com/abstract=2754100>, laatst bezocht 29-1-2020; C. Busch, 'Der Mittelstand in der Plattformökonomie. Mehr Fairness für KMU auf digitalen Märkten', WISO Diskurs 08/2019 (Friedrich Ebert Stiftung 2019), beschikbaar via <https://www.fes.de/themenportal-wirtschaft-finanzen-oekologie-soziales/artikelseite/default-8266fe24fe>, laatst bezocht 29-1-2020; V. Mak, 'Private Law Perspectives on Platform Services – Airbnb: Home Rentals between AYOR and NIMBY', *Journal of European Consumer and Market Law* 2016, vol. 5, afl. 1, p. 19-25; R. Koolhoven, 'Kwalificatie en rechtspluralisme in "de deeleconomie"', *MvV* 2015, afl. 6, p. 186-193. In Duitsland is door de overheid een consultatie gehouden in het kader van de *Digitale Strategie 2025*. Zie daarover Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, *Weissbuch Digitale Plattformen. Digitale Ordnungspolitik für Wachstum, Innovation, Wettbewerb und Teilhabe* (2017), beschikbaar via <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/weissbuch-digitale-plattformen.html>, laatst bezocht 29-1-2020. Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, *Grünbuch Digitale Plattformen* (2016), beschikbaar via <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/gruenbuch-digitale-plattformen.html>, laatst bezocht 29-1-2020.

Aansprakelijkheid. Indien schade wordt geleden door een consument of verplichtingen niet worden nagekomen jegens de consument is onduidelijk welke partij aansprakelijk kan worden gehouden. Onder bestaand recht is het lastig platformen aan te spreken vanwege de beperkte rol van het platform bij het uitvoeren van de onderliggende dienst, en vanwege de *host exemption* uit de Richtlijn elektronisch handel.³ Content-moderatie op (social media) platformen kan tot specifieke vragen leiden, bijv. in hoeverre een platformbeheerder op dit punt verantwoordelijkheden heeft en inhoudelijk, welke balans moet worden gehandhaafd tussen consumentenbescherming en vrijheid van meningsuiting.

Transparantie en betrouwbaarheid van informatie. Het kan onduidelijk zijn welke status een aanbieder heeft (professioneel of particulier), en ook andere informatie, bijv. over het bepalen van de volgorde van aanbiedingen op een website, kan onvoldoende transparant zijn voor gebruikers. De betrouwbaarheid van informatie, o.a. via *reputational feedback mechanisms*, is nog onvoldoende gewaarborgd.

Handhaving. Regels van consumentenbescherming (incl. productveiligheid) worden niet altijd gehandhaafd. Voorbeelden zijn Chinese producten, in het bijzonder goedkope elektronica, die via Alibaba worden verkocht en niet voldoen of niet zijn getoetst aan Europese veiligheidsstandaarden.⁴ Een andere vraag is hoe gedragscodes van platformen zich verhouden tot overheidsregulering en onder welke omstandigheden gebruikers deze regels voor de rechter kunnen afdwingen. Verder is rechtsbescherming bij Online Dispute Resolution (ODR) aangeboden door platformen nog onvoldoende gewaarborgd.⁵

Duurzaamheid. In beginsel zouden platformen kunnen bijdragen aan duurzame consumptie door het faciliteren van gedeeld gebruik van zaken. De verschuiving van een goederen- naar een diensteneconomie in consumentenmarkten brengt echter risico's met zich. Op het vlak van consumentenbescherming zijn aandachtspunten dat de kenmerken van diensten vaak minder transparant zijn dan bij koop, dat de kwaliteit van dienstverlening minder eenduidig gegarandeerd is dan bij koop, en dat een risico ontstaat op overkreditering doordat consumenten veel afzonderlijke dienstenovereenkomsten kunnen aangaan op een relatief bescheiden budget.⁶

In paragraaf IV onderzoeken wij of nieuwe regelgeving wenselijk of noodzakelijk is om deze punten te adresseren. Paragraaf V onderzoekt welke alternatieve routes voor beleid en regelgeving bestaan.

2. Data en digitale diensten

Naast de opkomst van de platformeconomie wordt in consumentenmarkten steeds meer gebruik gemaakt van data. Ondernemingen, waaronder de exploitanten van online platformen, vergaren op grote schaal data (incl. persoonsgegevens) van consumenten. Op grond van analyses van deze data kunnen zij hun marketing en bedrijfsvoering optimaliseren om een zo groot mogelijke winst te behalen. In veel gevallen wordt gebruik gemaakt van artificial intelligence (AI), in het bijzonder in de

³ Zie daarover para. IV.2.1.

⁴ NOS op 3, 'Bestellen uit China: spotgoedkoop, maar wat als het tegenvalt?', NOS 16-10-2019, beschikbaar via <https://nos.nl/op3/artikel/2306400-bestellen-uit-china-spotgoedkoop-maar-wat-als-het-tegenvalt.html>, laatst bezocht 29-1-2020.

⁵ Vgl. de e-Court casus. Zie daarover 'Robotrechter e-Court in de problemen nu vonnissen niet worden goedgekeurd', NOS 16-2-2018, beschikbaar via <https://nos.nl/nieuwsuur/artikel/2217642-robotrechter-e-court-in-de-problemen-nu-vonnissen-niet-worden-goedgekeurd.html>, laatst bezocht 29-1-2020. 'Rechters gehoord om complot', NRC 25 mei 2019, beschikbaar via <https://www.nrc.nl/nieuws/2019/05/25/rechters-gehoord-om-complot-a3961525>, laatst bezocht 29-1-2020.

⁶ Een diepgaande analyse van dit aspect valt buiten het bereik van deze studie. Zie voor een vergelijking van servitisation met consumentenkoop V. Mak, *Consumentenbescherming bij servitisation. Preadviezen* (Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2019, p. 69-98.

vorm van algoritmes, om informatie gericht bij bepaalde groepen consumenten onder de aandacht te brengen.

Qua problematiek bestaat overlap met de platformeconomie als het gaat om het gebruik van data door platformbeheerders. Niettemin gaat de invloed van data-gebruik op rechtsverhoudingen in consumentenmarkten verder dan platformen, omdat ook in klassieke B2C-verhoudingen steeds meer gebruik wordt gemaakt van digitale technologieën. Wij behandelen de problematiek van data en digitale diensten daarom als afzonderlijk onderdeel. In paragraaf V (tools voor consumentenbeleid) en paragraaf VI (slotanalyse) leggen we dwarsverbanden met de platformeconomie.

Het huidige kader voor consumentenbeleid en -regelgeving is in grote lijnen hetzelfde als hierboven geschetst voor platformen (zie III.1.1). Dit kader stamt van voor de opkomst van de grote technologiebedrijven en het grootschalig gebruik van 'big data' in consumentenmarkten. Eerdere studies laten zien dat huidige regelgeving en beleid op een aantal punten tekortschiet in het waarborgen van consumentenbescherming bij een toenemend gebruik van data.⁷ Wij vatten de belangrijkste hier samen.

Scheve machtsverhoudingen. Onevenwichtige machtsverhoudingen omdat ondernemers steeds meer over klanten weten door data-vergaring en gebruik van data-analyses.

Transparante informatie. Artificial intelligence, in het bijzonder algoritmes, geven ondernemingen nieuwe tools voor marketing en advertenties. Risico's die daarbij spelen zijn een mogelijk gebrek aan transparantie van informatie waardoor consumenten misleid kunnen worden, o.a. bij gebruik van prijspersonalisatie, en discriminatie door algoritmes.

Bescherming van persoonsgegevens en het moneteriseren van data. Risico's ten aanzien van het gebruik van persoonsgegevens op basis van toestemming van de consument, o.a. bij het verstrekken van persoonsgegevens in ruil voor een 'gratis' dienst. Het contractenrecht sluit niet goed aan bij het regime van de AVG.

Passende remedies voor digitale inhoud. Remedies in het (consumenten)contractenrecht zijn toegesneden op fysieke zaken en zijn in de uitvoering vaak niet passend voor digitale inhoud of diensten. Een probleem is dat data, zeker als het reeds met derden is gedeeld, niet kan worden 'teruggegeven'. Een specifiek probleem is voorts dat het Internet of Things (IoT) tussen verschillende rechtsgebieden in valt. Het IoT is daarom op dit moment mogelijk niet voldoende gereguleerd (het valt bijv. buiten de nieuwe Richtlijn digitale inhoud als de stoffelijke zaak de hoofdzaak is).⁸

In paragraaf IV onderzoeken wij of nieuwe regelgeving wenselijk of noodzakelijk is om deze punten te adresseren. Paragraaf V onderzoekt welke alternatieve routes voor beleid en regelgeving bestaan.

IV. Evaluatie van huidige regelgeving

Waar is regelgeving wenselijk en waar noodzakelijk?

Voorgaande probleemanalyse laat zien dat de opkomst van de platformeconomie en het toenemend belang van data en technologie in consumentenmarkten tot verschuivingen in de rechtsbescherming

⁷ Zie o.a. R. Podszun & S. Kreifels, 'Digital Platforms and Competition Law', *Journal of European Consumer and Market Law* 2016, afl. 1, p. 35; N. Helberger, F. Zuiderveen Borgesius & A. Reyna, 'The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law', *Common Market Law Review* 2017, vol. 54, p. 1427-1466; D.J.B. Op Heij, "'Nakoming": een geschikte remedie voor overeenkomsten tot levering van digitale inhoud?', *TvC* 2015, afl. 2, p. 55-62; V. Mak, *The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content. In-depth analysis*, Study for the JURI Committee of the European Parliament 2016.

⁸ Zie verder para. IV.3.5.

van consumenten leidt. Net als de meeste Europese lidstaten heeft Nederland nog weinig specifieke regelgeving ingevoerd om deze nieuwe ontwikkelingen te adresseren. In de meeste gevallen wordt teruggevallen op bestaand recht om te bepalen welke rechten en verplichtingen consumenten en ondernemingen jegens elkaar hebben.

In dit deel van de studie evalueren wij bestaande regelgeving om te bepalen waar nieuwe regelgeving wenselijk of noodzakelijk is. Wij beantwoorden die vraag in twee stappen: (1) het in kaart brengen welke regelgeving van toepassing is; en (2) een vergelijking met de probleemanalyse om te bepalen waar lacunes bestaan in het huidige recht en waar regelgeving noodzakelijk of wenselijk is. Daarbij moet worden beoordeeld of gaten in de regelgeving moeten worden opgevuld door middel van nieuwe regels (*noodzakelijk*) of dat het invoeren van nieuwe regels mogelijk een verbetering van huidig beleid of regelgeving oplevert (*wenselijk*).

Voorts maken wij een vergelijking met Europees en buitenlands recht ter inspiratie voor mogelijke oplossingsrichtingen. Welke bestaande juridische kaders, nationaal of Europees, kunnen vormgeven aan een nieuw consumentenbeleid 2.0? Welke wetsvoorstellen van de Europese Commissie zouden een kapstok kunnen zijn om als Nederland in te zetten op de bescherming van de ‘digitale consument’?

De evaluatie alsmede het uitwerken van oplossingsrichtingen worden uitgevoerd voor de twee in de probleemanalyse onderscheiden gebieden, te weten de positie van de consument in de platformeconomie en consumentenbeleid bij data en digitale diensten. Daaraan voorafgaand een aantal opmerkingen bij het toetsingskader en de gevolgde methode.

1. Toetsingskader en methode

De onderzoeksvraag richt zich op de evaluatie van bestaande regelgeving om te bepalen of nieuwe regelgeving noodzakelijk of wenselijk is. De begrippen ‘noodzakelijk’ en ‘wenselijk’ vereisen enige toelichting om als toetsingskader te kunnen dienen.

Noodzakelijk. In het eerste geval zal worden beoordeeld of bestaande regelgeving voldoende in staat is om doelstellingen van het Nederlandse consumentenrecht te waarborgen. Een algemene doelstelling is dat consumenten worden beschermd tegen de nadelige gevolgen van de informatieasymmetrie tussen aanbieders en consument ten aanzien van productkenmerken en kwaliteit. Deze doelstelling vertaalt zich in regelgeving op grond waarvan consumenten worden beschermd tegen nadelige economische beslissingen die zij met de juiste informatie niet zouden hebben genomen (vgl. art. 6:193a e.v. BW inzake oneerlijke handelspraktijken) en de wettelijke regeling voor het monitoren van (on)eerlijke bedingen in algemene voorwaarden (afd. 6.5.3 BW). Een andere, verdergaande doelstelling is dat consumenten worden weerhouden van het aangaan van financiële verplichtingen die hun draagkracht te boven gaan (vgl. art. 3:34 Wft inzake consumentenkrediet, art. 6:230u BW inzake verkoop buiten de verkoopruimte). Ten aanzien van data bepaalt de AVG welk gebruik van persoonsgegevens is toegestaan en onder welke voorwaarden. Deze Verordening is ook op consumenten van toepassing—als betrokkene in de zin van art. 4 sub 1 AVG—en de bescherming van persoonsgegevens in het licht van de AVG is daarmee ook een doelstelling van consumentenrecht.⁹ Worden deze doelstellingen onvoldoende gewaarborgd, dan moet worden bezien welke oplossingsrichtingen bestaan. Nieuwe regelgeving is een mogelijkheid, naast andere alternatieven, zoals *empowerment* van consumenten door betere voorlichting, of het verbeteren van de handhaving van huidige regelgeving. Wij zullen de noodzakelijkheid van nieuwe regels evalueren in het licht van deze alternatieven.

⁹ Vgl. F. Zuiderveen Borgesius, ‘Privacy van consumenten’, in: E.H. Hondius & V. Mak (red.), *Handboek consumentenrecht*, Zutphen: Paris 2020 (te verschijnen).

Wenselijk. Bij de vraag of nieuwe regelgeving wenselijk is, is de vraag of nieuwe regels oplossingen kunnen bieden die verder gaan dan huidig beleid of regelgeving. Het toetsingskader gaat in dat geval voorbij de bestaande doelstellingen van het Nederlandse consumentenrecht en evalueert of er redenen zijn om verdergaande consumentenbescherming na te streven.

De gebruikte methode is een juridisch-dogmatische analyse van bestaande wet- en regelgeving, rechtspraak en wetenschappelijke bronnen. Bij het bespreken van oplossingsrichtingen wordt ook verwezen naar relevante beleidsstukken en consultaties van nationale of Europese origine.

2. De consument en de platformeconomie

Uit de probleemanalyse blijkt dat rechtsbescherming voor consumenten op een aantal punten tekortschiet. In het bijzonder komen de volgende punten naar voren:

- macht is geconcentreerd bij platformen zodat zij kunnen bepalen welke regels gelden voor en tussen gebruikers, en waardoor afhankelijkheidsrelaties ontstaan tussen platform en consument;
- indien schade wordt geleden door een consument of verplichtingen niet worden nagekomen jegens de consument is onduidelijk welke partij aansprakelijk kan worden gehouden;
- het kan onduidelijk zijn welke status een aanbieder heeft (professioneel of particulier);
- andere informatie, bijv. over het bepalen van de volgorde van aanbiedingen op een website, kan onvoldoende transparant zijn voor gebruikers;
- de betrouwbaarheid van informatie, o.a. via *reputational feedback mechanisms*, is nog onvoldoende gewaarborgd;
- regels van consumentenbescherming (incl. productveiligheid) worden niet altijd gehandhaafd.

Het voornaamste probleem van de platformeconomie is het eerste punt, de concentratie van macht bij de beheerders van online platformen. In de navolgende analyse ligt het zwaartepunt dan ook bij dit aspect. De macht van platformen vloeit overigens voor een groot deel voort uit hun toegang tot consumentendata. Dat onderwerp wordt besproken in paragraaf IV.3.1.

De andere punten zien op transparantie en betrouwbaarheid van informatie en op handhaving. Wij bespreken voor deze punten of nieuwe regelgeving noodzakelijk of wenselijk is. Voor mogelijke oplossingsrichtingen analyseren wij Europese regelgeving en de nationale wetgeving van een aantal andere EU-lidstaten.

2.1 Machtspositie van platformen – aansprakelijkheid en host exemption voor door derden geplaatste informatie

In de platformeconomie is macht geconcentreerd bij een aantal grote platformen, zoals Airbnb, Uber, Amazon en Alibaba. Zij kunnen daardoor bepalen welke regels gelden voor en tussen gebruikers. Bovendien kunnen afhankelijkheidsrelaties ontstaan tussen platform en consument (bijv. door *lock-ins* van platform en apps).¹⁰ Platformen kunnen ook een zodanig groot marktaandeel verwerven dat het voor nieuwkomers in een markt vrijwel onmogelijk is te concurreren.¹¹

¹⁰ Zie Podszun & Kreifels, *EuCML* 2016, afl. 1, p. 35 over netwerkeffecten.

¹¹ Idem.

De machtspositie van platformen kan in eerste instantie worden ingeperkt door middel van het mededingingsrecht, en daarnaast door regels van consumentenrecht. Het mededingingsrecht is de meest geëigende plaats om te beginnen, omdat het de aanbodzijde van de markt reguleert. De belangrijkste instrumenten van het mededingingsrecht — het kartelverbod (art. 6 Mededingingswet, art. 101 VWEU) en de regels over misbruik van een economische machtspositie (art. 24 Mededingingswet, art. 102 VWEU) — voorkomen dat de concurrentie tussen ondernemingen (te veel) beperkt wordt. De achterliggende ideologie is dat vrije concurrentie leidt tot een hoog welvaartsniveau, uitgedrukt in een divers aanbod van producten en diensten van hoge kwaliteit, tot lage productiekosten, en tot innovatie.¹²

De macht van platformen uit zich ook in de invloed die zij hebben op de contractvoorwaarden die voor en tussen gebruikers gelden. In veel gevallen is het bedrijfsmodel van een online platform zodanig ingericht dat het platform (met gebruik van algemene voorwaarden) bepaalt welke rechten en verplichtingen platform en gebruiker jegens elkaar hebben. Verder heeft het platform in meerdere of mindere mate invloed op de inhoud van de overeenkomst tussen de gebruikers, bijv. tussen huurder en verhuurder (Airbnb), koper en verkoper (Amazon), of passagier en chauffeur (Uber).¹³ Op deze manier is het voor platformen mogelijk om zeer beperkte verplichtingen aan te gaan ten aanzien van de daadwerkelijk te verrichten prestatie (zoals huur van woonruimte, koop, of vervoer). Verder is het zo dat platformen in veel gevallen aansprakelijkheid ontlopen als zich schade voordoet aan de zijde van de gebruiker c.q. consument, omdat schade niet aan hen als derde, niet bij de hoofdprestatie betrokken partij kan worden toegerekend.

Omdat de economische machtspositie van platformen sterk samenhangt met data-vergaring en data-analyse behandelen we dit onderwerp in de paragraaf over consument en data (zie IV.3.1). In dit deel gaan wij nader in op problemen rond aansprakelijkheid van platformen. Een gesignaleerd probleem is dat platformen vanwege de *host exemption* uit de Richtlijn elektronische handel maar beperkt kunnen worden aangesproken door gebruikers voor de informatie die door derden op het platform geplaatst wordt.¹⁴ De *host exemption* geeft in het licht van Europese rechtspraak echter minder vrijwaring dan wel wordt gedacht (par. a). Een punt van discussie is overigens of online platformen überhaupt onder de regels van de Richtlijn elektronische handel vallen. De rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU geeft enige duiding op dit punt, maar trekt nog geen heel scherpe lijnen (par. b).

Daarnaast biedt het huidige Nederlandse contractenrecht enkele handvatten om een platform toch aansprakelijk te kunnen houden voor door de gebruiker (incl. de consument) geleden schade of om verbintenissen tussen platform en gebruiker aan te nemen. Of dat mogelijk is hangt af van de kwalificatie van een platform als bemiddelaar of lasthebber (par. c).

a. Dienstverlening in de informatiemaatschappij en de host exemption

De Richtlijn elektronische handel beschermt dienstverleners van een 'dienst van de informatiemaatschappij' tegen vergaande aansprakelijkheid. Art. 14 van de Richtlijn bepaalt dat een dienstverlener niet aansprakelijk is voor onrechtmatige informatie die door een gebruiker is opgeslagen (de *host exemption*; zie art. 6:196c BW). De bepaling ziet op passieve dienstverleners. Indien een dienstverlener zich wel actief bemoeit met de presentatie van informatie op de website

¹² Deze doelstellingen worden ook uitgedrukt in de termen allocatieve efficiëntie (vergroten van de welvaart), product-efficiëntie (t.a.v. de kosten van productie), en innovatie. Zie A. Gerbrandy & S.A. de Vries, 'Het mededingingsrecht en de consument', in: E. Hondius & V. Mak (red.), *Handboek consumentenrecht*, Zutphen: Paris 2020 (te verschijnen).

¹³ Voor een weergave van de meest voorkomende driehoeksverhoudingen bij platformen zie figuur 1 in para. III.

¹⁴ Zie para. III.1.2.

om de verkoop van zaken te optimaliseren of te bevorderen, dan kan de *host exemption* opzij worden gezet, zo verduidelijkte het HvJ EU in *L'Oréal/eBay*.¹⁵

De bepaling ziet op informatie die door derden is geplaatst op een door de dienstverlener beheerde website. Een passieve dienstverlener is niet verplicht die informatie te screenen. De dienstverlener is wel verplicht om, zodra hij daadwerkelijk kennis heeft of besef krijgt van de onrechtmatige informatie, prompt te handelen om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken. Op de dienstverlener rust dus in beginsel geen actieve verplichting om informatie op de website te screenen (zie ook Art. 15 van de Richtlijn), maar wel een verplichting om te handelen als hij wordt gewezen op onrechtmatige informatie op zijn website. Niettemin blijft de ruimte voor aansprakelijkheid zeer beperkt. Misleidende informatie, bijvoorbeeld, is nog geen 'onmiskenbaar onrechtmatige' informatie.¹⁶

De beperking van de aansprakelijkheid die met de *host exemption* gepaard gaat ligt echter onder vuur sinds de opkomst van de platformeconomie. De *host exemption* is geïntroduceerd in een tijd dat het internet pas kort voor een breed publiek toegankelijk was. De aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij, zoals websites, handelden toen nog voornamelijk als online prikbord of doorgeefluik van informatie tussen gebruikers. Daarbij past terughoudendheid in het opleggen van aansprakelijkheid voor informatie geplaatst door derden.¹⁷ Bij grote online platformen kan worden afgevraagd of deze regels nog passend zijn. Het gaat gebruikers niet alleen om het verkrijgen van informatie maar ook om het kopen van een product of het afnemen van een onderliggende dienst, waarbij het platform in meerdere of mindere mate invloed uitoefent op de onderliggende prestatie. Daarbij is het voor gebruikers essentieel dat informatie over het aangeboden product of de dienst juist en volledig is. Nu de samenhang tussen informatie en onderliggende prestatie groot is, is het wellicht niet in alle omstandigheden te rechtvaardigen dat op een platform ingevolge de Richtlijn elektronische handel slechts in zeer beperkte omstandigheden een verplichting rust om informatie te verwijderen.

Uit recentere rechtspraak blijkt dat de *host exemption* onder omstandigheden een minder sterke vrijwaring biedt dan soms wordt gedacht, bijv. door de uitleg die het Europese Hof van Justitie aan de bepaling geeft in het licht van de platformeconomie. De uitspraak van het Hof van 3 oktober 2019 in *Glawischnig-Piesczek v. Facebook* is illustratief.¹⁸ Het ging in dat geval om content-moderatie, en meer specifiek de vraag of het Unierecht eraan in de weg staat dat een rechterlijke instantie van een lidstaat een hostingprovider als Facebook gelast commentaren te verwijderen die identiek zijn aan en, onder bepaalde voorwaarden, overeenstemmen met een eerder onwettig verklaard commentaar. Het Hof oordeelde dat het Unierecht daaraan niet in de weg staat.¹⁹ Verder staat het Unierecht er niet aan in de weg dat een nationale rechterlijke instantie gelast om *wereldwijd* de in het bevel bedoelde informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken binnen de grenzen van het relevante internationale recht waarmee de lidstaten rekening moeten houden.²⁰ Deze uitspraak betekent dat de ruimte voor EU-lidstaten om content-moderatie op social media-platformen te reguleren groot is. Overigens gaat de uitspraak niet zo ver dat platformen kunnen worden verplicht om content actief te screenen.²¹

¹⁵ HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal SA/eBay*), r.o. 116. Zie over de actieve rol van de dienstverlener ook HvJ EU 23 maart 2010, C-236/08 t/m C-238/08, ECLI:EU:C:2010:159 (*Google/France*).

¹⁶ Dat het moet gaan om 'onmiskenbaar onrechtmatige' informatie volgt uit HR 25 november 2005, NJ 2005/133, ECLI:NL:HR:2005:AU4019 (*Lycos*).

¹⁷ A.R. Lodder, M. Schimmel & Y. van den Winkel, 'Aansprakelijkheid internet providers', eigen beheer 2016, beschikbaar via <https://research.vu.nl/en/publications/hoofdstuk-6-aansprakelijkheid-internet-providers>, bezocht op 29-1-2020.

¹⁸ HvJ EU 3 oktober 2019, C-18/18, ECLI: EU:C:2019:821 (*Eva Glawischnig-Piesczek v. Facebook Ireland Ltd.*).

¹⁹ HvJ EU 3 oktober 2019 (*Glawischnig-Piesczek v. Facebook*), r.o. 37.

²⁰ HvJ EU 3 oktober 2019 (*Glawischnig-Piesczek v. Facebook*), r.o. 50-52.

²¹ Vgl. Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne

In Nederland oordeelde de rechter in kort geding recent dat Facebook kan worden verplicht om specifieke advertenties actief te verwijderen.²² Het ging in dit geval om valse Bitcoin-advertenties waarin John de Mol figureerde. De rechter oordeelde dat de eis van De Mol tot verwijdering van de advertenties te specifiek was om te resulteren in een – inderdaad wettelijk verboden – algemeen filterverbod. Verder ging het in dit geval om commerciële uitingen, vermoedelijk mede strafbare oplichtingspraktijken, waardoor een beroep van Facebook op de informatie- en uitingsvrijheid niet opgaat. Ook vond de rechter het aannemelijk dat Facebook over de technische middelen beschikt om deze advertenties te weren, nu op aandringen van De Mol verwijderde advertenties nauwelijks meer terugkeerden op het platform. Daarboven wordt door de rechtbank gesteld: ‘Gelet op de verantwoordelijkheid van Facebook voor haar eigen advertentieplatform en de impact van de onrechtmatige advertenties, mag op dit gebied, op grond van de door haar in acht te nemen maatschappelijke zorgvuldigheid, het nodige van Facebook worden verwacht, ook als het gaat om maatregelen die technisch ingewikkeld zijn en (extra) inspanningen, inzet van mankracht en geld kosten.’²³

Deze uitspraken laten zien dat de grenzen van de *host exemption* in beweging zijn. Dit heeft ook gevolgen voor de digitale consument, al moet rekening worden gehouden met de omstandigheid dat content-moderatie aan waarden en belangen raakt die breder zijn dan consumentenbeleid alleen. De informatie- en uitingsvrijheid, bijvoorbeeld, ziet niet alleen op commerciële uitingen maar op alle uitingen. Vrijheid ten aanzien van bijvoorbeeld politieke uitingen moet zeker gewaarborgd blijven, maar dit aspect valt buiten het consumentenbeleid of consumentenrecht als zodanig. In het uitwerken van oplossingsrichtingen voor de platformeconomie zal daarmee rekening moeten worden gehouden.²⁴

Samenvattend lijkt een belangrijke lacune ten aanzien van consumentenbescherming dat de *host exemption* ertoe leidt dat platformen maar in beperkte omstandigheden kunnen worden aangesproken voor door derden geplaatste onrechtmatige informatie. Verder biedt de Richtlijn elektronische handel, naast informatieverplichtingen, geen basis voor andere verplichtingen jegens consumenten. Dat betekent dat de consument alleen de aanbieder die de daadwerkelijke prestatie levert zou kunnen aanspreken. Niettemin hangt veel af van de structuur en inhoud van de tussen platform, aanbieder en consument aangegane verbintenissen. Mogelijk bestaan op grond van nationaal recht ook het platform als bemiddelaar worden aangesproken (zie hieronder para. IV.2.1.c).

Markttoegang en vrij verkeer

Als een terzijde: een ander belangrijk aspect is dat de kwalificatie als dienstverlener in de informatiemaatschappij niet alleen gevolgen heeft voor de verplichtingen van het platform jegens de gebruikers – bijv. informatieverplichtingen – maar ook voor de beperkingen die nationale wetgevers mogen stellen t.a.v. markttoegang. De Richtlijn elektronische handel beoogt het vrij verkeer van diensten te faciliteren en harmonisatie te bereiken op vijf specifieke terreinen, te weten vrije vestiging en informatieplichten, commerciële communicatie, het sluiten van overeenkomsten langs elektronische weg, de aansprakelijkheid van dienstverleners die als tussenpersoon optreden, en gerechtelijke en alternatieve geschillenbeslechting.²⁵ Voor het overige geldt het beginsel van *home*

markt, *PbEU* 2000, L 178/1 (Richtlijn inzake elektronische handel), Art. 15. Zie ook HvJ EU 3 oktober 2019 (*Glawischnik-Piesczek v. Facebook*), r.o. 33-37.

²² Rechtbank Amsterdam 11 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8415 (*De Mol/Facebook Ireland Ltd.*).

²³ Rechtbank Amsterdam 11 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8415 (*De Mol/Facebook Ireland Ltd.*), r.o. 4.24.

²⁴ Zie verder J.H. Gerards, ‘Grondrechten in de platformeconomie’, in: J.H. Gerards & A.C. van Schaick, *Digitalisering, vermogensrecht, de platformeconomie en grondrechten. Preadviezen* (Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2019, p. 95-197.

²⁵ *Kamerstukken II* 2001/02, 28197, nr. 3, pp. 2-3.

state control, dat wil zeggen dat dienstverleners moeten voldoen aan in een lidstaat geldende specifieke regels voor dienstverlening. Nationale regels kunnen in dit verband een beperking vormen voor het vrij verkeer. Dat is toegestaan onder drie cumulatieve voorwaarden: dat de betrokken maatregelen noodzakelijk zijn om een aantal doelstellingen van algemeen belang te bereiken (bijv. openbare orde, volksgezondheid, consumentenbescherming), dat een van deze belangen daadwerkelijk dreigt te worden geschonden, en dat de te nemen maatregelen evenredig zijn aan de algemene belangen ter bescherming waarvan ze worden genomen, zodat het vrij verkeer niet nodeloos wordt belemmerd.²⁶

Een nadeel van deze benadering is dat innovatie erdoor wordt beperkt.²⁷ Platformen zoals Airbnb en Uber hebben bestaande markten opgeschud en een nieuw scala van diensten gecreëerd naast bestaande opties voor woningverhuur en personenvervoer. Dat effect wordt tenietgedaan als nationale wetgevers deze platformen kunnen beperken in hun activiteiten door vergunningsplichten op hen toe te passen. De Europese Commissie deed al eerder een oproep aan nationale wetgevers om regelgeving die de toegang tot de nationale markt bepaalt te evalueren in het licht van de platformeconomie.²⁸

b. Dienst van de informatiemaatschappij

Een voorvraag is of een online platform als (elektronisch) bemiddelaar, of aanbieder van een 'dienst van de informatiemaatschappij', moet worden gekwalificeerd. Het Europese Hof van Justitie heeft in een aantal recente uitspraken getracht duiding te geven op dit punt.

Een belangrijke factor in die rechtspraak lijkt te zijn hoe groot de invloed van het platform is op de aan de consument geleverde prestatie. Dat is te zien in de uitspraak van het HvJ EU in de zaak *Uber Spain*.²⁹ In *Uber Spain* concludeert het Hof dat de toepassing van de definitie uit de Richtlijn een eerste stap is die formeel vrij eenvoudig wordt genomen. Het platform levert "een dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten wordt verricht."³⁰ De vervolgvraag die het Hof stelt is echter of de kwalificatie als 'dienst van de informatiemaatschappij' teniet wordt gedaan door andere kenmerken van het platform in kwestie. De toets die het Hof daarbij hanteert is of de bemiddelingsdienst die het platform verricht kan worden beschouwd als een integrerend deel van een dienstenpakket waarvan het hoofdelement bestaat in een vervoersdienst.³¹ Twee elementen zijn daarbij bepalend. Ten eerste creëert het platform een aanbod van diensten tussen gebruikers die zonder de door het platform aangeboden app niet met elkaar in contact zouden zijn gekomen, bij Uber bestuurders en passagiers die gebruik willen maken van stadsvervoer. Ten tweede oefent het platform een beslissende invloed uit op de dienstverrichtingsvoorwaarden die gelden in de overeenkomst tussen de gebruikers van de dienst.³² Toegepast op Uber oordeelt het Hof dat beide elementen aanwezig zijn en dat Uber daarmee buiten

²⁶ Richtlijn elektronische handel, Art. 3 lid 4. Vgl. *Kamerstukken II 2001/02*, 28197, nr. 3, p. 16.

²⁷ Vgl. P. Delimatsis, 'From Sacchi to Uber: 60 years of Services Liberalization, 20 years of the Services Directive in the EU', TILEC Discussion Paper, DP 2018-031, beschikbaar op SSRN:abstract=3267963, bezocht op 29-1-2020.

²⁸ European Commission, 'A European agenda for the collaborative economy' (Communication) COM(2016) 356 final. Zie daarover kritisch C.A.N.M.Y. Cauffman, 'The Commission's European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly?', *Journal of European Consumer and Market Law* 2016, vol. 5, afl. 6, p. 237.

²⁹ HvJ EU 20 december 2017, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 (*Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber Systems SpainSL*).

³⁰ HvJ EU *Uber Spain*, r.o. 35.

³¹ HvJ EU *Uber Spain*, r.o. 40.

³² HvJ EU *Uber Spain*, r.o. 39.

de kwalificatie van een ‘dienst van de informatiemaatschappij’ valt. Het platform biedt een geïntegreerd dienstenpakket waarin personenvervoer voorop staat.³³

Inmiddels is echter duidelijk geworden dat het HvJ EU niet voor alle online platformen tot dezelfde conclusie komt. In de zaak *Airbnb Ireland*,³⁴ waarin het Hof op 19 december 2019 uitspraak deed, ging het om de vraag of een geïntegreerd dienstenpakket bestaat met als hoofdelement een accommodatiedienst. Het Hof oordeelt dat daarvan geen sprake is. Aan het eerste deel van de toets wordt niet voldaan omdat voor zowel huurders als verhuurders talloze alternatieven bestaan voor accommodatiediensten, zoals vastgoedkantoren, advertenties op papier of online of websites voor de verhuur van onroerende goederen.³⁵ Bij het tweede deel van de toets onderscheidt het Hof Airbnb van Uber op grond dat “deze dienst niet enkel ertoe strekt dat onmiddellijk een accommodatiedienst wordt verricht, maar veeleer dat op basis van een overzichtelijke lijst van accommodatie die op het gelijknamige onlineplatform beschikbaar is en voldoet aan de criteria die zijn opgegeven door de personen op zoek naar accommodatie voor een kort verblijf, een tool wordt aangereikt waarmee overeenkomsten voor toekomstige transacties eenvoudiger kunnen worden afgesloten.”³⁶

Hoewel het verschil in kwalificatie bij Uber en Airbnb te rechtvaardigen is op grond van de toepassing van de twee criteria op het bedrijfsmodel van deze twee platformen, geeft het Hof met deze uitkomst weinig handvatten voor de toekomst. Mogelijk valt de toets bij een platform met een ander bedrijfsmodel weer anders uit. Verder is het de vraag of het Hof er juist aan doet om de toepasselijkheid van de Richtlijn te verbinden aan de toets of sprake is van een geïntegreerd dienstenpakket. Verdedigbaar is ook dat de Richtlijn elektronische handel van toepassing kan zijn naast nationale regulering van een bepaalde markt. Het voordeel van een dergelijke benadering is dat de informatieplichten uit de Richtlijn onverkort zouden gelden.³⁷

c. Aansprakelijkheid van platformen onder Nederlands recht

Naast de Europese regels voor elektronische handel kunnen onder omstandigheden op grond van het Nederlandse privaatrecht verplichtingen op platformen rusten ten aanzien van hun gebruikers, en kan mogelijk aansprakelijkheid ontstaan. Platformen kunnen bijvoorbeeld worden gekwalificeerd als bemiddelaar, als handelsagent, of als opdrachtnemer voor de uiteindelijk geleverde dienst.³⁸

Bijzondere overeenkomsten – opdracht en lastgeving. Het is mogelijk dat bijzondere regels van overeenkomstenrecht van toepassing zijn, bijv. indien een verhouding van opdracht of lastgeving bestaat tussen platform en gebruiker. Of dat zo is, hangt af van de omstandigheden en zal per geval moeten worden beoordeeld. Voor de kwalificatie als opdracht is vereist dat ‘de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van

³³ HvJ EU *Uber Spain*, r.o. 40.

³⁴ HvJ EU 19 december 2019, C-390/18, ECLI:EU:C:2019:1112 (*Airbnb Ireland*).

³⁵ HvJ EU *Airbnb Ireland*, r.o. 55.

³⁶ HvJ EU *Airbnb Ireland*, r.o. 53. Zie ook r.o. 54.

³⁷ Voor dit punt, zie A. De Vries-Stotijn, ‘De status van Uber – Wie betaalt er aan het eind van de rit?’, *TvC* 2016, afl. 3, p. 101-102; M.Y. Schaub, ‘Why Uber is an information society service’, *Journal of European Consumer and Market Law* 2018, afl. 3, p. 113-114. Schaub wijst er overigens terecht op dat consumenten nog wel de bescherming kunnen genieten van andere instrumenten van Europees consumentenrecht, zoals de Richtlijn consumentenrechten. Bij Uber biedt dat echter geen volledig vangnet omdat diensten voor personenvervoer grotendeels buiten het toepassingsgebied van de Richtlijn consumentenrechten vallen (zie art. 6:230h lid 5 BW).

³⁸ T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2018 (Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018), nr. 70c. Zie ook M.Y. Schaub, ‘De verantwoordelijkheid van intermediaire onlineplatformen voor de informatieplichten van de gebruikers’, *TvC* 2018, afl. 5, p. 214-217. Zij geeft terecht aan dat nog vaak onduidelijk is of en onder welke omstandigheden een online platform verantwoordelijk is voor de informatieplichten die rusten op gebruikers.

een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken' (art. 7:400 lid 1 BW). In de platformeconomie kan worden gedacht aan platformen die als doorgeefluik fungeren tussen aanbieders en kopers. Het platform verricht in die verhouding werkzaamheden voor de aanbieder door hem een website te bieden waarop hij zijn producten of diensten kan aanbieden. Indien een overeenkomst kwalificeert als opdracht, bestaat een zorgplicht van het platform jegens de gebruiker. Ingevolge art. 7:401 BW moet de opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen.

Lastgeving is een vorm van opdracht 'waarbij de ene partij, de lasthebber, zich jegens de andere partij, de lastgever, verbindt voor rekening van de lastgever een of meer rechtshandelingen te verrichten' (art. 7:414 lid 1 BW). Specifiek voor consumenten is van belang dat art. 7:417 lid 4 BW verbiedt om loon in rekening te brengen aan de consument in geval sprake is van tweezijdige bemiddeling, ofwel het 'dienen van twee heren', bij de koop op verkoop dan wel huur of verhuur van een onroerende zaak. Bij platformen zijn deze bepalingen relevant voor het vaststellen of een bemiddelingsrelatie bestaat tussen platform en gebruikers, en voor het bepalen welke verplichtingen daaruit mogelijk voortvloeien voor de platformbeheerder.

*Bemiddeling.*³⁹ Onder omstandigheden kwalificeert een platform als bemiddelaar. Bemiddeling is een species van opdracht en de bemiddelingsrelatie wordt dan ook beheerst door de algemene regeling van opdracht.⁴⁰ Dat betekent dat ook hier bijv. de zorgplicht van een goed opdrachtnemer geldt (art. 7:401 BW). De vraag is nog in welke gevallen platformen als bemiddelaar moeten worden gekwalificeerd.

De wet definieert de bemiddelingsovereenkomst als 'de overeenkomst van opdracht waarbij de opdrachtnemer zich tegenover de opdrachtgever verbindt tegen loon als tussenpersoon werkzaam te zijn bij het tot stand brengen van een of meer overeenkomsten tussen de opdrachtgever en derden' (art. 7:425 BW). Het arrest van de Hoge Raad in *Duinzicht* geeft enige aanwijzingen over de vraag wanneer sprake is van een bemiddelingsrelatie.⁴¹ Zo stelt de Hoge Raad dat weliswaar volgens de wet pas sprake is van bemiddeling als de bemiddelaar recht heeft op loon voor zijn werkzaamheden. Dit staat echter niet in de weg aan de overeenkomstige toepassing van art. 7:417 lid 4 BW, dat het verbiedt om aan consumenten loon in rekening te brengen bij tweezijdige bemiddeling. Het ontstaan van een aanspraak op loon is niet een noodzakelijke voorwaarde om van een bemiddelingsovereenkomst te kunnen spreken. Overigens past deze bepaling niet goed in de regeling over het dienen van twee heren, omdat hiermee de belangrijkste consequentie van geoorloofde bemiddeling vervalt, namelijk de betaling van loon.⁴²

De Hoge Raad geeft echter aan dat een uitzondering mogelijk is. Art. 7:417 lid 4 BW is in gevallen als hier bedoeld niet overeenkomstig van toepassing als de beheerder van de website stelt, en bij gemotiveerde betwisting bewijst, dat de website alleen als 'elektronisch prikbord' functioneert, dat wil zeggen dat de beheerder daarvan niet de aspirant-verhuurder en -huurder van elkaar afschermt en het hun dus niet onmogelijk maakt dat zij rechtstreeks en zonder zijn tussenkomst met elkaar in contact treden om over totstandkoming van een huurovereenkomst te onderhandelen.⁴³ Een platform als Airbnb kwalificeert binnen deze grenzen mogelijk als bemiddelaar. Airbnb biedt gebruikers de mogelijkheid om via haar website met elkaar in contact te komen en berichten uit te wisselen. Communicatie gaat uitsluitend via de website en persoonlijke gegevens waarmee op andere

³⁹ Deze paragraaf is in bewerkte vorm verschenen in V. Mak, noot bij HvJ EU zaak C-390/18 *Airbnb Ireland*, ECLI:EU:C:2019:1112 (*NtER* 2020, te verschijnen). Zie ook R. Koolhoven, 'Het platform in de deeleconomie: elektronisch prikbord of bemiddelaar?', *WPNR* 2015/7085, p. 991-992.

⁴⁰ Vgl. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018, nr. 304.

⁴¹ HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, *NJ* 2016/108 (*Duinzicht/X*). Zie ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018, nr. 70c en 241.

⁴² Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018, nr. 241.

⁴³ HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099 (*Duinzicht/X*), r.o. 4.4.5.

wijze contact zou kunnen worden gemaakt – zoals emailadressen of telefoonnummers – worden door Airbnb niet met de gebruikers gedeeld. Ook biedt het platform betaaldiensten en verzekeringen aan gebruikers aan.⁴⁴ Daarmee komt het platform in elk geval dicht in de buurt van een bemiddelaar. Die kwalificatie is echter niet waterdicht. De redenering gaat ervan uit dat een relatie van lastgeving (art. 7:414 BW) bestaat tussen platform en gebruikers, en de platformbeheerder zou kunnen stellen dat daarvan in dit geval geen sprake is. Airbnb zou kunnen betogen dat zij niet als lasthebber optreedt en dus ook niet in naam van een lastgever poogt een overeenkomst af te sluiten, maar slechts faciliteert dat twee partijen zich tot elkaar kunnen wenden en zelf een overeenkomst kunnen sluiten.⁴⁵ Mogelijk is dit verweer veelal theoretisch. Omdat Airbnb ondersteunende diensten aanbiedt, zoals betalingssystemen en verzekeringen, lijkt toch al snel sprake van enige bemiddelaarsrol.⁴⁶

Overigens oordeelde het Gerechtshof Amsterdam dat Booking.com, een platform dat in veel opzichten op Airbnb lijkt, geen bemiddelaarsrol vervult.⁴⁷ Het ‘prikbord’-criterium gehanteerd in *Duinzicht* lijkt doorslaggevend te zijn geweest in de redenering van het hof. Booking.com biedt hotels en andere accommodatieverstrekkers de mogelijkheid om via de website van Booking.com kamers aan te bieden, maar daarnaast staat het hen vrij om hun accommodatie tevens zelf op andere wijze aan te bieden (r.o. 3.13). Daarmee kan Booking.com worden gezien als een elektronisch prikbord voor gebruikers. Niettemin gaat deze redenering eraan voorbij dat Booking.com in veel gevallen weldegelijk een exclusieve invloed heeft op het contact tussen gebruikers, al is het maar omdat de ondersteunende diensten, zoals een betalingssysteem of gunstige annuleringsvoorwaarden, alleen via die weg beschikbaar zijn. Het is niet geheel onwaarschijnlijk dat een volgende uitspraak in een vergelijkbare zaak tot een andere uitkomst komt, namelijk dat wel sprake is van bemiddeling.

d. Tussenconclusie

Samenvattend lijkt kwalificatie van platformen het grootste probleem te zijn als het gaat om het vaststellen van aansprakelijkheid of andere verplichtingen van een platform. Dat probleem is niet eenvoudig op te lossen en het is de vraag of nieuwe wet- of regelgeving op dit punt veel kan toevoegen. De bedrijfsmodellen van platformen zijn zodanig divers dat het in elk geval niet mogelijk is ze alle onder één set van regels te vangen. De benadering zal dus context-specifiek moeten zijn. Het huidige recht biedt in dat opzicht reeds een kader voor het beantwoorden van aansprakelijkheidsvragen. De vraag is eerder of eenduidiger kan worden bepaald welke kwalificatie voor een platform geldt, zodat helder is of de regels ten aanzien van bemiddeling, agentuur, opdracht of anderszins van toepassing zijn in een concreet geval. Wellicht kan de rechtspraak op dat punt duiding geven. Ook kan worden gedacht aan het ontwikkelen van richtlijnen voor de praktijk, door de overheid al dan niet in samenwerking met private organisaties.

Overigens is het daarnaast nog wel mogelijk om te evalueren of de toepasselijke regels, bijv. over bemiddeling, aanpassing behoeven om beter aan te sluiten op de behoeften van partijen in de platformeconomie. Voor consumenten is de toets in dat geval of de huidige regels voldoende in staat zijn om het niveau van consumentenbescherming te waarborgen dat consumenten in andere gevallen – buiten de platformeconomie – genieten.

⁴⁴ T.J.A. van Golen & V. Mak, ‘Bemiddelingskosten bij woningverhuur via Airbnb. Betaalt de huurder de rekening?’, *NTBR* 2018, afl. 9/10, p. 281-282. Ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018, nr. 70c.

⁴⁵ Van Golen & Mak 2018, p. 282.

⁴⁶ Vgl. ook R. Koolhoven (2018), ‘Delen, bemiddeling, “have’s and have not’s”’, position paper bij rondetafelgesprek ‘De Deeconomie’. Zie voor dit paper, verdere informatie en alle andere position papers www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2017A03633, bezocht op 29-1-2020.

⁴⁷ Hof Amsterdam 28 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1849 (*Booking.com*).

2.2 Transparante informatie – status van de aanbieder

Een ander probleem, naast bovenstaande aansprakelijkheidsvraagstukken, is dat voor consumenten in de platformeconomie vaak informatie ontbreekt of onvoldoende transparant is. Een eerste aspect dat in deze context van belang is, is de status van de aanbieder. Het is in de driehoeksverhouding tussen platform-aanbieder-consument soms onduidelijk of de aanbieder professioneel of particulier handelt.⁴⁸ Voor consumenten is het niettemin van belang om daarover duidelijkheid te hebben. Regels van consumentenrecht zijn alleen van toepassing op B2C-verhoudingen.

Hoewel het huidige consumentenrecht nog maar beperkt bescherming biedt aan consumenten in zulke omstandigheden, komt daarin op relatief korte termijn verandering. De Richtlijn tot modernisering van het consumentenrecht, onderdeel van de *New Deal for Consumers*, is op 8 november 2019 aangenomen door de Europese wetgever. De Richtlijn moet uiterlijk twee jaar na die datum zijn omgezet in nationaal recht en de nieuwe regels treden uiterlijk zes maanden later in werking.⁴⁹ Een verplichting voor online platformbeheerders volgt uit het nieuw in te voegen Art. 6a in de Richtlijn consumentenrechten.⁵⁰ Op grond van deze bepaling is het platform verplicht om aan de consument informatie te verstrekken over de professionele of niet-professionele status van de aanbieder. Met andere woorden, is de aanbieder ‘handelaar’ in de zin van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken?⁵¹ Als de consument via het platform met een professionele handelaar contracteert, zijn de regels van Europees consumentenrecht van toepassing, zoals bij overeenkomsten op afstand de bedenktijd van 14 dagen en bij koop het recht van herstel of vervanging van de geleverde zaak in geval van non-conformiteit. Het nieuwe Art. 6a lid 1 sub c van de Richtlijn consumentenrechten vereist nog – wellicht ten overvloede – dat consumenten worden geïnformeerd dat, indien de aanbieder met wie zij contracteren geen professionele handelaar is, de regels van Europees consumentenrecht niet van toepassing zijn.

De nieuwe Europese regels zullen naar verwachting enige duidelijkheid brengen. Niettemin kan op de uitwerking kritiek worden geleverd. Ten eerste is in de Richtlijn niet gespecificeerd op grond van welke objectieve criteria moet worden bepaald of een aanbieder een professionele handelaar is.⁵² Dat hoeft in veel gevallen niet problematisch te zijn, omdat daar duidelijk is of een aanbieder als particulier optreedt of als professionele handelaar. Bij platformen kan echter wel onduidelijkheid bestaan over die vraag, in het bijzonder indien het platform open staat voor particuliere en professionele aanbieders. Sommige aanbieders beginnen klein maar zien hun activiteiten snel groeien. Is een aanbieder die vanuit huis kleinschalig maar wel regelmatig producten verkoopt dan een handelaar of een hobbyist?⁵³ Het Europese Hof heeft enige aanwijzingen gegeven in de zaak *Kamenova*, maar ook die laten ruimte voor interpretatie. Volgens het Hof kunnen de volgende

⁴⁸ Zie figuur 1 in para. III voor de meest voorkomende verhoudingen.

⁴⁹ Directive (EU) 2019/XX of the European Parliament and of the Council of XX amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-83-2019-INIT/en/pdf>, bezocht op 29-1-2020, Art. 7.

⁵⁰ Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 1993/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad, *PbEU* 2011, L 304/64 (Richtlijn consumentenrechten).

⁵¹ Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad, *PbEU* 2005, L 149/22 (Richtlijn oneerlijke handelspraktijken).

⁵² Vgl. C. Twigg-Flesner, ‘Bad Hand? The “New Deal” for EU Consumers’, *GPR* 2018, afl. 4, p. 172.

⁵³ Zoals via online marktplaats Etsy.

omstandigheden als aanwijzing gelden dat een partij als handelaar optreedt in de zin van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken:

- of de verkoop op het onlineplatform op georganiseerde wijze plaatsvindt,
- of deze verkoop een winsttoegmerk heeft, of de verkoper met betrekking tot de aangeboden goederen beschikt over informatie en technische vaardigheden waarover de consument niet noodzakelijk beschikt, waardoor hij zich in een gunstigere positie bevindt dan de particulier,
- of de verkoper een rechtsvorm heeft aangenomen die het hem mogelijk maakt handelsdaden te stellen alsook in welke mate de onlineverkoop verband houdt met de commerciële en beroepsmatige activiteit van de verkoper,
- of de verkoper btw-plichtig is,
- of de verkoper die optreedt namens of voor rekening van een bepaalde handelaar of via een andere persoon die namens hem of voor zijn rekening optreedt, een vergoeding of deel van de winst heeft ontvangen,
- of de verkoper nieuwe of tweedehandsgoederen koopt om die te verkopen, waardoor deze activiteit met een zekere regelmaat, frequentie en/of gelijktijdig met zijn commerciële of beroepsactiviteit plaatsvindt,
- of de te koop aangeboden producten allemaal van hetzelfde type zijn of dezelfde waarde hebben, in het bijzonder of het aanbod is geconcentreerd op een beperkt aantal producten.⁵⁴

Deze criteria zijn echter niet cumulatief, noch is de lijst als uitputtend bedoeld. Daarmee blijft het dus aan de nationale rechter om in concrete gevallen, aan de hand van de omstandigheden van het geval, een afweging te maken of de aanbieder een professionele handelaar is. Daarbij lijkt de omstandigheid dat een aanbieder een rechtspersoon is een (sterke) aanwijzing dat deze als handelaar moet worden gekwalificeerd.⁵⁵

Bij online platformen kan in de praktijk niettemin voor gebruikers veel onduidelijkheid bestaan over wanneer een aanbieder overgaat van 'hobbyist' naar professionele handelaar. Het is wenselijk meer duidelijkheid te creëren op dit punt. Echter, omdat het om begrippen uit Europese wetgeving gaat, die bovendien is gericht op maximumharmonisatie, ligt de bevoegdheid voor nadere invulling in eerste instantie op Europees niveau. Het HvJ EU kan via de rechtspraak richting geven aan een autonome, homogene uitleg van het begrip 'handelaar' in de verschillende consumentenrechtelijke Richtlijnen.⁵⁶ Niettemin kan ook op nationaal niveau invulling worden gegeven aan het begrip, mits daarbij wordt gestreefd naar een richtlijnconforme uitleg. Voor dat doel zou wetgeving niet de meest aangewezen route zijn, omdat daarmee de bevoegdheid van de Europese wetgever zou kunnen worden doorkruist, en praktisch gezien omdat de huidige praktijk op online platformen nog zeer in beweging is. De invulling in de lagere rechtspraak kan wel tot verduidelijking leiden.⁵⁷ Eventueel kan daarnaast worden gedacht aan richtlijnen van de ACM, de SER of een andere instantie, te ontwikkelen in samenspraak met handelaren en consumentenorganisaties.

Ten tweede is de vraag of de sancties voor ontbrekende of onjuiste informatie over de status van de aanbieder voldoende zijn. Ingevolge het nieuwe Art. 6a van de Richtlijn consumentenrechten is het de bedoeling dat het platform de informatie verstrekt op basis van een verklaring van de aanbieder zelf. Mocht de informatie ontbreken of onjuist blijken te zijn, dan zouden zowel de aanbieder als de platformbeheerder bij ontbrekende informatie kunnen worden aangesproken op grond van een misleidende omissie (het nieuwe Art. 7 lid 4 sub f Richtlijn oneerlijke handelspraktijken; in Nederland

⁵⁴ HvJ EU 4 oktober 2018, C-105/17, ECLI:EU:C:2018:808 (*Komisia za zashtita na potrebitelite v. Evelina Kamenova*), r.o. 38.

⁵⁵ Zie M.Y. Schaub, 'Wie is handelaar?', *TvC* 2019, afl. 1, p. 9 en p. 13.

⁵⁶ Schaub, *TvC* 2019, afl. 1, p. 6.

⁵⁷ Schaub wijst erop dat in de lagere Nederlandse rechtspraak bij de kwalificatie als handelaar het door de handelaar gewekte vertrouwen als uitgangspunt wordt genomen; zie Schaub, *TvC* 2019, afl. 1, p. 10.

zal deze bepaling waarschijnlijk worden geïmplementeerd in art. 6:193e BW),⁵⁸ en bij onjuiste informatie op grond van misleiding omtrent de rechten van de consument en de risico's die hij mogelijk loopt (Art. 6 lid 1 sub g van de huidige Richtlijn oneerlijke handelspraktijken; art. 6:193c lid 1 sub g BW).⁵⁹

Verder kan het platform mogelijk worden aangesproken op grond van de nieuwe sancties die de Richtlijn tot modernisering van het consumentenrecht invoert in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (en daarnaast overigens in de Richtlijn consumentenrechten, de Richtlijn inzake oneerlijke bedingen⁶⁰ en de Richtlijn inzake prijsindicatie)⁶¹. Deze sancties zijn een uitbreiding van de bestaande verplichting voor EU-lidstaten om bij oneerlijke bedingen om voor effectieve, evenredige en afschrikwekkende sancties zorg te dragen. Deze verplichting is nu uitgebreid naar de vier genoemde Richtlijnen. Ook is nader gespecificeerd welke criteria moeten worden meegewogen door toezichthouders of andere handhavende actoren, bijv. de aard, ernst en duur van de inbreuk, het aantal consumenten dat door de inbreuk wordt geraakt, acties ondernomen door de handelaar om schade te beperken of te herstellen, waar toepasselijk de opzettelijke of onrechtmatige aard van de inbreuk, eerdere inbreuken door de handelaar, en financieel gewin van de handelaar.⁶² De lijst is indicatief en niet uitputtend. Verder is bepaald dat de sancties moeten voorzien in boetes, op te leggen via bestuursrechtelijke procedures en/of via de (civiele) rechter, en dat de maximum op te leggen boete ten minste 4% van de jaarlijkse omzet van de handelaar bedraagt in de EU-lidstaat of -lidstaten waar de inbreuk is gepleegd.⁶³

Hoewel de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken gericht is op maximumharmonisatie bestaat bij de boetes keuzeruimte voor nationale wetgevers. Deze opties doen het harmoniserende effect van de Richtlijn ten dele teniet. Tegelijk bestaat hier dus voor de Nederlandse wetgever ruimte indien het noodzakelijk of wenselijk wordt geacht om de boetes te beperken. Het gaat om de bepaling in het nieuwe Art. 13 lid 3 van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken waarin wordt gesteld dat EU-lidstaten vanwege nationale constitutionele redenen ervoor kunnen kiezen het opleggen van boetes te beperken tot twee gevallen: (a) inbreuken van Art. 6, 7, 8 en 9 van de zwarte lijst bij de Richtlijn; en (b) het voortzetten van een praktijk die reeds oneerlijk is bevonden door een bevoegde nationale autoriteit of rechter.⁶⁴

⁵⁸ M.B.M. Loos, 'Modernisering van het Europese consumentenrecht: meer vlees op het bot (II)', *NtER* 2019, afl. 7/8.

⁵⁹ Twigg-Flesner, *GPR* 2018, afl. 4, p. 172.

⁶⁰ Richtlijn 1993/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PbEU* 1993, L 95/29 (Richtlijn oneerlijke bedingen).

⁶¹ Richtlijn 98/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 betreffende de bescherming van de consument inzake de prijsaanduiding van aan de consument aangeboden producten, *PbEU* 1998, L 80/27 (Richtlijn inzake prijsindicatie).

⁶² Zie Directive (EU) 2019/XX of the European Parliament and of the Council of XX amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules, Art. 7, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-83-2019-INIT/en/pdf>, bezocht op 29-1-2020, Art. 1 lid 6, 2 lid 2, 3 lid 6 en 4 lid 13.

⁶³ Dit is een uitwerking van Art. 21 van Verordening (EU) 2017/2394 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2017 betreffende samenwerking tussen de nationale autoriteiten die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 2006/2004, *PbEU* 2017, L 345/1 (CPC-Verordening).

⁶⁴ Ook bij de boetes voor oneerlijke bedingen bestaat keuzeruimte voor de nationale wetgever. Het nieuwe art. 8b lid 2 van de Richtlijn oneerlijke bedingen bepaalt dat lidstaten de sancties mogen beperken tot gevallen waar een beding door de wetgever in alle omstandigheden als oneerlijk (ofwel onredelijk bezwarend) is aangemerkt, of waarin de handelaar het beding is blijven gebruiken nadat de rechter het in een collectieveactieprocedure als oneerlijk heeft aangemerkt. Het eerste geval doet zich in Nederland voor bij bedingen die op de zwarte lijst van art. 6:236 BW staan en bij bedingen die op grond van andere dwingendrechtelijke wetgeving verboden zijn. Vgl.

Samenvattend: ten aanzien van transparantie over de status van de aanbieder is op een aantal punten verbetering mogelijk. De criteria om te bepalen onder welke omstandigheden een partij handelaar is zijn bij online platformen vaak niet duidelijk. Het HvJ EU heeft in *Kamenova* enige aanwijzingen gegeven. Mogelijk kunnen die op nationaal niveau nader worden ingevuld. Daarvoor zou de lagere rechtspraak richting kunnen geven. Eventueel kan daarnaast worden gedacht aan het ontwikkelen van richtlijnen door de ACM, de SER of een andere instantie, in samenspraak met handelaren en consumentenorganisaties. In individuele gevallen heeft de rechter verder het laatste woord om te bepalen of een aanbieder in specifieke omstandigheden als handelaar heeft te gelden. De sancties bij onvoldoende transparantie, volgend uit de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, zullen bij de implementatie van de Richtlijn tot modernisering van het consumentenrecht nader moeten worden bepaald.

2.3 Transparante informatie – kosten en volgorde van rankings

Behalve informatie over status van de aanbieder kan ook andere informatie, bijv. over in rekening te brengen kosten of over het bepalen van de volgorde van aanbiedingen op een website, onvoldoende transparant zijn voor gebruikers.

a. Kosten en prijsberekening

In sommige gevallen zijn de kosten van via online platformen aangeboden diensten onduidelijk weergegeven op de website van het platform. In beginsel bestaat regelgeving die gebruikers tegen zulke onduidelijke of mogelijk zelfs misleidende informatie moet beschermen. Het Europese consumentenrecht kent talloze van dergelijke bepalingen, o.a. in de Richtlijn consumentenrechten (zie art. 6:230f sub c BW), de Richtlijn elektronische handel (zie art. 3:15d lid 2 BW), en de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (art. 6:193c sub d BW; en voor omissies art. 6:193d lid 2 jo. 6:193e sub c BW). Nu deze regels bestaan is niet per se behoefte aan nieuwe regelgeving maar is eerder sprake van een handhavingsvraag. Airbnb, bijvoorbeeld, is in het najaar van 2018 door de Europese Commissie en nationale mededingingsautoriteiten op de vingers getikt omdat informatie op de website niet voldeed aan de transparantieverplichtingen uit het Europese consumentenrecht.⁶⁵

Een specifieke vraag is of een online platform of een aanbieder op het platform aanvullende informatie moet geven indien prijzen gepersonaliseerd worden. ‘Personalised pricing’, of prijsdiscriminatie, houdt in dat aan verschillende afnemers verschillende prijzen in rekening worden gebracht voor dezelfde dienst, rekening houdend met kenmerken van verschillende groepen afnemers. Luchtvaartmaatschappijen berekenen bijvoorbeeld verschillende prijzen voor stoelen aan boord van dezelfde vlucht, waarbij het uitgangspunt is dat zakelijke reizigers bereid zijn om meer te betalen voor een ticket. Om die reden zijn vluchten op maandagen en vrijdagen bijvoorbeeld duurder, en worden vluchten duurder naarmate ze korter van tevoren worden geboekt.⁶⁶ Hier wordt gebruik gemaakt *dynamic pricing*. Of de prijzen ook gepersonaliseerd zijn – dus toegeschreven aan specifieke

M.B.M. Loos, ‘Modernisering van het Europese consumentenrecht: meer vlees op het bot (I)’, *NtER* 2019, afl. 5/6, p. 139.

⁶⁵ Europese Commissie, ‘Consumentenregels EU: Europese Commissie en consumenteninstanties EU zetten Airbnb onder druk’, persbericht 16 juli 2018. Zie europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4453_nl.htm, bezocht op 29-1-2020. Daaropvolgend heeft Airbnb toegezegd haar voorwaarden aan de regels van het EU-consumentenrecht te gaan conformeren; Europese Commissie, ‘Consumentenregels EU: Airbnb gaat in op eisen Europese Commissie en EU-consumenteninstanties’, persbericht 20 september 2018. Zie https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-5809_nl.htm, bezocht op 29-1-2020.

⁶⁶ ‘Hoe wordt de prijs van je vliegticket bepaald?’, *NRC* 27 december 2018, beschikbaar via <https://www.nrc.nl/nieuws/2018/12/27/hoe-wordt-de-prijs-van-je-vliegticket-bepaald-a3127142>, bezocht op 29-1-2020.

gebruikers waarvan bijv. via de gebruikte browser kan worden gezien of zij zakelijk of privé reizen – staat niet vast. Door luchtvaartmaatschappijen zelf wordt ontkend dat zij gebruik maken van dit soort technologieën, en een studie van de KU Leuven uit 2014 heeft geen tegenindicaties gevonden.⁶⁷ Niettemin kan niet worden uitgesloten dat die praktijk intussen is veranderd. Verder bestaan ook andere voorbeelden van prijsdiscriminatie, zoals persoonlijke aanbiedingen bij supermarkten op basis van eerder koopgedrag.

Consumenten kunnen het hanteren van verschillende prijzen als oneerlijk ervaren, maar prijsdiscriminatie is op zich niet verboden en kan economisch gezien zelfs tot optimale resultaten leiden.⁶⁸ De vraag is daarom eerder of nieuwe regulering wenselijk is in de vorm van verdergaande informatieverplichtingen voor aanbieders, bijvoorbeeld over de factoren die bij gepersonaliseerde prijsberekeningen en advertenties worden gehanteerd, en voorlichting van consumenten over het hoe en waarom van (prijs)personalisatie.⁶⁹ Dit is overigens een op zichzelf staand punt naast het verbod op geoblocking dat sinds 2018 geldt, ingevolge waarvan handelaars niet tussen klanten in andere lidstaten mogen discrimineren met betrekking tot algemene voorwaarden, incl. de prijzen, op een aantal specifieke terreinen (o.a. voor langs elektronische weg verstrekte diensten zoals clouddiensten, gegevensopslag en hosting van websites).⁷⁰ Prijsdifferentiatie – d.w.z. het rekenen van verschillende prijzen voor vergelijkbare maar niet gelijke producten – is onder de Geoblocking Verordening wel toegestaan.

Ten aanzien van prijspersonalisatie lijkt ruimte te bestaan voor meer regulering, nu de bestaande regelgeving en ook de aanstaande regelgeving voor consumentenrecht niet bijzonder ver gaan. Het huidige recht biedt wellicht een basis voor verdergaande informatieverplichtingen in art. 3:15d lid 2 BW,⁷¹ maar dan moet de bepaling wel ruim worden gelezen. Voor wat betreft toekomstige regelgeving heeft de Europese wetgever inmiddels in de uit de *New Deal for Consumers* voortgekomen Richtlijn tot modernisering van het consumentenrecht een verplichting opgenomen voor aanbieders om te vermelden wanneer gebruik wordt gemaakt van prijzen die gepersonaliseerd zijn op basis van geautomatiseerde besluitvorming, zoals een algoritme (een nieuw art. 6 lid 1 sub ea in de Richtlijn consumentenrechten).⁷² Vooroverweging 45 bij de Richtlijn stelt nog eens expliciet dat het aanbieders niet verboden is om gebruik te maken van technologieën voor prijsdiscriminatie. De nieuwe informatieverplichting voor aanbieders is echter heel licht. Van aanbieders wordt alleen verwacht dat zij melden dat gebruik wordt gemaakt van prijsdiscriminatie, maar niet welke factoren worden meegewogen of (nog verdergaand) welk gewicht factoren onderling hebben.

Voor de Nederlandse wetgever ligt hier eventueel ruimte voor verdergaande regulering. De Richtlijn consumentenrechten is weliswaar gebaseerd op maximumharmonisatie, wat betekent dat nationaal recht niet meer of minder bescherming mag bieden aan consumenten dan de regels binnen het geharmoniseerde gebied. Dat verhindert echter niet dat op grond van een andere rechtsgrondslag

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Voorbeelden zijn kortingen voor bepaalde leeftijdsgroepen (ouderen, kinderen, studenten). Evt. kan bij prijspersonalisatie wel sprake zijn van een misleidende omissie; zie M.E. Bulten, 'Online prijspersonalisatie in het Nederlandse consumentenrecht', *TvC* 2018, afl. 4, p. 188-189.

⁶⁹ Vgl. V. Mak, 'Gedachten bij een "gepersonaliseerd" consumentenrecht', *TvC* 2018, afl. 6, p. 275.

⁷⁰ Verordening (EU) 2018/302 van het Europees Parlement en de Raad van 28 februari 2018 inzake de aanpak van ongerechtvaardigde geoblocking en andere vormen van discriminatie van klanten op grond van nationaliteit, verblijfplaats of plaats van vestiging in de interne markt, *PbEU* 2019, L601/1 (Geoblocking Verordening). Zie voor een kort overzicht <https://www.consilium.europa.eu/nl/policies/geo-blocking/>, bezocht op 29-1-2020.

⁷¹ Neppelenbroek betoogt dat een 'lichte' informatieplicht over de prijsberekening op grond van consumentengedrag kan worden aangenomen op grond van een ruime uitleg van art. 3:15d lid 2 BW. Deze informatieplicht wordt publiekrechtelijk gehandhaafd en geeft de consument dus geen individuele remedie. Zie E.D.C. Neppelenbroek, 'Wat de gek ervoor geeft. Big Data en de bescherming van de contractuele wederpartij bij prijsdiscriminatie', *WPNR* 2016, afl. 7110, p. 443-452.

⁷² Zie Richtlijn tot modernisering van het consumentenrecht, Art. 4 lid 4 sub ii.

nationale regelgeving wordt ingevoerd.⁷³ Ten aanzien van informatie over de factoren die worden gebruikt bij prijsdiscriminatie kan bijv. naast de contractuele informatieplicht een publiekrechtelijke regeling worden ingevoerd op grond waarvan aanbieders verplicht zijn informatie te verstrekken over de meegewogen factoren. Daarbij zal rekening moeten worden gehouden met de bescherming van bedrijfsgeheimen die aanbieders (incl. online platformen) genieten. Op grond van die regelgeving kunnen door handelaars gebruikte algoritmes mogelijk bescherming genieten. Datzelfde punt speelt bij het volgende onderwerp, de volgorde van aanbiedingen (of 'rankings') op een website.

b. Volgorde van aanbiedingen

Het belang van transparantie ten aanzien van de volgorde van aanbiedingen op een website is onderkend door zowel nationale wetgevers als de Europese wetgever. Frankrijk heeft in 2016 wetgeving ingevoerd op dit punt en op Europees niveau werd in 2019 eerst voor platform-to-business verhoudingen (P2B)⁷⁴ een regeling aangenomen en daarna ook voor consumenten in de Richtlijn tot modernisering van het consumentenrecht.⁷⁵ Ook de ELI Draft Model Rules on Online Intermediary Platforms bevatten een bepaling over dit onderwerp.⁷⁶ Bij elk van deze regelingen is de voornaamste vraag hoe een belangenafweging dient te worden gemaakt tussen het recht van de gebruiker op transparante informatie en het recht van het platform op bescherming van het gebruikte algoritme, dat als bedrijfsgeheim kan worden gekwalificeerd en op die grond geheim mag worden gehouden.⁷⁷ De oplossing wordt daarin gezocht, dat een platform wordt verplicht de belangrijkste voor de rangschikking gebruikte parameters kenbaar te maken aan gebruikers, maar niet de gedetailleerde werking van rangschikkingsmechanismen, waaronder de algoritmes.⁷⁸

Voor het consumentenbeleid ter bescherming van de digitale consument lijkt de regelgeving inzake rangschikking met deze regels voor nu compleet. Een gerelateerd probleem behoeft echter nog wel regulering: de vraag of rangschikking op social media platformen specifiek moet worden gereguleerd om te voorkomen dat rangschikking tot ondemocratische beïnvloeding van de publieke opinie leidt. Politieke advertenties kunnen bijvoorbeeld bij kiezers met een bepaald profiel extra onder de aandacht worden gebracht. Duitsland is het eerste land in Europa, en wellicht in de wereld, waar een voorstel voor ex ante regulering is gepresenteerd dat beoogt social media platformen te verplichten om diversiteit te garanderen in hun rangschikkings- en selectiealgoritmes. Het gaat om de *Staatsvertraglicher Neuregelungen zu Rundfunkbegriff / Zulassungspflicht, Plattformregulierung und Intermediäre*, ofwel het *Medienstaatsvertrag*.⁷⁹ Op dit gebied is nog veel in beweging en dat zou een

⁷³ V. Mak, 'De grenzen van maximumharmonisatie in het Europese consumentenrecht', *NTBR* 2011, afl. 10, p. 558-564. Zie ook P.W.J. Verbruggen, 'Privaatrechtelijke zorgplichten en Europese maximumharmonisatie', *WPNR* 2018, p. 849-850. Voor een afwijkende mening, zie M.Y. Schaub, 'De invloed van de wet OHP op dwaling', *NTBR* 2011, afl. 10, p. 565-575.

⁷⁴ Verordening (EU) 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten, *PbEU* 2019, L 186/57 (P2B Verordening).

⁷⁵ Deze Richtlijn is onderdeel van de *New Deal for Consumers* en werd hierboven in para. IV.2.2 besproken. Zie ook voetnoot 62.

⁷⁶ De Draft Model Rules worden naar verwachting in januari of februari 2020 aan de leden van het ELI voorgelegd voor stemming.

⁷⁷ Richtlijn (EU) 2016/943 van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan, *PbEU* 2016, L 157/1.

⁷⁸ Zie het nieuwe Art. 7 lid 4a in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en het nieuwe Art. 6a lid 1 sub a in de Richtlijn consumentenrechten. Vgl. P2B Verordening (EU) 2019/1150, vooroverweging 27 en Art. 5.

⁷⁹ De tekst van het voorstel is beschikbaar via https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/04_MStV_Online_2018_Fristverlaengerung.pdf, bezocht op 7-12-2019. Voor een bespreking zie <https://blogs.lse.ac.uk/medialse/2019/05/29/germany-proposes-europes-first-diversity-rules-for-social-media-platforms/>, bezocht op 7-12-2019.

reden kunnen zijn om te wachten met regulering en eerst te bezien welke stappen private partijen zelf zetten. Twitter verbiedt bijvoorbeeld sinds 2019 het plaatsen van betaalde politieke advertenties en stelt beperkingen aan advertenties rond 'gevoelige onderwerpen', zoals maatschappelijke betrokkenheid, economische groei, rentmeesterschap of sociale ongelijkheid.⁸⁰

Rechtsvergelijking: Frankrijk

Frankrijk heeft op 7 oktober 2016 een wet aangenomen, de *Loi Lemaire* of *Loi pour la République numérique*, die beoogt een aantal aspecten van de digitale samenleving te reguleren. De wet ziet op privacy en gegevensbescherming, het recht om te worden vergeten, de digitale erfenis, gegevensportabiliteit en gegevensopslag. Voor de platformeconomie bevat de *Loi pour la République numérique* belangrijke bepalingen over transparantie en billijkheid jegens consumenten.⁸¹ De wet bevat specifieke bepalingen, die wijzigingen aanbrengen in de Franse *Code de la consommation*, waarmee platformbeheerders worden verplicht om hun niet-professionele gebruikers transparante informatie te verstrekken over hun gebruiksvoorwaarden en enkele context-specifieke zaken. Het gaat, naast informatie over de status van de aanbieder, om informatie over de manier waarop de plaatsing van aanbiedingen op een website wordt bepaald, en over sponsoring of andere financiële links tussen platformen en leveranciers.⁸² De wijze waarop platformen voor transparantie moeten zorgen wordt verder ingevuld door twee wetgevingsbesluiten van oktober 2017, in werking getreden op 1 januari 2018.⁸³ De wettelijk vereiste informatie moet beschikbaar worden gesteld op een gemakkelijk toegankelijk deel van de website van het platform en moet toegankelijk zijn vanaf elke pagina van die website.⁸⁴ Niet-naleving van de regels kan door de *Commission nationale informatique et libertés* (Cnil), de Franse autoriteit voor gegevensbescherming, worden bestraft met een geldboete van 3 miljoen euro, een vermenigvuldiging met 20 van de vorige maximale boete.⁸⁵

Hoewel de *Loi pour la République numérique* en de bijbehorende maatregelen aanzienlijke transparantieplichtingen lijken op te leggen aan platformbeheerders geldt een voorbehoud: de wet is alleen van toepassing op platformen waarvan de website ten minste wordt bezocht door 5 miljoen individuele bezoekers per maand.⁸⁶ Dat betekent dat deze specifieke informatieverplichtingen jegens consumenten alleen gelden voor grote platforms, zoals Amazon of Airbnb. Met betrekking tot kleinere platformen genieten consumenten niettemin nog steeds de algemene bescherming tegen

⁸⁰ 'Twitter legt beperkingen op aan advertenties rond gevoelige thema's', *NRC* 15 november 2019, beschikbaar via <https://www.nrc.nl/nieuws/2019/11/15/twitter-legt-beperkingen-op-aan-advertenties-rond-gevoelige-themas-a3980547>, bezocht op 29-1-2020.

⁸¹ *Loi No 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique*. De volledige tekst is beschikbaar via https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=CCB0E73C69E80F3D28A0914D8E2FD0F6.tplgfr23s_3?cidTexte=JORFTEXT000033202746&categorieLien=id, bezocht op 29-1-2020.

⁸² Art. L 111-7 van de *Code de la consommation*.

⁸³ *Décret No 2017-1434 du 29 septembre 2017 relatif aux obligations d'information des opérateurs de plateformes numériques*; en *Décret No 2017-1435 du 29 septembre 2017 relatif à la fixation d'un seuil de connexions à partir duquel les opérateurs de plateformes en ligne élaborent et diffusent des bonnes pratiques pour renforcer la loyauté, la claret et la transparence des informations transmises aux consommateurs*. De tekst van beide maatregelen is beschikbaar via https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=CCB0E73C69E80F3D28A0914D8E2FD0F6.tplgfr23s_3?cidTexte=JORFTEXT000035720908&dateTexte=, en https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=CCB0E73C69E80F3D28A0914D8E2FD0F6.tplgfr23s_3?cidTexte=JORFTEXT000035720925&dateTexte=, bezocht op 29-1-2020.

⁸⁴ *Décret No 2017-1434*.

⁸⁵ Zie <https://www.economie.gouv.fr/republique-numerique>, bezocht op 29-1-2020. De Cnil kan ook, als een inbreukmaker zijn praktijken niet staakt na een waarschuwing, kiezen voor publicatie van het misdrijf of een dwangbevel tot staking.

⁸⁶ *Décret No 2017-1435*.

misleidende praktijken of oneerlijke bedingen.⁸⁷ Een verklaring voor het gemaakte verschil is dat de wetgever ruimte wil behouden voor innovatie, wat vaak in de beginfase gebeurt door de activiteiten van kleine(re) startups. Het belasten van dergelijke kleine of middelgrote handelaren met extra informatieverplichtingen kan innovatie belemmeren.⁸⁸

2.4 *Betrouwbaarheid van reputational feedback mechanisms*⁸⁹

Informatie wordt op online platformen nog op een andere manier verzameld en gepubliceerd: via 'reputational feedback mechanisms' (verder: online reputatiesystemen) waarin gebruikers hun beoordeling (of: review) kunnen geven van een product of dienst die zij via het platform hebben afgenomen. Om hun doel te kunnen bereiken, namelijk om gebruikers van relevante informatie te voorzien, is het van belang dat de via deze systemen gepubliceerde informatie betrouwbaar is. In dat kader kan worden afgevraagd of specifieke regulering van deze systemen, die vooralsnog ontbreekt, wenselijk is.

Uit de praktijk is gebleken dat online reputatiesystemen aan bepaalde voorwaarden moeten voldoen om betrouwbaarheid te kunnen garanderen.⁹⁰ Om te beginnen moet het systeem zelf transparant zijn. Dat betekent dat het voor gebruikers duidelijk moet zijn, bijvoorbeeld door middel van online beschikbare gedragscodes, hoe reviews worden verwerkt en of reviews voor publicatie aan een beoordeling worden onderworpen. De Franse *Loi pour la République numérique* heeft een aantal transparantieplichtingen van deze strekking geïntroduceerd in Art. 24 lid 2. Ook het design van een systeem kan van invloed zijn op de kwaliteit en de betrouwbaarheid van reviews. Bepaalde aspecten zullen daarom moeten worden meegewogen in het ontwerpen van een online reputational feedback system. Voor het indienen van reviews kan een keuze worden gemaakt tussen een open of een gesloten systeem. Dat wil zeggen: een systeem dat iedereen toelaat tot het publiceren van een review of een systeem dat slechts openstaat voor gebruikers die een transactie hebben afgesloten op het online platform.⁹¹ Die keuze is van invloed op de betrouwbaarheid van reviews. Immers, als iedereen een review kan publiceren dan is niet te controleren of de gebruiker daadwerkelijk het geadverteerde appartement heeft bezocht, de taxidienst heeft gebruikt, het boek heeft besteld, heeft gegeten in het geadverteerde restaurant etc, alvorens over die ervaring een review te schrijven. Andere aspecten die moeten worden meegewogen bij het ontwerpen van een reputatiesysteem is of het mogelijk is anoniem een review te publiceren, of wederzijdse reviews tot een minimum kunnen worden beperkt omdat gebruikers anders kunnen worden beïnvloed door wat de andere partij over hen schrijft,⁹² en of betaalde reviews moeten worden toegestaan.⁹³

⁸⁷ In Frankrijk is de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken geïmplementeerd in de *Code de la consommation* (Art. L 121-1 e.v.). Hetzelfde geldt voor de Richtlijn inzake oneerlijke bedingen (Art. L 212-1).

⁸⁸ B. Bozdoganoglu, 'Tax Issues Arise from a New Economic Model: Sharing Economy', *International Journal of Business and Social Science* 2017, vol. 8, p. 132. Zie ook *Camera dei Deputati, Atto Camera: 3564, Proposed Sharing Economy Bill*, Art. 3.

⁸⁹ Deze paragraaf is deels gebaseerd op V. Mak, *Legal Pluralism in European Contract Law*, Oxford: OUP 2020 (te verschijnen), hst. 6.

⁹⁰ See C. Busch, 'Crowdsourcing Consumer Confidence. How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy', in: A De Franceschi (ed), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Antwerpen: Intersentia 2016, p. 234 ff.

⁹¹ Idem, p. 235.

⁹² De kwaliteit van reviews kan bijvoorbeeld worden verbeterd door reviews van gebruikers af te schermen totdat beide partijen de gelegenheid hebben gehad om een review over de ander te schrijven; zie G. Bolton, B. Greiner & A. Ockenfels, 'Engineering Trust: Reciprocity in the Production of Reputation Information', *Management Science* 2013, vol. 59, p. 265. Over de tekortkomingen van vele online reputatiesystemen zie ook S.H. Ranchordás, 'Online Reputation and the Regulation of Information Asymmetries in the Platform Economy', *Critical Analysis of Law* 2018, vol. 5, p. 134 ff.

⁹³ Busch, 'Crowdsourcing Consumer Confidence', 2016, p. 236-237.

a. Regulering

Intussen heeft de Richtlijn tot modernisering van het consumentenrecht in minimale vorm wel een aantal aspecten opgenomen die beogen de betrouwbaarheid van online reviews te waarborgen. De Richtlijn spreekt in vooroverweging 49 de verwachting uit dat handelaars zich inspannen om manipulatie van reviews en 'likes' te voorkomen. Verder bevat de Richtlijn een aantal transparantieplichtingen waaruit volgt dat de platformbeheerder in ieder geval duidelijk moet maken of een review afkomstig is van een consument die het aangeboden product daadwerkelijk gebruikt heeft of niet (zie het nieuwe Art. 7 lid 6 van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken).⁹⁴ Als oneerlijke handelspraktijk worden verder op de blauwe lijst (Annex I bij de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken) twee nieuwe punten opgenomen: het onjuist vermelden dat consumenten een product daadwerkelijk hebben gebruikt zonder dat de platformbeheerder redelijke en evenredige stappen heeft ondernomen om dat te controleren; en het aanzetten van een derde, natuurlijke persoon of rechtspersoon, om valse of misleidende reviews of aanbevelingen te publiceren ter promotie van een product.⁹⁵ Deze bepalingen gaan echter minder ver dan de hierboven uitgewerkte voorwaarden. Om de betrouwbaarheid van reviews te waarborgen zou het wenselijk zijn op dit punt het invoeren van specifieke regels te overwegen.

b. Alternatieven voor regulering

Als alternatieven voor regulering kan worden gedacht aan richtlijnen, gedragscodes of standaarden. Deze vormen van zelf- of co-regulering hebben het voordeel dat ze worden ontwikkeld in samenspraak met de gebruikers van online reputatiesystemen en om die reden waarschijnlijk goed aansluiten bij de praktijk. Drie wegen zouden voor Nederland interessant zijn om te bekijken.

Richtlijnen van consumentenorganisaties. De Deense Ombudsman heeft 'Guidelines on the Publication of User Reviews' geïntroduceerd,⁹⁶ en een aantal nationale consumentenorganisaties heeft eigen richtlijnen opgesteld.⁹⁷

ELI Draft Model Rules. De ELI Working Group for Draft Model Rules on Online Intermediary Platforms heeft ook een bepaling opgenomen over online reputatiesystemen. Een eerste versie daarvan is gepubliceerd in Art. 8 van de Discussion Draft uit 2016 en schrijft voor dat een platformbeheerder verplicht is 'to provide information about the modalities of collection, processing and publication of ratings and reviews' en 'to comply with standards of professional diligence'.⁹⁸

Standaarden. De regel uit Art. 8 van de Discussion Draft voor de ELI Model Rules is gebaseerd op de co-reguleringsbenadering die al sinds jaar en dag wordt gebruikt bij productveiligheidsstandaarden op grond waarvan een algemene bepaling uit wet- of regelgeving verder wordt uitgewerkt in juridische of technische standaarden opgesteld door de Europese standaardisatieorganisaties.⁹⁹ Zou een dergelijke benadering worden gevolgd, dan zouden online reputatiesystemen worden geacht

⁹⁴ Richtlijn tot modernisering van het consumentenrecht, Art. 3 lid 4 sub c.

⁹⁵ Richtlijn tot modernisering van het consumentenrecht, Art. 3 lid 7.

⁹⁶ Danish Consumer Ombudsman, *Guidelines on Publication of User Reviews* (1 May 2015), beschikbaar via <https://www.consumerombudsman.dk/media/49717/guidelines.pdf>, bezocht op 29-1-2020. Zie Busch, 'Crowdsourcing Consumer Confidence', 2016, p. 229.

⁹⁷ In Duitsland: *Empfehlungen an Betreiber von Bewertungsplattformen* uitgegeven door de consumentenorganisatie *Verbraucherzentrale Bundesverband eV* in december 2012, beschikbaar via <https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/Bewertungsportale-Empfehlungen-vzbv-2012.pdf>, bezocht op 29-1-2012.

⁹⁸ Busch, Schulte-Nölke, Zoll & Wiewiórowska-Domagalska 2016, Discussion Draft Art 8. Zie ook Busch, C., 'Article 8: Reputational Feedback Systems', in: C. Busch, G. Dannemann, H. Schulte-Nölke, A. Wiewiórowska-Domagalska & F. Zoll (eds), *Model Rules on Online Intermediary Platforms*, Jagiellonian University Press 2019, p. 77-83.

⁹⁹ Busch, Schulte-Nölke, Zoll & Wiewiórowska-Domagalska, Discussion Draft 2016, p. 165.

betrouwbaar te zijn als ze voldoen aan de (nog te ontwikkelen) Europese standaard.¹⁰⁰ Een dergelijke Europese standaard zou kunnen aansluiten bij de recent aangenomen ISO-standaard 20488:2018 voor online consumer reviews.¹⁰¹

De ISO-standaard is specifiek geschreven voor de platformeconomie en is gericht op online consumer reviews.¹⁰² De standaard geeft gedetailleerde voorwaarden aan waaraan bedrijven moeten voldoen om de betrouwbaarheid van online consumer review systemen effectief te waarborgen.¹⁰³ Als leidende beginselen noemt de standaard: integriteit, correctheid, privacy, veiligheid, transparantie, toegankelijkheid en responsiviteit (Art. 4.1). Interessant is dat de gebondenheid van de auteurs van de reviews (consumenten) wordt nagestreefd via overeenkomsten, namelijk door algemene voorwaarden waarin wordt vastgelegd aan welke regels en voorwaarden reviewers zich dienen te houden (Art. 4.2.3.1). Consumenten moeten deze algemene voorwaarden accepteren alvorens ze een review kunnen schrijven (Art. 4.2.3.2). Non-compliance met de algemene voorwaarden wordt gesanctioneerd door de review niet te plaatsen of, indien deze wel al zichtbaar was op de website, te verwijderen (Art. 4.2.3.3).

2.5 Handhaving

Consumentenbescherming is alleen effectief als rechten worden gehandhaafd. Het huidige recht biedt daartoe reeds mogelijkheden, bijvoorbeeld in de vorm van contractenrechtelijke remedies (nakoming, ontbinding, schadevergoeding, prijsvermindering, opschorting). Voor consumentenbescherming in de platformeconomie zouden daarnaast de volgende handhavingsinstrumenten kunnen worden ingezet, en zo nodig versterkt:

Collectieve acties. Veelal is door consumenten geleden schade relatief klein van omvang. Tegelijk komt het voor dat een inbreuk op consumentenrechten gelijktijdig een groot aantal consumenten raakt. Op het gebied van handhaving kan worden onderzocht of de mogelijkheden voor collectieve acties van consumenten of belangenorganisaties, bijv. onder de WCAM en de recent in werking getreden WAMCA, voldoende effectief zijn om consumenten bescherming te bieden tegen (grote) online platformen. Voorts heeft de ACM een verantwoordelijkheid voor het handhaven van consumentenrecht onder de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc).¹⁰⁴ Ook kan zij tegen platformen o.a. op grond van de CPC-Verordening optreden.¹⁰⁵

Online Dispute Resolution (ODR). ODR is een door online platformen veel gebruikte wijze van geschilbeslechting tussen gebruikers. Een vraag is of voldoende waarborgen bestaan om de rechtsbescherming van gebruikers (incl. consumenten) te waarborgen. De casus van e-Court, die in de media breed is uitgemeten, heeft op dit punt twijfels doen rijzen.¹⁰⁶ De wetgever zou ODR kunnen aanmoedigen door richtlijnen of standaarden voor zorgvuldige geschilbeslechting te ontwikkelen.

¹⁰⁰ Voor een gedetailleerde bespreking, zie C. Busch, 'Verbraucherschutz in der Plattformökonomie', WISO Diskurs 15/2018 (Friedrich Ebert Stiftung 2018), beschikbaar via <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/14618.pdf>, p. 11.

¹⁰¹ ISO 20488:2018 on 'Online Consumer Reviews – Principles and Requirements for their Collection, Moderation and Publication'.

¹⁰² ISO 20488:2018 on 'Online Consumer Reviews – Principles and Requirements for their Collection, Moderation and Publication'.

¹⁰³ C. Naden, 'Putting the trust back in online reviews', ISO news, beschikbaar via <https://www.iso.org/news/ref2295.html>, bezocht op 29-1-2020.

¹⁰⁴ *Stb.* 2006, 591.

¹⁰⁵ W.H. van Boom, 'WCA → WCAM → WAMCA', *TvC* 2019, afl. 4, p. 154-160.

¹⁰⁶ E.M. van Gelder, 'Online Dispute Resolution: een veelbelovend alternatief voor toegang tot het recht?', *MvV* 2018, afl. 7-8, pp. 262-267.

2.6 Tussenconclusie

Samenvattend kan worden gesteld dat het grootste probleem voor consumentenbescherming in de platformeconomie is gelegen in de onevenwichtige machtsverhouding tussen platform en gebruikers. Huidige regelgeving is niet toegesneden op dit type aanbieders. Dat is terug te zien in discussies over de toepassing van bestaande regelgeving op grote online platformen als Uber en Airbnb. De Richtlijn elektronische handel, in combinatie met de vrij verkeer bepalingen van de EU, is onvoldoende toegesneden op de platformeconomie om een goede balans te vinden tussen innovatie, vrij verkeer, en consumentenbescherming. Met betrekking tot consumentenbescherming zijn de bevindingen als volgt:

- **Platform en informatie.** De *host exemption* uit de Richtlijn elektronische handel leidt ertoe dat platformen grotendeels buiten schot blijven als het gaat om aansprakelijkheid jegens consumenten voor informatie geplaatst door derden. In veel gevallen kan de consument alleen de aanbieder die de daadwerkelijke prestatie levert aanspreken. Niettemin hangt veel af van de structuur en inhoud van de tussen platform, aanbieder en consument aangegane verbintenissen.
- **Kwalificatie als 'dienst van de informatiemaatschappij'.** Of een online platform als elektronisch bemiddelaar, of aanbieder van een 'dienst van de informatiemaatschappij', moet worden gekwalificeerd is een context-afhankelijke vraag. Het HvJ EU komt in *Uber Spain* en *Airbnb Ireland* tot verschillende uitkomsten. Dat heeft ook gevolgen voor de vereisten voor markttoegang en mogelijke beperkingen die een EU-lidstaat mag stellen in het licht van de Richtlijn elektronische handel. De Europese Commissie heeft lidstaten opgeroepen de eigen regulering op dit punt te evalueren.
- **Kwalificatie naar Nederlands recht.** Onder omstandigheden kunnen op grond van het Nederlandse privaatrecht verplichtingen op platformen rusten ten aanzien van hun gebruikers, en kan mogelijk aansprakelijkheid ontstaan. Platformen kunnen bijvoorbeeld worden gekwalificeerd als bemiddelaar, als handelsagent, of als opdrachtnemer voor de uiteindelijk geleverde dienst. De toepassing van die regels is echter in de praktijk niet eenduidig. Sturing zou kunnen worden gegeven vanuit de rechtspraak of door middel van richtlijnen ontwikkeld door de overheid en/of private partijen.
- **Status van de aanbieder.** De criteria om te bepalen onder welke omstandigheden een partij handelaar is zijn bij online platformen vaak niet duidelijk. Het HvJ EU heeft in *Kamenova* enige aanwijzingen gegeven. Mogelijk kunnen die op nationaal niveau nader worden ingevuld, bijv. in de vorm van richtlijnen ontwikkeld door de ACM, de SER of een andere instantie, in samenspraak met handelaren en consumentenorganisaties. In individuele gevallen heeft de rechter het laatste woord om te bepalen of een aanbieder in specifieke omstandigheden als handelaar heeft te gelden. De sancties bij onvoldoende transparantie, volgend uit de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, zullen bij de implementatie van de Richtlijn tot modernisering van het consumentenrecht nader moeten worden bepaald.
- **Transparante kosten en prijs.** Transparantie van kosten en prijsberekening is relatief strikt gereguleerd op basis van EU-recht en is daarmee vooral een handhavingsvraagstuk. De Nederlandse wetgever zou t.a.v. informatie bij prijsdiscriminatie kunnen overwegen de nieuwe bepaling uit de Richtlijn tot modernisering van het consumentenrecht aan te vullen met publiekrechtelijke regulering die aanbieders verplicht ook de factoren te noemen die worden meegewogen bij het geautomatiseerd bepalen van de prijs. Verder kan worden ingezet op voorlichting aan consumenten over het gebruik van prijsdiscriminatie en de rechtvaardiging daarvan.
- **Rangschikking.** De regelgeving inzake rangschikking van aanbiedingen lijkt met de nieuwe regels uit de Richtlijn tot modernisering van het consumentenrecht voor nu compleet. De regels sluiten aan op de transparantieverplichtingen uit de P2B Verordening.
- **Online reputatiesystemen.** Online reputatiesystemen zijn nog nauwelijks gereguleerd. De nieuwe Richtlijn tot modernisering van het consumentenrecht voert minimale bepalingen in

om misleiding te voorkomen, maar bevat geen omvattende regulering om de betrouwbaarheid van reviews te waarborgen. Hier bestaat ruimte voor de nationale wetgever. Als alternatieven voor regulering kan worden gedacht aan richtlijnen, gedragscodes of standaarden. Deze vormen van zelf- of co-regulering hebben het voordeel dat ze worden ontwikkeld in samenspraak met de gebruikers van online reputatiesystemen en om die reden waarschijnlijk goed aansluiten bij de praktijk. Drie wegen zouden voor Nederland interessant zijn om te bekijken: richtlijnen van consumentenorganisaties, de ELI Draft Model Rules for Online Intermediary Platforms, en ISO-standaard 20488:2018 voor online consumer reviews.

- **Handhaving.** Onvoldoende zicht bestaat op de effectiviteit van handhaving. Onderzoek zou kunnen worden gedaan naar de effectiviteit van collectieve acties in consumentenmarkten waar platformen actief zijn. Verder zou de wetgever sturing kunnen geven voor het ontwikkelen van richtlijnen of standaarden om zorgvuldig gebruik van Online Dispute Resolution (ODR) te waarborgen.

3. Consumentenbeleid ten aanzien van data en digitale diensten

Uit de probleemanalyse blijkt dat consumentenbescherming voor de digitale consument op een aantal punten tekortschiet ten aanzien van gebruik van data en digitale diensten:

- Onevenwichtige machtsverhouding omdat ondernemers steeds meer over klanten weten door data-vergaring en gebruik van data-analyses;
- Artificial intelligence, in het bijzonder algoritmes, geeft ondernemingen nieuwe tools voor marketing en advertenties. Risico's die daarbij spelen zijn een mogelijk gebrek aan transparantie van informatie waardoor consumenten misleid kunnen worden, o.a. bij gebruik van personalised pricing, en discriminatie door algoritmes;
- Risico's ten aanzien van gebruik van persoonsgegevens op basis van toestemming consument, o.a. bij het verstrekken van persoonsgegevens in ruil voor een 'gratis' dienst;
- Mogelijk onvoldoende passende remedies voor gebrekkige digitale inhoud, en een lacune ten aanzien van het Internet of Things (IoT).

Artificial Intelligence (AI) is reeds besproken in para. IV.2.3. In de volgende paragrafen richten wij ons op de gesignaleerde probleempunten bij het gebruik van data in consumentenmarkten.

3.1 Machtspositie van platformen

In paragraaf 2.1 werd reeds gesignaleerd dat de machtspositie van platformen samenhangt met hun toegang tot data. Platformen vergaren op grote schaal data van gebruikers, in de vorm van gegevens die rechtstreeks raken aan de persoon (leeftijd, geslacht, woonplaats, voorkeuren en interesses) en in de vorm van door gebruikers gegenereerde databestanden (foto's, video's). De toegang tot data kan ertoe leiden dat een platform een economische machtspositie verkrijgt in een markt, waardoor de mededinging mogelijk wordt geschaad.¹⁰⁷ Overigens worden ook andere situaties onderscheiden waardoor platformen een dominante positie kunnen verkrijgen. Zo kunnen netwerk-effecten ertoe leiden dat gebruikers zich op een specifiek platform richten, bijv. adverteerders op een platform dat veel consumenten aantrekt, en dat het platform daardoor een dominante positie of zelfs een monopolie verkrijgt in een bepaalde markt.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Europese Commissie, *Facebook/WhatsApp*, para. 164.

¹⁰⁸ Vgl. W. Sauter, 'Online uitbuiting van consumenten voorkomen: een zorgplicht voor dominante ondernemingen?', *Markt & Mededinging* 2019, afl. 3, p. 106; Podszun & Kreifels, *EuCML* 2016, afl. 1, p. 35.

Ten aanzien van datavergaring en -gebruik door platformen kan onder omstandigheden misbruik van een economische machtspositie ontstaan. Gevallen waarin dat mogelijk aan de orde is zijn uitbuiting van consumenten door het rekenen van excessieve prijzen, discriminatie bijv. in de vorm van prijsdiscriminatie,¹⁰⁹ en afhankelijkheid van consumenten door het ontstaan van *lock-in* effecten.¹¹⁰

Het mededingingsrecht heeft nog lang niet op alle gevallen van misbruik van een economische machtspositie door platformen een antwoord. Op grond van Art. 102 VWEU kunnen sancties worden opgelegd aan een bedrijf dat misbruik maakt van een dominante marktpositie.¹¹¹ Minder vergaande maatregelen zijn ook denkbaar. Ex ante zou ook geprobeerd kunnen worden om de markt open te houden voor competitie door meerdere aanbieders, bijvoorbeeld door 'switching costs' laag te houden, 'data portability' mogelijk te maken (zodat consumenten hun gegevens van de ene aanbieder kunnen meenemen naar een andere), het gebruik van neutrale technische standaarden te stimuleren, en consumenten voor te lichten over de risico's van het eenkennig gebruikmaken van één aanbieder.¹¹² Sauter pleit voor een zorgplicht voor platformen met een economische machtspositie, vergelijkbaar met de civielrechtelijke zorgplicht bij onrechtmatige daad of de bestuursrechtelijke zorgplicht bij financiële dienstverlening aan consumenten.¹¹³ Deze zorgplicht zou eruit moeten bestaan dat onbillijke marktpraktijken of illegitieme welvaartsoverdrachten worden tegengegaan, en dat wordt opgetreden tegen discriminatie door dominante ondernemingen. Mogelijk zou ook een verantwoordelijkheid bestaan in het bestrijden van onbillijke behandeling van data en schendingen van data- en privacybeschermingsregels.¹¹⁴

Economen zien nog een andere oplossing om de machtspositie van quasi-monopolisten aan te pakken: kleine en middelgrote bedrijven zouden hun krachten kunnen bundelen door data te delen.¹¹⁵ Dat is op papier een mooi idee. Vanuit juridisch perspectief is het echter (voor nu) niet haalbaar, omdat de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) het delen van datasets verbiedt tenzij daarvoor een rechtmatige grond bestaat of toestemming is verkregen van de betrokkene (Art. 6 AVG).

3.2 Verstrekking van persoonsgegevens in ruil voor 'gratis' diensten

De Nederlandse¹¹⁶ en de Europese wetgever vinden het wenselijk dat betaald kan worden met data, o.a. om innovatie en economische groei te stimuleren.¹¹⁷ Richtlijn (EU) 2019/770¹¹⁸ accepteert dit ook als een '*fact of life*'.¹¹⁹ Op basis van het Nederlands vermogensrecht kunnen persoonsgegevens gebruikt worden als contractuele tegenprestatie,¹²⁰ de geleverde dienst of het geleverde product kan

¹⁰⁹ Vgl. Sauter, *Markt & Mededinging* 2019, afl. 3, p. 106-107; V. Mak, 'Gedachten bij een "gepersonaliseerd" consumentenrecht', *TvC* 2018, afl. 6, p. 275.

¹¹⁰ Podszun & Kreifels, *EuCML* 2016, afl. 1, p. 36-37.

¹¹¹ Zie voor Nederland art. 24 Mededingingswet, voor overtredingen waarvan de Autoriteit Consument en Markt (ACM) een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom kan opleggen (art. 56 Mededingingswet). De Belgische Mededingingsautoriteit heeft vergelijkbare bevoegdheden op grond van art. IV.2 Wetboek van economisch recht (WER).

¹¹² Vgl. Podszun & Kreifels, *EuCML* 2016, afl. 1, p. 39.

¹¹³ Sauter, *Markt & Mededinging* 2019, afl. 3, p. 108.

¹¹⁴ Sauter, *Markt & Mededinging* 2019, afl. 3, p. 109.

¹¹⁵ Voor een analyse, zie I. Graef & J. Prüfer, 'Mandated Data Sharing Is a Necessity in Specific Sectors', <https://esb.nu/incoming/20042404/mandated-data-sharing-is-a-necessity-in-specific-sectors>, bezocht op 29-1-2020.

¹¹⁶ Aangangsel van *Handelingen II 2016/17*, 2669.

¹¹⁷ C. Spierings, 'Het nieuwe goud: betalen met data', *MvV* 2019, afl. 6, p. 207.

¹¹⁸ Richtlijn (EU) 2019/770 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten, *PbEU* 2019, L 136/1.

¹¹⁹ Richtlijn (EU) 2019/770, overweging 13.

¹²⁰ B. Lubomirov, 'Persoonsgegevens betalen de rekening', *WPNR* 2018/7181, p.151.

dan 'gratis' verkregen worden. Hierbij is ook het privacy- en gegevensbeschermingsrecht gemeoid. Het privacyrecht is een grondrecht dat de autonomie en waardigheid van de burgers moet waarborgen. Wanneer privégegevens van diezelfde burger worden gekapitaliseerd in een contractenrechtelijke verhouding met de aanbieder, zorgt dit voor een spanning.¹²¹

De regelgeving op het terrein van privacybescherming sluit echter niet naadloos aan op het Nederlandse contractenrecht. In deze paragraaf bespreken wij problemen die zich voordoen ten aanzien van de wettelijke vereisten voor het verwerken van persoonsgegevens. In de volgende paragrafen gaan we in op de vraag welke remedies beschikbaar zijn indien niet aan deze vereisten is voldaan, en de remedies in consumentenovereenkomsten voor non-conforme digitale inhoud.

Voor het gebruiken (verwerken) van persoonsgegevens moet op grond van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) een rechtmatigheidsgrond bestaan.¹²² De belangrijkste gronden bij consumentenovereenkomsten zijn er twee: de betrokkene c.q. consument geeft toestemming voor verwerking, of de verwerking is noodzakelijk voor de uitvoering van een overeenkomst waarbij de consument partij is.¹²³ In de praktijk worden persoonsgegevens vaak verwerkt op basis van de toestemming van de consument.¹²⁴

Ten aanzien van de gehanteerde terminologie moet het volgende in het oog worden gehouden:¹²⁵

De AVG is van toepassing wanneer persoonsgegevens worden verwerkt. Bij deze verwerking spreekt de AVG van een aantal 'rollen'. Persoonsgegevens zijn gegevens van een 'geïdentificeerd of identificeerbaar natuurlijk persoon', aangeduid als 'de betrokkene'.¹²⁶ In het kader van dit onderzoek is dit de consument. 'De verwerkingsverantwoordelijke' is degene die het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt, in dit verband de handelaar. In een aantal gevallen kan er sprake zijn van een 'verwerker': dit is degene die ten behoeve van de verwerkingsverantwoordelijke de persoonsgegevens verwerkt. Dit komt voor in gevallen dat de handelaar het daadwerkelijk verwerken van persoonsgegevens uitbesteedt aan een ander, bijvoorbeeld wanneer hij een clouddienst inschakelt om persoonsgegevens van zijn klanten op te slaan.¹²⁷ Als laatste zijn in dit kader de derde partijen van belang, aangezien het verdienmodel is dat de persoonsgegevens worden doorverkocht om zo geld te kunnen verdienen aan de 'gratis' dienst/het product. Naast het verwerken van 'gewone' persoonsgegevens zijn er ook gevoelige of bijzondere persoonsgegevens,¹²⁸ hiervoor gelden o.a. strengere vereisten voor toestemming.¹²⁹

¹²¹ Spierings, *MvV* 2019, afl. 6, p. 207. Het recht op privacy en de bescherming van persoonsgegevens zijn overigens twee verschillende rechten, waarbij zij elkaar ten dele overlappen.

¹²² Art. 6 AVG.

¹²³ Denk bij deze laatste bijvoorbeeld aan het gebruik van GPS-gegevens bij een applicatie die een navigatieservice aanbiedt.

¹²⁴ Zie Spierings, *MvV* 2019, afl. 6, p. 207, B. Lubomirov, *WPNR* 2018/7181, p.151. Van Gulijk & Op Heij, *WPNR* 2016/7110, p. 453.

¹²⁵ Zie ook Zuiderveen Borgesius, in: E.H. Hondius & V. Mak (red.), *Handboek consumentenrecht*, Zutphen: Paris 2020 (te verschijnen).

¹²⁶ Art. 4 lid 1 AVG.

¹²⁷ In de praktijk kan de clouddienst deze gegevens ook willen gebruiken voor hun eigen marketingdoeleinden. In dat geval zijn zij ook een verwerkingsverantwoordelijke. Zie voor meer informatie: Autoriteit Persoonsgegevens, Voorbeeldlijst: verwerker of verwerkingsverantwoordelijke? https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/voorbeeldlijst_verwerkers_def.pdf.

¹²⁸ Deze gegevens zien op persoonsgegevens waaruit ras of etnische afkomst, politieke opvattingen, religieuze of levensbeschouwelijke overtuigingen, of het lidmaatschap van een vakbond blijken, en verwerking van genetische gegevens, biometrische gegevens met het oog op de unieke identificatie van een persoon, of gegevens over gezondheid, of gegevens met betrekking tot iemands seksueel gedrag of seksuele gerichtheid, Art. 9 lid 1 AVG.

¹²⁹ Art. 9 lid 2 AVG.

Terugkomend op de vereisten voor toestemming: een rechtmatige toestemming wordt gedefinieerd als ‘elke vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige wilsuiting waarmee de betrokkene door middel van een verklaring of een ondubbelzinnige actieve handeling hem betreffende verwerking van persoonsgegevens aanvaardt’. Voor bijzondere persoonsgegevens geldt dat toestemming uitdrukkelijk moet worden gegeven.¹³⁰ Deze definitie valt uiteen in een aantal vereisten. Bekend is dat daaraan in de praktijk echter niet altijd wordt voldaan. Wij bespreken hierna de belangrijkste aspecten, waar mogelijk actie op kan worden ondernomen door de wetgever of door de Autoriteit Persoonsgegevens.

Toestemming moet *vrij* gegeven worden.¹³¹ Een aantal handvatten die de AVG geeft zijn dat toestemming niet vrij is wanneer de betrokkene geen echte of vrije keuze heeft, of de toestemming niet kan weigeren of intrekken zonder nadelige gevolgen.¹³² Ook wanneer er geen afzonderlijke toestemming kan worden gegeven voor verschillende persoonsgegevensverwerkingen terwijl dat in het geval wel passend is, of indien de uitvoering van een overeenkomst afhankelijk is van de toestemming ondanks het feit dat de dergelijke toestemming niet noodzakelijk is voor de uitvoering, is de toestemming niet vrij gegeven.¹³³

Het vereiste van vrijwillige toestemming is in de praktijk problematisch. Een deel van de verantwoordelijkheid voor het geven van toestemming ligt bij de consument zelf, maar tegelijk kan worden getwijfeld of daarmee de balans tussen de belangen van consument en verwerkingsverantwoordelijke juist is.¹³⁴ Een werkelijk vrije keuze is er namelijk niet altijd voor de consument, bijvoorbeeld bij het accepteren van cookies bij het bezoeken van een website. Wanneer de consument een website niet kan bezoeken zonder het accepteren van cookies, kan moeilijk worden volgehouden dat de keuze voor de consument vrij is.¹³⁵ Tracking cookies worden nog vaak onjuist geplaatst.¹³⁶

Daarnaast moet deze toestemming gegeven worden voor één of meer *specifieke* doeleinden.¹³⁷ Deze moeten duidelijk omschreven worden en het gebruik van die persoonsgegevens moet

¹³⁰ Behalve indien in Unierecht of lidstatelijk recht is bepaald dat het in lid 1 genoemde verbod niet door de betrokkene kan worden opgeheven, zie art. 9 lid 2 sub a AVG. Kritisch over de Uitvoeringswet AVG en het verwerken van bijzondere persoonsgegevens is D. Comijs, ‘De bescherming van bijzondere persoonsgegevens in de Uitvoeringswet AVG’, *NJB* 2017/1281.

¹³¹ Art. 7 lid 4 AVG. Bij de beoordeling moet ‘ten sterkste’ rekening gehouden worden of toestemming is vereist voor het verwerken van persoonsgegevens die niet noodzakelijk zijn voor het uitvoeren van de overeenkomst.

¹³² Overweging 42 AVG.

¹³³ Dit is ook niet het geval wanneer er sprake is van een duidelijke wanverhouding tussen de betrokkene en de verwerkingsverantwoordelijke (m.n. wanneer de verwerkingsverantwoordelijke een overheidsinstantie is) en dat de omstandigheden het onwaarschijnlijk maken dat de toestemming vrijelijk is verleend, zie overweging 43 AVG.

¹³⁴ Spierings, *MvV* 2019, afl. 6, p. 207.

¹³⁵ Spierings, *MvV* 2019, afl. 6, p. 207. Hiertoe is een kleine steekproef uitgevoerd op 24-1-2020. Websites waarbij dit onder meer het geval is zijn www.9292.nl, www.parool.nl en www.gelderlander.nl. Kanttekening hierbij is dat tegenwoordig bij een aantal websites ook mogelijk is om verschillende soorten cookies te accepteren (functionele cookies, statistieken en tracking cookies).

¹³⁶ Autoriteit Persoonsgegevens, ‘AP: veel websites vragen op onjuiste wijze toestemming voor plaatsen tracking cookies’, 10 december 2019, beschikbaar via <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/ap-veel-websites-vragen-op-onjuiste-wijze-toestemming-voor-plaatsen-tracking-cookies>, bezocht op 24-1-2020.

¹³⁷ Art. 6 lid 1 sub a AVG.

verenigbaar zijn met dit doel.¹³⁸ Persoonsgegevens mogen niet worden doorverkocht voor een ander doel dan zij zijn verzameld.¹³⁹

Toestemming moet *geïnformeerd* zijn:¹⁴⁰ de betrokkene moet bepaalde informatie hebben om zijn toestemming te moeten geven. Deze informatie moet op zijn minst de identiteit van de verwerkingsverantwoordelijke bevatten en de doelen van de verwerking. Daarnaast moet een schriftelijk verzoek om toestemming 1) in een begrijpelijke en makkelijk toegankelijke vorm zijn opgesteld 2) in duidelijke en eenvoudige taal en 3) zodanig gepresenteerd dat er een duidelijk onderscheid kan worden gemaakt met andere aangelegenheden. De verwerkingsverantwoordelijke moet waarborgen dat de betrokkene zich ervan bewust is dat hij toestemming geeft en hoe ver deze reikt. Ook mag de verklaring geen oneerlijke bedingen voor de betrokkene bevatten.¹⁴¹

Bij consumentenovereenkomsten is problematisch dat het verlenen van toestemming voor het verwerken van persoonsgegevens soms wordt ‘verstoep’ in de algemene voorwaarden.¹⁴² Op dit punt sluiten de voorwaarden uit de AVG niet goed aan op het Nederlandse contractenrecht. Weliswaar geldt ook bij het accepteren van algemene voorwaarden een informatieplicht:¹⁴³ de voorwaarden moeten ter hand gesteld worden, verstrekt worden¹⁴⁴ of indien dit niet mogelijk is, ze (elektronisch) ter inzage leggen of op verzoek toesturen.¹⁴⁵ Voor de verlening van toestemming is een eenzijdige rechtshandeling echter voldoende en aanvaarding van die toestemming niet nodig.¹⁴⁶ In de praktijk aanvaardt de consument algemene voorwaarden gemakkelijk, zonder ze te lezen, en is dan ook al snel aan deze algemene voorwaarden gebonden.¹⁴⁷ Wanneer er bijvoorbeeld in de algemene voorwaarden niets is opgenomen over het precieze gebruik van de verzamelde data, behalve dat het ‘uiterst zorgvuldig’ is, is het maar de vraag of de consument voldoende op de hoogte is van het gebruik daarvan.¹⁴⁸ Op dit moment zijn bedingen m.b.t. het verwerken van persoonsgegevens nog niet opgenomen in de zwarte lijst (het beding is onredelijk bezwarend) of grijze lijst (vermoed onredelijk bezwarend te zijn) in het Burgerlijk Wetboek.¹⁴⁹

Tot slot moet de toestemming *ondubbelzinnig* zijn: een duidelijke actieve handeling in bijvoorbeeld door een mondelinge of schriftelijke verklaring eventueel met elektronische middelen, waaruit de bovenstaande toestemming blijkt. Stilzwijgende toestemming is dus niet voldoende.¹⁵⁰

¹³⁸ Zie voor meer informatie Article 29 Working Party, Opinion 03/2013 on purpose limitation, April 2nd 2013: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf, bezocht op 24-1-2020.

¹³⁹ Dit is een aandachtsgebied van de Autoriteit persoonsgegevens. Zie Autoriteit Persoonsgegevens, Focus AP 2020-2023, Dataprotectie in een digitale samenleving. https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/focus_ap_202-2023_groot.pdf, bezocht op 24-1-2020.

¹⁴⁰ Art. 7 lid 2 AVG.

¹⁴¹ Overweging 42, met verwijzing naar art. 5 van de Richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.

¹⁴² B. Lubomirov, ‘Persoonsgegevens betalen de rekening’, *WPNR* 2018/7181, p.151, met verwijzing naar C. Langhanke en M. Schmidt-Kessel, ‘Consumer Data as Consideration’, *EuCML*, 2015/4, afl. 6, p. 218-223.

¹⁴³ Art. 6:233 sub b jo 6:234 lid 1 BW.

¹⁴⁴ Art. 6:230c BW.

¹⁴⁵ Art. 6:234 lid 2 BW.

¹⁴⁶ S. van Gulijk & D.J.B Op Heij, ‘Oneigenlijk gebruik van data: een verkenning van privaatrechtelijke oplossingen’, *WPNR* 2016/7110, p. 453, met verwijzing naar C. Spierings, *De eenzijdige rechtshandeling*, Deventer: Kluwer 2016, p. 305.

¹⁴⁷ M. Elshout, M. Elsen, J. Leenheer, M.B.M. Loos, J.A. Luzak, *Study on Consumer’s attitudes towards Terms and Conditions (T&C), final report*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2016-11.

¹⁴⁸ Van Gulijk & Op Heij, *WPNR* 2016/7110, p. 453 met verwijzing naar een case study uit 2016 over het gebruik van de zelfscanner van o.a. de Albert Heijn en kritische noot van A. Engelfriet.

¹⁴⁹ Van Gulijk & Op Heij, *WPNR* 2016/7110, p. 453.

¹⁵⁰ Overweging 32 AVG en Spierings, *MvV* 2019/6, p. 207.

Ook hier is het de vraag of bij het accepteren van algemene voorwaarden wordt voldaan aan dit vereiste, omdat het accepteren van algemene voorwaarden zo gemakkelijk is.¹⁵¹

Ook indien aan alle voorwaarden voor de toestemming is voldaan, kunnen zich ten aanzien van consumentenbescherming problemen voordoen. Op dit punt signaleren wij dat het intrekken van toestemming te allen tijde mogelijk moet zijn. Dit moet even makkelijk kunnen als het geven daarvan. Vanaf dat moment mogen er geen persoonsgegevens meer worden verwerkt. Dit betekent niet dat de verwerking vóór de intrekking ook onrechtmatig was, die blijft rechtmatig.¹⁵² Wel is het de vraag of het voor consumenten in de praktijk inderdaad gemakkelijk is de toestemming in te trekken. Een aanverwante vraag is welke contractuele gevolgen zijn verbonden aan het intrekken van de toestemming. Wij bespreken die gevolgen in de volgende paragraaf, omdat ze deels samenvallen met de gevolgen van het invoeren van contractuele remedies als ontbinding of vernietiging.

3.3 Remedies bij inbreuken op de AVG

Indien niet wordt voldaan aan de vereisten van de AVG kunnen betrokkenen, dus ook consumenten, via verschillende wegen remedies invoeren. Wij geven een overzicht van de privaatrechtelijke remedies en maken een beknopte vergelijking met schadevergoeding via de bestuursrechtelijke weg. Algemeen valt op dat de beschikbare remedies in veel gevallen niet goed toepasbaar zijn op situaties waarin door consumenten persoonsgegevens zijn verstrekt, omdat de gegevens intussen zijn verwerkt en soms ook aan derden zijn doorgegeven. Het is daarom de vraag of aanpassing van de wettelijke regels voor consumenten tot effectievere remedies kan leiden, of dat eerder zou moeten worden ingezet op alternatieve opties via consumentenbeleid.

Vernietiging van de overeenkomst. Wanneer persoonsgegevens voor een ander doel worden gebruikt dan aangegeven, kan de consument de overeenkomst op grond van dwaling vernietigen (art. 6:228 BW).¹⁵³ Het gaat in dergelijke gevallen specifiek om de situatie dat de handelaar de consument verkeerd heeft ingelicht (art. 6:228 lid 1 sub b BW) en daarmee zijn mededelingsplicht heeft geschonden. Het kan echter voorkomen dat de consument de overeenkomst niet wil vernietigen maar in stand wil laten, waarbij zijn persoonsgegevens enkel worden gebruikt voor het doel waarvoor zij zijn verleend.¹⁵⁴ In een dergelijk geval biedt vernietiging geen passende oplossing. Eventueel zouden partijen een wijziging van de contractuele voorwaarden overeen kunnen komen. Dat betekent echter dat zij er samen uit moeten komen. Voor consumenten, die zich doorgaans in een zwakke onderhandelingspositie bevinden ten opzichte van professionele handelaren, is dat geen sterke uitgangspositie. Op grond van 6:230 BW zou ook de overeenkomst in stand kunnen blijven wanneer het nadeel op afdoende wijze wordt opgeheven. Bij het gebruik van persoonsgegevens voor een ander doel zou dit betekenen dat dit gebruik gestaakt moet worden.

Een ander probleem bij vernietiging zit in de uitvoering. Vernietiging van een overeenkomst heeft terugwerkende kracht:¹⁵⁵ de overeenkomst wordt geacht nooit te zijn aangegaan en de prestaties die over en weer zijn uitgevoerd moeten ongedaan gemaakt worden. Bij overeenkomsten waarbij de consument persoonsgegevens heeft verstrekt is dat praktisch lastig, onder andere omdat de handelaar de persoonsgegevens vaak niet kan 'teruggeven'. De gegevens zijn bijvoorbeeld al verwerkt in een grotere dataset van de handelaar, of ze zijn doorverkocht aan een derde partij. Hoewel op grond van art. 3:53 lid 2 BW als alternatief kan worden gedacht aan een uitkering in geld, is ook die oplossing problematisch. Wij komen daar onder 'schadevergoeding' op terug.¹⁵⁶

¹⁵¹ Van Gulijk & Op Heij, WPNR 2016/7110, p. 453.

¹⁵² Art. 7 lid 3 AVG.

¹⁵³ Hetzelfde geldt voor het niet voldoen aan de informatieverplichting bij algemene voorwaarden.

¹⁵⁴ Van Gulijk & Op Heij, WPNR 2016/7110, p. 453.

¹⁵⁵ Art. 3:53 lid 1 BW.

¹⁵⁶ Van Gulijk & Op Heij, WPNR 2016/7110, p. 453.

Ontbinding. De consument kan er ook voor kiezen de overeenkomst te ontbinden op grond van wanprestatie (art. 6:74 jo. art. 6:265 BW). Bij consumentenkoop is deze remedie overigens slechts beschikbaar indien herstel of vervanging onmogelijk of disproportioneel zijn (art. 7:22 lid 3 BW). Mogelijke gronden van wanprestatie zijn dat persoonsgegevens zijn gebruikt op een wijze die niet overeenkomt met het doel waarvoor toestemming is gegeven, of dat de toestemming anderszins niet rechtmatig is gegeven. In deze gevallen geldt dat de ongedaanmakingsverplichtingen die ontstaan bij ontbinding (art. 6:265 jo. art. 6:271 BW) lastig uitvoerbaar zijn omdat persoonsgegevens niet kunnen worden teruggegeven, in het bijzonder als ze reeds verwerkt zijn of aan derden zijn doorverkocht.

Schadevergoeding. Degene die (im)materiële schade lijdt door een inbreuk op de AVG kan daarvoor een schadevergoeding eisen van de verwerker of de verwerkingsverantwoordelijke.¹⁵⁷ Schade bij de verwerking van persoonsgegevens kan op verschillende manieren ontstaan, bijvoorbeeld door het inadequaat beveiligen van persoonsgegevens (waardoor een datalek kan ontstaan), het oneigenlijk (of onrechtmatig) gebruik van persoonsgegevens (persoonsgegevens gebruiken voor een ander doel dan omschreven en waarvoor toestemming is gegeven)¹⁵⁸ en schade door onjuiste persoonsgegevens (het weigeren van een uitkering, toeslag of zorgverzekering door een incorrect of niet-geregistreerd woonadres in de Basisregistratie Personen).

Schade kan verschillende vormen aannemen. Onder materiële schade valt bijvoorbeeld de situatie dat door identiteitsfraude spullen zijn besteld op naam en rekening van een ander. De in dat geval geleden schade is vrij eenvoudig vast te stellen aan de hand van een bankafschrift of rekening. Bij immateriële schade kan worden gedacht aan een inbreuk op de privacy van de betrokkene. Een immateriële schadevergoeding bij de onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens wordt echter zelden toegekend.¹⁵⁹ Oorzaken daarvan zijn dat momenteel nog geen helder begrip bestaat van wat schade in dit verband inhoudt. Verder is het oorzakelijk (causaal) verband vaak moeilijk aan te tonen.¹⁶⁰ Dat geldt op zowel Europees¹⁶¹ als nationaal niveau. Op dit moment is er ook geen gemeenschapsautonome uitleg van het schadebegrip onder de AVG, omdat er nog geen rechtspraak over beschikbaar is.¹⁶² Op nationaal niveau geldt dat bedragen die zijn toegekend voor schendingen van de AVG niet erg hoog zijn en dat voorbeelden casuïstisch van aard zijn.¹⁶³

¹⁵⁷ Art. 82 AVG. Het begrip schade moet volgens overweging 146 ruim worden uitgelegd (in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie) op een wijze die recht doet aan de doelstellingen van de AVG. De betrokkene moet een volledige en daadwerkelijke vergoeding ontvangen. Daarnaast is het mogelijk om zowel de verwerker als de verwerkingsverantwoordelijke hoofdelijk aansprakelijk te stellen (art. 82 lid 4 AVG). Een andere mogelijkheid is een massaschadeclaim onder de AVG (art. 80 lid 1). Zie hierover nader F.C. van der Jagt-Vink, 'Schadevergoeding onder de Algemene Verordening Gegevensbescherming', *MvV* 2019, afl. 7&8, p. 286 met verwijzing naar T.E. van der Linden & M.F. Walree, 'De collectieve procedure als oplossing voor het privaatrechtelijk handhavingstekort bij een datalek', *AV&S* 2018/20.

¹⁵⁸ Zie als treffend voorbeeld M. Oostveen, 'Hoe de KNVB en Always meisjes maandverband opdringen', *De Volkskrant* 18 mei 2016. De KNVB verkocht persoonsgegevens van de leden door aan een databeheerbedrijf. Deze gebruikte vervolgens de gegevens om meisjes tussen de elf en dertien jaar inlegkruisjes toe te sturen.

¹⁵⁹ T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Privaatrecht voor de homo digitalis: eigendom, gebruik en handhaving', in: E.M.L. Moerel e.a., *Homo digitalis. Preadviezen* (Nederlandse Juristen-Vereniging), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 282; T.F. Walree, 'De vergoedbare schade bij de onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens', *WPNR* 2017/7172, p. 921-930.

¹⁶⁰ B. van Alsenoy, 'Liability under EU Data Protection Law. From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation', *JIPITEC* 2016, nr. 3 p. 274-275.

¹⁶¹ F.C. van der Jagt-Vink, *MvV* 2019, afl. 7&8, p. 286.

¹⁶² Zie F.C. van der Jagt-Vink, *MvV* 2019, afl. 7&8, p. 286. Voor het schadevergoedingsbegrip zijn in de Europese rechtspraak (buiten het gegevensbeschermingsrecht) wel al criteria geformuleerd, zie T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Een Europees schadebegrip?', *NTBR* 2018/5, p. 31-36. Kritisch over de toepasbaarheid van deze in het gegevensbeschermingsrecht is Walree in Walree, *WPNR* 2017/7172, p. 921-930.

¹⁶³ Een niet alomvattend jurisprudentieonderzoek leert dat deze variëren van € 250,- tot € 500,-. Rechtbank Overijssel 28 mei 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1827 en Rechtbank Amsterdam 2 september 2019,

Bestuursrechtelijke handhaving door de AP. De Autoriteit Persoonsgegevens is de toezichthouder op de AVG en de uitvoeringswet AVG. Voor handhaving van deze wetgeving is voor haar ook een belangrijke rol weggelegd. Zo heeft zij bijvoorbeeld de bevoegdheid om boetes op te leggen bij overtreding van de AVG (Art. 83 AVG). Deze kunnen 4% van de jaaromzet of 20 miljoen bedragen. Op dit moment is nog onzeker of de AP adequaat kan handhaven.¹⁶⁴ Het moet dus mogelijk zijn dat de consument zelf via de privaatrechtelijke weg zijn rechten kan handhaven en/of afdwingen.¹⁶⁵

3.4 Remedies voor non-conforme digitale inhoud

Op grond van de nieuwe Richtlijn (EU) 2019/770 inzake de levering van digitale inhoud hebben consumenten in de nabije toekomst een aantal remedies in gevallen waar de geleverde digitale inhoud niet aan de overeenkomst voldoet. De Richtlijn is ook van toepassing op overeenkomsten waar door de consument (persoons)gegevens zijn verstrekt in plaats van de betaling van een prijs in geld (Richtlijn digitale inhoud, Art. 3 lid 1). Evenals bij de onder 3.3 besproken remedies voor inbreuken op de AVG geldt voor de remedies voor non-conformiteit van digitale inhoud dat zij niet altijd goed passen omdat persoonsgegevens bijvoorbeeld reeds zijn verwerkt. De Richtlijn kent in dat opzicht een aantal bepalingen die mogelijk in de praktijk lastig toepasbaar kunnen blijken te zijn. Bij de implementatie is verder van belang dat de Richtlijn is gericht op maximumharmonisatie, wat betekent dat de nationale wetgever ten aanzien van de in de Richtlijn opgenomen remedies geen hoger of lager niveau van consumentenbescherming mag vaststellen.¹⁶⁶

Bij de implementatie van de Richtlijn kan aandacht worden besteed aan de vraag of verdere regulering wenselijk of noodzakelijk is vanuit het perspectief van consumentenbescherming. Wij signaleren een aantal punten waarop onduidelijkheid bestaat, en waar voor de wetgever openingen bestaan om sturing te geven, eventueel in samenwerking met consumentenorganisaties of autoriteiten.

a. Non-conformiteit

De Richtlijn digitale inhoud bepaalt in Art. 7 een aantal subjectieve, en in Art. 8 een aantal objectieve conformiteitseisen voor digitale inhoud of diensten. De subjectieve vereisten kunnen door partijen bij de overeenkomst worden ingevuld. Objectief geldt daarnaast dat de digitale inhoud of dienst geschikt moet zijn voor de doeleinden waarvoor ze gewoonlijk zouden worden gebruikt, waarbij rekening moeten worden gehouden met 'Unie- en nationaal recht, technische normen, of, bij ontstentenis van zulke technische normen, toepasselijke sectorspecifieke gedragscodes' (Art. 8 lid 1 sub a). In het bijzonder de verwijzing naar technische normen is interessant. De Richtlijn voorziet dat in dit opzicht technische standaarden worden ontwikkeld. Deze vorm van co-regulering is niet ongebruikelijk en kan leiden tot uniforme productspecificaties die de kwaliteit van digitale inhoud en diensten kan bevorderen. Technische standaarden bestaan echter nog nauwelijks op dit gebied, en het zal tijd

ECLI:NL:RBAMS:2019:6490. Zie Rechtbank Noord-Nederland 3 mei 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:1700 voor een schadevergoeding van € 100,- onder de Wbp.

¹⁶⁴ Spierings, *MvV* 2019, afl. 6, p. 207. De AP geeft zelf aan dat hoewel zij is gegroeid, het een kleine organisatie is die 'niet overal tegelijk [kan] zijn'. Zie Autoriteit Persoonsgegevens, *Grip op persoonsgegevens*, Jaarverslag 2018, p. 5. In 2017 werd nog geconstateerd dat de Autoriteit Persoonsgegevens kampte met een structurele onderbezetting wegens budgettaire beperkingen, individuele klachten van betrokkenen niet of nauwelijks werden opgepakt en niet altijd voldoende handhavend optrad. Zie Walree, *WPNR* 2017/7172, p. 921 met o.a. verwijzing naar W. van Noort, 'Privacywaakhond CBP kampt met onderbezetting', *NRC* 30 december 2015, E.M.L. Moerel & J.E.J. Prins, 'Privacy voor de homo digitalis', in: E.M.L. Moerel e.a., *Homo digitalis. Preadviezen* (Nederlandse Juristen-Vereniging), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 1.

¹⁶⁵ Spierings, *MvV* 2019, afl. 6, p. 207.

¹⁶⁶ Richtlijn digitale inhoud, Art. 4. Zie ook M.Y. Schaub, 'Nieuwe regels voor de consumentenkoop en overeenkomsten met betrekking tot digitale inhoud', *NtER* 2019, nr. 9/10; en hierboven p. 20.

kosten om die te ontwikkelen. De Europese standaardisatieorganisaties kunnen hierin een voortrekkersrol vervullen.¹⁶⁷

De overige vereisten voor conformiteit sluiten aan bij de gebruikelijke vereisten voor conformiteit bij (consumenten)koop. De digitale inhoud of dienst moet beschikken over de hoeveelheid, kwaliteit en prestatiekenmerken waarover het gewoonlijk zou moeten beschikken en die de consument gezien de aard daarvan redelijkerwijs mag verwachten (lid 1 sub b). Verder is de handelaar verplicht te zorgen dat de (beveiligings)updates die nodig zijn om de conformiteit van de digitale inhoud of de dienst te handhaven aan de consument worden gemeld en geleverd gedurende de contractperiode (lid 2). De verplichtingen met betrekking tot updates hoeven er overigens niet toe te leiden dat consumenten in alle gevallen de levering van updates kunnen afdwingen. In de door de Consumentenbond tegen Samsung aangespannen zaak betreffende stopgezette beveiligingsupdates bij mobiele telefoons oordeelde de rechter dat onvoldoende vaststond dat door het stopzetten van bepaalde updates daadwerkelijk veiligheidsrisico's waren ontstaan.¹⁶⁸ Samsung heeft uit eigen beweging wel gezorgd voor meer en betere informatie op de eigen website over de updates die bij verschillende typen telefoons worden aangeboden.¹⁶⁹

b. Remedies

In geval van non-conformiteit van geleverde digitale inhoud of diensten staat de consument een aantal remedies ter beschikking: nakoming, ontbinding, of prijsvermindering (Art. 14 van de Richtlijn). Ten aanzien van overeenkomsten waarbij de consument data heeft verstrekt, kunnen in het bijzonder bij ontbinding problemen ontstaan in de uitvoering van de remedie.

Problematisch bij de uitvoering van remedies is dat gegevensbescherming en contractenrecht nog onvoldoende op elkaar zijn afgestemd. Bij ontbinding is een aantal gevolgen daardoor onzeker. Een onderscheid moet daarbij worden gemaakt tussen persoonsgegevens en niet-persoonsgegevens. Voor het gebruik van persoonsgegevens sluit de Richtlijn aan bij het regime van de AVG.¹⁷⁰ De Richtlijn is ook van toepassing op overeenkomsten waarbij de consument andere data (d.w.z. niet-persoonsgegevens) verstrekt. Die worden gedefinieerd als alle andere data dan persoonsgegevens.¹⁷¹

Indien de overeenkomst wordt ontbonden gelden ten aanzien van persoonsgegevens de regels van de AVG (Art. 16 lid 2 van de Richtlijn). Dat betekent dat de consument c.q. betrokkene in elk geval geen belemmering mag ondervinden bij het intrekken van de toestemming voor het verwerken van persoonsgegevens.¹⁷² De gevolgen van het intrekken van toestemming voor de overeenkomst worden voorts niet door de Richtlijn bepaald maar moeten onder het nationale recht blijven vallen.¹⁷³ Wat dat in de praktijk betekent is onduidelijk,¹⁷⁴ al geeft de Richtlijn een aantal concrete gevolgen aan. Art. 16 lid 3 bepaalt dat de handelaar na ontbinding moet afzien van het gebruik van de niet-

¹⁶⁷ Vgl. ook hierboven over online reputatiesystemen, para. IV.2.4.

¹⁶⁸ Rechtbank Den Haag 30 mei 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6310 (*Consumentenbond/Samsung*).

¹⁶⁹ Consumentenbond, 'Teleurstellende uitspraak in rechtszaak tegen Samsung', nieuwsbericht 30 mei 2018, <https://www.consumentenbond.nl/nieuws/2018/teleurstellende-uitspraak-in-rechtszaak-tegen-samsung>, bezocht op 29-1-2020.

¹⁷⁰ Vooroverweging 37 en 38 bij de Richtlijn digitale inhoud.

¹⁷¹ Zoals data die betrekking hebben op rechtspersonen en data die niet zien op een geïdentificeerd of identificeerbaar persoon, zoals anonieme gegevens en metadata; zie overweging 26 AVG.

¹⁷² Indien de toestemming wordt ingetrokken en geen andere rechtvaardigingsgrond bestaat voor het verwerken van persoonsgegevens is de verwerkingsverantwoordelijke verplicht de persoonsgegevens van de betrokkene te wissen; zie het 'recht op vergetelheid' neergelegd in Art. 17 AVG. Zie ook vooroverweging 39 bij de Richtlijn digitale inhoud.

¹⁷³ Vooroverweging 39 bij de Richtlijn digitale inhoud.

¹⁷⁴ Helberger, Zuiderveen Borgesius & Reyna, *Common Market Law Review* 2017, vol. 54, p. 1462-1463.

persoonsgegevens, tenzij sprake is van de uitzonderingen uit de Richtlijn.¹⁷⁵ Deze uitzonderingen zijn in de literatuur kritisch ontvangen, omdat ze indruisen tegen het idee dat na ontbinding van de overeenkomst ongedaanmakingsverplichtingen gelden.¹⁷⁶ Daarnaast bestaat mogelijk strijdigheid met het verbod op ongerechtvaardigde verrijking.¹⁷⁷

De moeilijkheden die gelden bij de doorverkochte data bij 'vernietigbaarheid' en 'wanprestatie' worden niet geadresseerd in de Richtlijn.¹⁷⁸ Daarnaast bevat de Richtlijn geen expliciet gebod om te stoppen met terbeschikkingstelling van niet-persoonsgegevens aan derden. Daarentegen bestaat wel een verbod voor de consument om na ontbinding de digitale inhoud of dienst ter beschikking te stellen aan derden (Art. 17 lid 1).¹⁷⁹ Of doorverkoop van de gegevens is toegestaan, hangt af van de uitleg van het begrip 'gebruik' in de Richtlijn. Dit begrip wordt niet gedefinieerd in de Richtlijn of de toelichting, maar Spierings pleit ervoor om dit te interpreteren zodat het aansluit bij 'verwerking' zoals dit wordt gebruikt in de AVG. Dit betekent dat het ziet op intern gebruik (bijvoorbeeld het inzien en combineren van gegevens om zo diensten aan andere consumenten te verbeteren) en extern gebruik (het doorverkopen van gegevens).¹⁸⁰

Van belang is dat wat hier gezegd is over de rechtsfiguur ontbinding niet van toepassing is op de opzegging. Bij de opzegging is geen sprake van een tekortkoming aan de zijde van de handelaar, maar de consument wil eenvoudigweg stoppen met het gebruik van de dienst of het product. In de Richtlijn wordt niet geadresseerd wat daarna moet gebeuren met de door de consument verstrekte gegevens. In elk geval bestaat onder Nederlands recht na opzegging geen verplichting tot ongedaanmaking van reeds verrichte prestaties (en dat is bij ontbinding wel het geval). De wetgever zal moeten bepalen of die regel passend is voor overeenkomsten tot levering van digitale inhoud. Een mogelijkheid zou zijn om het hierboven besprokene uit Art. 16 lid 3 van de Richtlijn analoog toe te passen op gevallen van opzegging.¹⁸¹

Tot slot kan ook de remedie van prijsvermindering in de praktijk problematisch zijn. Een vraag is of deze remedie voldoende bescherming biedt aan consumenten. Werkt bijvoorbeeld een component van een gedownload app of game niet naar behoren, dan zou de aanbieder kunnen stellen dat een verzoek tot nakoming onevenredig is, en in plaats daarvan prijsvermindering aanbieden (Art. 14 lid 4 van de Richtlijn digitale inhoud). Het is echter de vraag of een consument daarmee tevreden kan zijn. Een app of game die maar voor een deel werkt, biedt wellicht minder dan wat de consument op grond

¹⁷⁵ De handelaar moet afzien van gebruik van deze gegevens na ontbinding, tenzij a) deze geen nut hebben buiten de context van de geleverde digitale inhoud of digitale dienst, b) zij enkel verband houden met de activiteit van de consument bij het gebruik van de inhoud of dienst, c) de gegevens zijn samengevoegd en niet of met bovenmatige inspanningen kunnen worden ontvlochten, en d) de gegevens door de consument en anderen gezamenlijk zijn gegenereerd en andere consumenten die inhoud kunnen blijven gebruiken. Daarnaast heeft de consument het recht dat de handelaar de niet-persoonsgegevens beschikbaar stelt die door hem zijn verstrekt of gecreëerd (een resonantie van het inzage-recht uit Art. 15 AVG). Ook hier gelden de hier genoemde uitzonderingen onder a) t/m c).

¹⁷⁶ Spierings geeft aan dat c en d praktisch mogelijk zijn voor de handelaar. Bij de uitzonderingen onder a en b wordt er volgens haar te makkelijk overheen gestapt dat de overeenkomst is beëindigd door het niet nakomen van de overeenkomst door de handelaar. Daarnaast is het onduidelijk wat wordt bedoeld met 'geen nut'. Zij neemt aan dat hier sprake is van 'geen economisch nut', aangezien de handelaar er anders alsnog aan zou kunnen verdienen door ze door te verkopen. Zie Spierings, *MvV* 2019, afl. 6, p. 207.

¹⁷⁷ Dit is een algemeen beginsel van Unierecht, maar tot op heden heeft dit geen directe horizontale werking. Spierings, *MvV* 2019, afl. 6, p. 207 met verwijzing naar M.M.C. van de Moosdijk, *Unjust Enrichment in European Union Law* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 168 e.v. Specifiek over horizontale verhoudingen: nr. 178 e.v.

¹⁷⁸ Art. 16 lid 3 van de Richtlijn digitale inhoud.

¹⁷⁹ Zie ook vooroverweging 72 bij de Richtlijn digitale inhoud.

¹⁸⁰ Spierings, *MvV* 2019, afl. 6, p. 207.

¹⁸¹ Idem.

van de overeenkomst redelijkerwijs had mogen verwachten. In dit opzicht laat de bepaling ruimte voor verschillende uitleg en toepassing, die mogelijk in het nadeel van consumenten uitvalt.¹⁸²

3.5 Een lacune ten aanzien van het Internet of Things (IoT)

Vermelding verdient tot slot dat het Internet of Things (IoT) is uitgesloten van het toepassingsbereik van de Richtlijn digitale inhoud. In plaats daarvan heeft de Europese wetgever ervoor gekozen om dergelijke producten onder het bereik van de nieuwe kooprichtlijn te brengen.¹⁸³ Die Richtlijn is van toepassing op goederen, alsmede op 'roerende lichamelijke zaken waarin digitale inhoud of digitale diensten zijn verwerkt of die daarmee onderling verbonden zijn, op zodanige wijze dat het ontbreken van die digitale inhoud of die digitale dienst ertoe zou leiden dat de goederen hun functies niet kunnen vervullen ("goederen met digitale elementen") (Art. 2 punt 5 sub b jo. Art. 3 lid 3 van de nieuwe Richtlijn consumentenkoop). Deze bepaling is lang onderwerp van discussie geweest. Getwijfeld kan worden of de keuze om het IoT onder koop te brengen passend is. De hierboven besproken remedies voor digitale inhoud – hoewel nog niet geheel uitgekristalliseerd – doen mogelijk meer recht aan de specifieke aspecten van digitale inhoud en diensten.¹⁸⁴ Vanuit dat perspectief was het beter geweest om het IoT onder de Richtlijn digitale inhoud te brengen.¹⁸⁵

3.6 Tussenconclusie

Samenvattend kan worden gesteld dat de toegang tot, en de verwerking van data een disbalans creëren in de machtsverhouding tussen handelaren en gebruikers. Dat probleem doet zich in sterke mate voor in de verhouding tussen (grote) online platformen en consumenten. Onder omstandigheden kan dat leiden tot misbruik van een economische machtspositie waartegen via het mededingingsrecht kan worden opgetreden. Dat is echter lang niet altijd het geval en vanuit het mededingingsrecht wordt, evenals vanuit het consumentenrecht, nog gezocht naar passende oplossingen voor de regulering van markten waarin (grote) online platformen een machtspositie verwerven. De suggestie van economen om de macht van platformen te doorbreken door hen te verplichten data te delen lijkt voorsnog niet haalbaar, omdat de AVG aan die oplossing in de weg staat.

Het consumentenrecht en -beleid zou de positie van consumenten jegens platformen en andere handelaren kunnen versterken door hen mogelijkheden te geven om over hun eigen data (incl. persoonsgegevens) te beschikken. Ook zou consumentenbescherming kunnen worden versterkt door consumenten effectieve remedies te bieden voor geleden schade of het niet of niet naar behoren nakomen van overeenkomsten. Wij komen tot de volgende bevindingen.

- **Niet aansluiten van contractenrecht en AVG.** De contractenrechtelijke remedies uit de Richtlijn digitale inhoud en uit het Nederlandse overeenkomstenrecht sluiten niet naadloos aan op het regime voor bescherming van persoonsgegevens van de AVG. Dat is problematisch bij overeenkomsten waar de consument data (incl. persoonsgegevens) verstrekt in ruil voor

¹⁸² V. Mak, *The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content. In-depth analysis*, Study for the JURI Committee of the European Parliament 2016, p. 25.

¹⁸³ Richtlijn (EU) 2019/771 van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, *PbEU* 2019, L 136/28.

¹⁸⁴ Overigens is de hiërarchie van remedies in beide richtlijnen wel min of meer gelijk en verplicht de kooprichtlijn ook tot het bieden van updates; zie Richtlijn consumentenkoop 2019, Art. 7 lid 3.

¹⁸⁵ Dit standpunt is reeds naar voren gebracht bij de eerste discussies over de richtlijnvoorstellen. Zie H. Beale, *Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment. In-depth analysis*, Study for the JURI Committee of the European Parliament 2016; V. Mak, *The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content. In-depth analysis*, Study for the JURI Committee of the European Parliament 2016.

een 'gratis' digitale dienst. Dergelijke overeenkomsten worden vaak gesloten op basis van de rechtmatigheidsgrond 'toestemming'. Daardoor wordt een gedeelte van de verantwoordelijkheid voor het verantwoord gebruik van persoonsgegevens bij de consument gelegd, maar het is de vraag of dit gelet op de belangen van de handelaar en consument juist is. Daarbij komt de informatieplicht voor algemene voorwaarden niet overeen met de vereiste van geïnformeerde toestemming van de AVG. Hetzelfde geldt voor het vereiste dat toestemming ondubbelzinnig moet zijn.

- **Uitvoering remedies.** Bij de uitvoering van de remedies voor non-conforme digitale inhoud doen zich praktische bezwaren voor. Als onderdeel van ongedaanmakingsverplichtingen moeten persoonsgegevens in bepaalde gevallen aan de consument worden 'teruggegeven'. Dat is vrijwel niet mogelijk wanneer de gegevens al zijn doorverkocht. De consument kan de overeenkomst in bepaalde gevallen ontbinden of opzeggen, maar het is de vraag of die remedies aansluiten bij diens behoefte indien het gebruik van gegevens niet kan worden stopgezet.
- **Schadevergoeding.** Schadevergoeding bij onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens (met name immateriële schadevergoeding) is moeilijk vast te stellen. De nationale of Europese wetgever zou op dit punt sturing kunnen geven.
- **Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving.** De Autoriteit Persoonsgegevens heeft de bevoegdheid tot handhaving van de AVG, maar er zijn signalen dat de handhaving tekortschiet. Een alternatieve route voor handhaving bestaat via de privaatrechtelijke weg door de consument zelf. Het is van belang dat het privaatrecht voldoende is toegerust om de consument van effectieve remedies te voorzien.

V. Een toekomstbestendig consumentenbeleid

Welke alternatieven bestaan voor consumentenbeleid in de digitale economie?

Naast het aanpassen van bestaande regelgeving kunnen alternatieven worden overwogen om het consumentenbeleid in de digitale economie toekomstbestendig te maken. Zonder te streven naar volledigheid behandelen wij in deze paragraaf een aantal mogelijke oplossingsrichtingen. Ten eerste onderzoeken we welke tools zouden kunnen worden ontwikkeld om consumenten meer zeggenschap te geven over de data (incl. persoonsgegevens) die online platformen van hen vergaren (par. V.1). Dergelijke tools zouden een tegenwicht kunnen bieden tegen de machtspositie die online platformen in verschillende markten hebben verkregen, zoals in paragraaf III besproken. Ten tweede onderzoeken we welke mogelijkheden bestaan om via co- en zelfregulering tot uitkomsten te komen waarmee consumentenbescherming wordt gewaarborgd (par. V.2). In het bovenstaande werd al op verschillende plaatsen gewezen op de mogelijkheid om gedragscodes, richtlijnen of standaarden te ontwikkelen in aanvulling op bestaande regelgeving. In dit deel gaan wij in op de vraag hoe dergelijke instrumenten van co- en zelfregulering kunnen worden ingebed in het stelsel van nationale en Europese regelgeving.¹⁸⁶

1. Tools voor de digitale consument

Om de consument een sterkere positie te geven ten aanzien van online platformen zou een aantal *tools* kunnen worden ontwikkeld. Op basis van een literatuurstudie hebben wij de volgende

¹⁸⁶ Vgl. V. Mak, *Legal Pluralism in European Contract Law*, Oxford: OUP 2020 (te verschijnen); I. Giesen, '(Zelf)Regulering van en in het privaatrecht: op zoek naar een "ReL"?' , *NTBR* 2018, p. 135-138.

alternatieven geïdentificeerd die er in het bijzonder op zien om de zeggenschap van de consument over zijn of haar persoonsgegevens en andere data te vergroten::

Privacy by design. Door middel van het aanpassen van de online omgeving waarin consumenten aankopen doen, zou de keuze bij henzelf neergelegd kunnen worden hoe veel informatie zij met bedrijven willen delen. Daarmee houden consumenten zelf tot zekere hoogte controle over het gebruik van hun data en bijgevolg de personalisatie van advertenties, prijzen, en andere zaken op basis van hun voorkeuren. Om dit type ‘privacy by design’ te bewerkstelligen bestaan verschillende mogelijkheden. De omgeving voor het online bestellen van goederen of diensten zou twee opties kunnen aanbieden: één waarin consumenten hun gegevens delen met de aanbieder, en één waarin consumenten tegen een hogere prijs kunnen kiezen voor grotere privacy. Economisch onderzoek suggereert dat consumenten die, vanwege cognitieve beperkingen bekend uit de gedragswetenschappen, geen perfect inzicht hebben in hoe de markt werkt in beginsel bereid zijn de duurdere optie met grotere privacy te kiezen.¹⁸⁷ Spierings stelt dat dit niet de kant is die de wetgever, zowel de Nederlandse als de EU-wetgever, op wil.¹⁸⁸ Een bezwaar dat kan meespelen is dat de optie waarbij de consument geen persoonsgegevens verstrekt, juist omdat die optie tegen betaling is, maar voor een deel van de consumenten bereikbaar is.

Een andere mogelijkheid die nu al openstaat voor consumenten is om bij zoektochten op internet een browser te gebruiken die gegevens anonimiseert. De meeste browser bieden een dergelijke optie door het kiezen van een ‘private window’ of een ‘incognito mode’. In die modus wordt niet bijgehouden welke websites de gebruiker bezoekt of welke zoektermen hij of zij intikt en worden cookies en soms ook tijdelijke downloads bij het afsluiten van de browser gewist.¹⁸⁹ Niettemin is deze methode niet helemaal privé: de gegevens worden alleen niet opgeslagen op het apparaat dat gebruikt wordt voor het browsen, bijvoorbeeld de tablet, computer of telefoon. Andere hardware—zoals routers en servers—kan wel meekijken.¹⁹⁰ Dat betekent dat aanbieders wel de zoekgegevens ontvangen die zij in hun data-analyse van alle gebruikers kunnen meenemen; alleen zijn deze gegevens niet te herleiden tot de individuele consument. Enige bescherming tegen personalisatie biedt deze modus dus wel. Wie helemaal privé wil browsen heeft overigens ook de mogelijkheid om browser Tor te gebruiken of om via VPN zijn of haar IP-adres te wijzigen. Die laatste twee opties worden echter vaak in verband gebracht met illegale activiteiten, dus een gebruiker moet misschien even bedenken of hij of zij die insinuatie op de koop toeneemt.

Dataportabiliteit. Consumenten hebben op grond van de AVG een recht op dataportabiliteit (Art. 20 AVG). Het recht op dataportabiliteit geldt voor alle digitale persoonsgegevens die een organisatie ofwel met toestemming van de betrokkene heeft verwerkt, ofwel heeft verkregen om een overeenkomst met de betrokkene uit te voeren. Indien de betrokkene daarom verzoekt, is de organisatie verplicht de gegevens te verstrekken in een vorm die het makkelijk maakt om de gegevens te hergebruiken en door te geven aan een andere organisatie.¹⁹¹

¹⁸⁷ S. Dengler en J. Prüfer, Consumers’ Privacy Choices in the Era of Big Data, TILEC Discussion Paper No. 2018-0014, <https://ssrn.com/abstract=3159028>, laatst bezocht 29-1-2020. B. Lubomirov, *WPNR* 2018/7181, p.151.

¹⁸⁸ Spierings, *MvV* 2019, afl. 6, p. 207.

¹⁸⁹ L. Mathews, ‘What Is Private Browsing and Why Should You Use It?’, <https://www.forbes.com/sites/leemathews/2017/01/27/what-is-private-browsing-and-why-should-you-use-it/#8bf4b6925b1c>, bezocht op 29-1-2020.

¹⁹⁰ E. Bellens, ‘Private modus is niet wat u denkt’, <https://datanews.knack.be/ict/nieuws/private-modus-is-niet-wat-u-denkt/article-normal-1140079.html>, bezocht op 29-1-2020.

¹⁹¹ Zie ook <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/zelf-doen/gebruik-uw-privacyrechten/recht-op-dataportabiliteit>, bezocht op 29-1-2020.

Hoe deze bepaling in de praktijk vorm krijgt, moet nog verder worden uitgewerkt. In de Richtlijnen bij Art. 20 AVG wordt als mogelijke tool voor dataportabiliteit verwezen naar API's.¹⁹² Een API, voluit een 'application programming interface', is een interface aangeboden door een applicatie of webdienst waarmee andere systemen aan de applicatie kunnen worden gelinkt en met het systeem kunnen werken.¹⁹³ In de praktijk is tot nu toe echter nog weinig zichtbaar van de voorgestelde eenvoudige wijze van data-overdracht. Een platform als Facebook, bijvoorbeeld, maakt het mogelijk om alle gegevens in één bestand te downloaden. Het is echter nog niet heel gemakkelijk om de gegevens op een concurrerend platform te uploaden. Facebook kondigde overigens in december 2019 aan dat wordt gewerkt aan een tool waarmee foto's en video's eenvoudig kunnen worden verplaatst naar andere platformen, zoals Google. De tool wordt ontwikkeld vooruitlopend op nieuwe Amerikaanse wetgeving (de ACCESS Act, waarvoor een voorstel aanhangig is) en zou in het voorjaar van 2020 gelanceerd moeten worden.¹⁹⁴

Monetarisieren van data. Dat data van waarde zijn staat vast, maar tegelijk is het lastig om een specifiek bedrag aan data te koppelen (zie par. IV.2 hierboven). Om de digitale consument een sterkere positie te geven ten opzichte van grote online platformen zou een tool kunnen worden ontwikkeld waarmee data toch op geld kunnen worden gewaardeerd. Een bepaald aantal 'likes' zou gelijk kunnen staan aan een bepaald bedrag in euro's. De consument verkrijgt daarmee een sterkere onderhandelingspositie ten opzichte van de exploitant van het platform en zou bijvoorbeeld bij vertrek van het platform om uitbetaling kunnen verzoeken. Dat kan een pressiemiddel zijn in geval de platformbeheerder zijn verplichtingen jegens de consument onvoldoende nakomt (vgl. het recht op opschorting in artt. 6:262 en 6:263 BW).

Terughoudendheid is echter geboden bij het monetariseren van data. De bescherming van persoonsgegevens is een fundamenteel recht en de AVG biedt een – voor zover mogelijk – afgewogen regime om te bepalen onder welke omstandigheden persoonsgegevens gebruikt en verwerkt mogen worden. Het monetariseren van data zou dat systeem mogelijk doorkruisen. Verder bestaat de kans dat een begin wordt ingezet van een 'slippery slope' waardoor de bescherming van persoonsgegevens uitgehold wordt. Overigens lijkt daarvoor in Europa meer angst te bestaan dan in de Verenigde Staten, waar ook in de academische literatuur al langer wordt aangenomen dat het onder omstandigheden toegestaan moet zijn om data op geld te waarderen.¹⁹⁵

Verder zal bij de uitwerking van het monetariseren van data een methode moeten worden ontwikkeld op basis waarvan een bepaalde waarde kan worden toegekend aan data. Op dit moment bestaat een dergelijke methode niet. In de literatuur wordt wel erkend dat data waarde heeft voor de individuele betrokkene wiens data wordt vergaard en verwerkt door een onderneming. Die waarde kan zowel emotioneel zijn als op geld waardeerbaar.¹⁹⁶

Keurmerken en certificaten. Consumenten zijn gebaat bij duidelijke informatie op grond waarvan zij zelf weloverwogen keuzes kunnen maken. Een tool die hen daarbij kan helpen is een keurmerk of een certificaat. In de platformeconomie zou bijv. via deze weg kunnen worden gecommuniceerd of een online platform voldoet aan – nader vast te stellen – Europese standaarden voor zorgvuldig

¹⁹² Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on the right to data portability*, Brussel 13 december 2016, beschikbaar via https://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-51/wp242_en_40852.pdf, bezocht op 29-1-2020.

¹⁹³ Idem, voetnoot 5.

¹⁹⁴ 'Facebook addresses antitrust concerns with new tool that lets you transfer photos to Google', *CNBC* 2 december 2019, beschikbaar via <https://www.cnbc.com/2019/12/02/facebook-releases-new-data-portability-tool-for-photos.html>, bezocht op 29-1-2020.

¹⁹⁵ Vgl. N. Purtova, *Property Rights in Personal Data: a European Perspective*, Vianen: BOXPress 2011.

¹⁹⁶ Vgl. Tjong Tjin Tai, in: E.M.L. Moerel e.a., *Homo digitalis. Preadviezen* (Nederlandse Juristen-Vereniging), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 255.

datagebruik,¹⁹⁷ of dat regels van EU-consumentenrecht van toepassing zijn.¹⁹⁸ Op dit moment bestaan nog weinig keurmerken voor de digitale economie. Op Europees niveau is een keurmerk ontwikkeld waarmee aanbieders van 'electronic trust services' kunnen aangeven dat zij voldoen aan de voorwaarden van de eIDAS Verordening.¹⁹⁹ Daarmee is echter alleen website-authenticatie gedekt. Een keurmerk dat in bredere zin weergeeft dat een platform voldoet aan regels van Europees consumentenrecht zou op EU-niveau kunnen worden ontwikkeld, maar eventueel ook op nationaal niveau voor platformen die vooral in lokale markten opereren.²⁰⁰

Privaatrechtelijke tools. Ook de gang naar de Nederlandse civiele rechter zou in principe een tool kunnen zijn voor de digitale consument. Hier zijn een aantal facetten die versterkt zouden moeten worden, in het bijzonder om de bescherming van persoonsgegevens te waarborgen. Momenteel wordt door betrokkenen (en daarmee consumenten) weinig geprocedeerd over overtredingen van de AVG (of de oude Wbp). Zij beginnen niet vaak een civiele procedure, hebben beperkte kennis over hun rechten en correctiemechanismen op dit gebied. Daarnaast duurt een procedure lang en zijn de kosten vaak hoog. Hierdoor doen rechters anderzijds geen expertise op over de toepassing van het gegevensbeschermingsrecht (waarbij rechtsontwikkeling ook achterwege blijft).²⁰¹ Uit paragraaf IV.3.2 blijkt dat het accepteren van het verwerken van persoonsgegevens 'verstopt' kan zijn in de algemene voorwaarden. Een voorstel is om dergelijke bedingen standaard op te laten nemen in de hoofdovereenkomst (vergelijkbaar met een forumkeuzebeding).²⁰² Ook de Nederlands privaatrechtelijke informatieverplichting bij algemene voorwaarden komt niet overeen met het vereiste van geïnformeerde toestemming uit de AVG. Naast het opnemen van een dergelijk beding in de hoofdovereenkomst, kan het een optie zijn om in dergelijke gevallen bij de bescherming van zwakkere partijen (zoals de consument) deze informatieverplichting even zwaar te maken als dat vereiste in de AVG. Een andere mogelijkheid is om een beding in de AVG tot het verwerken van persoonsgegevens op te nemen op de grijze of zwarte lijsten. Ook de privaatrechtelijke zorgplicht bij informatie omtrent het gebruik van persoonsgegevens bestaat op dit moment nog niet (waar deze bij een bancaire zorgplicht bij effectenleasovereenkomsten bijvoorbeeld wel bestaat). Dit hoeft niet opgelost te worden via wetgeving, maar de rechtspraak zou hier duidelijkheid over kunnen bieden.²⁰³ Daarnaast is het wenselijk dat de interpretatie van 'gebruik' in de Richtlijn digitale inhoud aansluit op de interpretatie van 'verwerking' uit de AVG. Gezien het feit dat in dezelfde richtlijn niets is bepaald over de verplichtingen na opzegging (in tegenstelling tot ontbinding), is het wenselijk dat Art. 16 lid 3 van deze richtlijn daar analoog op wordt toegepast.

Het feit dat de praktische gevolgen van een beroep privaatrechtelijke figuren zoals de vernietiging, wanprestatie en vordering tot schadevergoeding niet uitvoerbaar zijn of niet helder zijn, zorgt ook voor problemen bij de civielrechtelijke handhaving. Het praktische probleem van het 'teruggeven' van persoonsgegevens bij een verplichting van terugwerkende kracht blijft bestaan. Daarnaast is het voor de consument niet helder of en in welke gevallen hij (met name immateriële) schadevergoeding kan eisen. Hierover dient door de rechtspraak of wellicht door de wetgever door middel van regelgeving of beleid helderheid over worden gegeven. Hier kan nog nader onderzoek naar worden gedaan.

¹⁹⁷ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, *Weissbuch Digitale Plattformen* 2017, p. 71, 107.

¹⁹⁸ Cauffman, *Journal of European Consumer and Market Law* 2016, vol. 5, afl. 6, p. 240-241.

¹⁹⁹ Verordening (EU) 910/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt en tot intrekking van Richtlijn 1999/93/EG, *PbEU* 2014, L 257/73 (eIDAS Verordening).

²⁰⁰ *Idem*, p. 241.

²⁰¹ Walree, *WPNR* 2017/7172 met verwijzing naar FRA (European Union Agency for Fundamental Rights), *Access to data protection remedies in EU Member States*, gepubliceerd in 2014, p. 10, 30, 33, 37 en 50.

²⁰² Van Gulijk & Op Heij, *WPNR* 2016/7110, p. 453.

²⁰³ Van Gulijk & Op Heij, *WPNR* 2016/7110, p. 453.

2. Co-regulering en zelfregulering als alternatieven voor nieuwe regelgeving

Op welke wijze kunnen de tools genoemd in paragraaf V.1 worden ontwikkeld? Hoewel de wetgever zelf opdracht kan geven om dergelijke tools te ontwikkelen, ligt het in de platformeconomie voor de hand ook de mogelijkheden van co- of zelfregulering te onderzoeken. Doordat de bedrijfsmodellen van online platformen veelal buiten de kaders van bestaande regelgeving vallen, zijn platformen vrij om eigen regels te stellen waaraan gebruikers moeten voldoen (zie hierboven par. IV.2.1 en IV.3.1). Dat heeft ertoe geleid dat de rechtsverhoudingen tussen platformen en gebruikers vooral beheerst worden door contractuele afspraken (incl. algemene voorwaarden) en gedragscodes van platformen. Wetgevers op nationaal en Europees niveau zijn tot nu toe terughoudend geweest in het opleggen van regulering, onder andere om te voorkomen dat innovatie wordt belemmerd. De Europese Commissie heeft in haar agenda voor de platformeconomie uit 2016 zelfs expliciet gesteld in sommige situaties de voorkeur te geven aan zelfregulering.²⁰⁴

De wetgever zou een aantal acties kunnen ondernemen om co- en zelfregulering te stimuleren op concrete terreinen, bijvoorbeeld in de vorm van nieuw te ontwikkelen standaarden. Verder zou de wetgever een gerichte keuze kunnen maken voor co-regulering dan wel zelfregulering. Wij bespreken beide punten in meer detail.

a. Stimuleren van co- en zelfregulering

In paragraaf IV is voor een aantal aspecten van de digitale economie geconstateerd dat richtlijnen of standaarden uitkomst zouden kunnen bieden voor het vergroten van de consumentenbescherming. De wetgever zou een aanzet kunnen geven tot het ontwikkelen van dergelijke instrumenten. Voor het overzicht vatten wij de geïdentificeerde gebieden hier samen:

- kwalificatie van een online platform als bemiddelaar, agent of lasthebber, en de daarmee gepaard gaande verplichtingen en mogelijke aansprakelijkheid (p. 12);
- objectieve criteria om te bepalen of een aanbieder die via een online platform producten of diensten aanbiedt heeft te gelden als professionele handelaar (p. 17);
- richtlijnen of standaarden voor het ontwerp van betrouwbare online reputatiesystemen (p. 24);
- technische standaarden voor digitale inhoud (p. 34).

b. Inbedding van gedragscodes en andere vormen van zelfregulering

Niet alleen worden gedragscodes en soortgelijke richtlijnen in de platformeconomie veel gebruikt, zij zijn de afgelopen jaren in het algemeen belangrijker geworden voor de praktijk.²⁰⁵ Tegelijk is in de rechtspraak geen heldere lijn te ontdekken in de omgang met zelfregulering. Lagere rechters lijken open te staan voor het toepassen van gedragscodes als bindende regels tussen partijen, in het bijzonder indien partijen het eens zijn dat één van de partijen aan de code gebonden was.²⁰⁶ De Hoge Raad is meer terughoudend, hoewel gedragscodes soms wel worden omarmd. In *Achmea/X* is de Hoge

²⁰⁴ Europese Commissie, 'Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's. Online platforms en de digitale eengemaakte markt. Kansen en uitdagingen voor Europa', COM(2016) 288 final, p. 9, 16.

²⁰⁵ Giesen, *NTBR* 2018, p. 135, met verwijzing naar A. Kestic, F.A. van Tilburg & P.W.J. Verbruggen, 'Private normstelling: criteria voor toepassing van private regelgeving in de rechtszaal', *RegelMaat* 2009, vol. 24, afl. 4, p. 199 e.v.; A.J. Akkermans, 'Beter recht door herziening van ons beeld van de herkomst van rechtsnormen', *NTBR* 2011, p. 513.

²⁰⁶ M.-C. Menting, *Industry Codes of Conduct in a Multi-Layered Dutch Private Law*, dissertatie Tilburg 2016, beschikbaar via https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/23090135/Menting_Industry_07_12_2016_emb.pdf, bezocht op 29-1-2020, p. 261-262

Raad aan de andere kant zeer duidelijk dat ‘de Gedragscode berust op zelfregulering en niet kan worden aangemerkt als “recht” in de zin van art. 79 RO’.²⁰⁷

Indien wordt ingezet op co- of zelfregulering om de onder punt *a* genoemde aspecten verder in te vullen, is het van belang rekening te houden met deze onzekerheid. Voor gebruikers van online platformen, waaronder consumenten, kan onduidelijk zijn of een gedragscode juridisch bindend wordt geacht en daarmee voor de rechter kan worden afgedwongen. Onder omstandigheden bestaat voor consumenten overigens wel een mogelijkheid om een beroep te doen op de regeling inzake misleidende handelspraktijken indien een handelaar – evt. zou dat een platform kunnen zijn – zich niet houdt aan een gedragscode die zij onderschrijft en die concreet en kenbaar is (art. 6:193c lid 2 sub b BW).

Een manier voor de wetgever om de onzekerheid ten aanzien van de verbindendheid van gedragscodes te begrenzen is door zelf de regie steviger in handen te houden. In dat licht zou co-regulering de voorkeur verdienen boven zelfregulering door online platformen of andere partijen, zoals consumentenorganisaties. De wetgever zou partijen kunnen benaderen voor het uitwerken van een concreet vastgesteld onderwerp. Bij productveiligheid heeft deze aanpak op Europees niveau al tot resultaat geleid. In 2018 werd door de Europese Commissie en vier grote online platformen (waaronder Amazon en Alibaba) een *Product Safety Pledge* ondertekend.²⁰⁸

Een reden om als wetgever de regie te nemen is bovendien dat daarmee, anders dan bij zelfregulering door marktpartijen, de democratische legitimiteit van de regels geborgd is.²⁰⁹ Dat is in het bijzonder van belang bij situaties die raken aan waarden en belangen waarvoor de overheid een verantwoordelijkheid draagt jegens burgers. Door de macht van grote technologiebedrijven in de platformeconomie komen waarden van democratie en rechtsstaat in het gedrang, zoals de bescherming van grondrechten, gelijke behandeling en het recht op privacy, als ook persvrijheid, mediapluriformiteit, en de robuustheid van de democratie zelf. Ook waarden van open markten kunnen onder druk komen, waaronder economische vrijheid, welvaart en innovatie.²¹⁰

VI. Slotbeschouwing

In het bovenstaande hebben wij ten aanzien van de digitale consument onderzocht op welke punten regelgeving bestaat, waar lacunes bestaan, en waar nieuwe regelgeving noodzakelijk of wenselijk zou zijn. Ook hebben wij bekeken welke alternatieve beleidsopties bestaan om de bescherming van de digitale consument te vergroten. Daarbij valt te denken aan ‘privacy by design’ opties, het creëren van dataportabiliteit, mogelijkheden creëren voor het moneteriseren van data, en het ontwikkelen van keurmerken of certificaten. Specifiek ten aanzien van data en digitale diensten hebben wij ook een aantal privaatrechtelijke *tools* gesignaleerd die consumenten zouden helpen meer zeggenschap te krijgen over hun data.

In antwoord op de onderzoeksvraag *Hoe kan het consumentenbeleid toekomstbestendig worden gemaakt voor de ‘digitale consument’?* kan worden gesteld dat de regelgeving op veel punten nog

²⁰⁷ HR 18 april 2014, NJ 2015/20, ECLI:NL:HR:2014:942 (*Achmea/X*), r.o. 5.2.1.

²⁰⁸ Europese Commissie, ‘Product Safety Pledge. Voluntary commitment of online marketplaces with respect to the safety of non-food consumer products sold online by third party sellers’, beschikbaar via https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/voluntary_commitment_document_4signatures3-web.pdf, bezocht op 29-1-2020.

²⁰⁹ Een manier om dat probleem te ondervangen is om procedurele regels te ontwikkelen waaraan gedragscodes moeten voldoen om bindend te kunnen worden geacht. Zie I. Giesen, *Alternatieve Regelgeving en Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007, 141. Vgl. M.-C. Menting & J.B.M. Vranken, ‘Gedragscodes in een meergelaagd privaatrecht in Europa en Nederland’, in: M.-C. Menting, J.B.M. Vranken & M.W. Scheltema, *Gedragscodes in internationaal, Europees en privaatrechtelijk perspectief: Juridische betekenis, effectiviteit en handhaving. Preadviezen* (Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 7-59.

²¹⁰ A. Gerbrandy, ‘De platformeconomie kan (nog) zonder algoritmewaakhond’, *NRC* 8 december 2017.

niet afdoende in staat is om consumenten bescherming te bieden in de platformeconomie, en in relatie tot data en digitale diensten.²¹¹ Wij sluiten af met een aantal algemene bevindingen.

Consumentenbescherming in de digitale economie staat met name onder druk doordat scheve machtsverhoudingen ontstaan tussen aanbieders (incl. platformen) en consumenten. Data-vergaring en data-analyse plaatst aanbieders in een sterke positie ten opzichte van consumenten, omdat zij beter in staat zijn de voorkeuren van consumenten te bepalen, en hun marketing van producten en diensten daarop aan te passen. Hoewel ongelijke machtsverhoudingen kenmerkend zijn voor de relaties tussen aanbieders en consumenten in markten voor producten en diensten, lijkt het huidige consumentenrecht en -beleid onvoldoende in staat om in deze nieuwe situatie de belangen van consumenten te beschermen. Om die reden lijkt actie van de wetgever noodzakelijk, in het bijzonder om de zeggenschap van consumenten over het gebruik van data te vergroten. Voorts is actie wenselijk waar het gaat om het verhelderen van een aantal specifieke punten, zoals de kwalificatie van platformen en daarmee gepaard gaande verplichtingen, de status van handelaren (professioneel of niet?), de betrouwbaarheid van online reputatiesystemen, en de gevolgen van het invoeren van contractuele remedies in gevallen waar de consument persoonsgegevens en/of andere data heeft verstrekt in ruil voor digitale inhoud of een digitale dienst.

Oplappingsrichtingen kunnen op ten minste drie terreinen worden gezocht: in het mededingingsrecht, in het consumentenrecht, of via alternatieve beleidsopties gericht op het versterken van de positie van de digitale consument. In het bovenstaande hebben wij een overzicht gegeven van de verschillende mogelijkheden. Het ligt voor de hand dat een mix van acties op elk van deze terreinen wordt nagestreefd. Daarbij is een vraag voor de wetgever of nieuwe regels ten aanzien van online platformen zouden moeten gelden voor alle platformen, of alleen voor de hele grote. In Frankrijk is voor de laatste optie gekozen, om te voorkomen dat kleine platformen en start-ups door regulering onvoldoende in staat zouden zijn om hun activiteiten te ontplooiën.²¹²

Bijzondere aandacht verdient de mogelijkheid om nieuwe regelgeving te ontwikkelen via co- of zelfregulering. Dat betekent dat de wetgever regels ontwikkelt in samenspraak met autoriteiten (zoals de ACM of de AP), consumentenorganisaties, of standaardisatieorganisaties. In de platformeconomie zou deze route tot werkbare resultaten kunnen leiden, zoals op Europees niveau al te zien is in de door de Europese Commissie met vier grote platformen ontwikkelde *Product Safety Pledge*. Indien voor deze route wordt gekozen, zou de wetgever nog steeds zelf de regie in handen kunnen houden door partijen te benaderen voor het uitwerken van een concreet vastgesteld onderwerp.

²¹¹ Zie de conclusies in para. IV.2.6 en IV.3.6.

²¹² Zie p. 22. Vgl. ook de bepaling over een uploadfilter in Art. 13 van de nieuwe Europese Richtlijn betreffende auteursrechten, waarin een uitzondering wordt gemaakt voor kleine platformen. Richtlijn (EU) 2019/790 van het Europees Parlement en de Raad inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt en tot wijziging van Richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG, *PbEU* 2019, L 130/92.

Literatuur

Alsenoy, B. van, 'Liability under EU Data Protection Law. From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation', *JIPITEC* 2016, nr. 3 p. 274-275.

Akkermans, A.J., 'Beter recht door herziening van ons beeld van de herkomst van rechtsnormen', *NTBR* 2011, p. 149-158

Bolton, G., Greiner, B., & Ockenfels, A., 'Engineering Trust: Reciprocity in the Production of Reputation Information', *Management Science* 2013, vol. 59, p. 265-285

Boom, W.H. van, 'WCA → WCAM → WAMCA', *TvC* 2019, afl. 4, p. 154-160.

Bozdoganoglu, B., 'Tax Issues Arise from a New Economic Model: Sharing Economy', *International Journal of Business and Social Science* 2017, vol. 8, p. 119-137

M.E. Bulten, 'Online prijspersonalisatie in het Nederlandse consumentenrecht', *TvC* 2018, afl. 4, p. 184-189

Busch, C., 'Article 8: Reputational Feedback Systems', in: C. Busch, G. Dannemann, H. Schulte-Nölke, A. Wiewiórowska-Domagalska & F. Zoll (eds), *Model Rules on Online Intermediary Platforms*, Jagiellonian University Press 2019, p. 77-83

Busch, C., 'Der Mittelstand in der Plattformökonomie. Mehr Fairness für KMU auf digitalen Märkten', *WISO Diskurs* 08/2019

Busch, C., 'Verbraucherschutz in der Plattformökonomie', *WISO Diskurs* 15/2018 (Friedrich Ebert Stiftung 2018)

Busch, C., 'Crowdsourcing Consumer Confidence. How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy' in A De Franceschi (ed), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Antwerpen: Intersentia 2016

Busch, C., Schulte-Nölke, H., Wiewiórowska, A. & Zoll, F., 'The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law', *Journal of European Consumer and Market Law* 2016, vol. 5, alf. 1, p. 3-10

Cauffman, C.A.N.M.Y., 'The Commission's European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly?', *Journal of European Consumer and Market Law* 2016, vol. 5, afl. 6, p. 235-243

Comijs, D., 'De bescherming van bijzondere persoonsgegevens in de Uitvoeringswet AVG', *NJB* 2017/1281

Devolder, B. (red.), *The Platform Economy. Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries*, Antwerpen: Intersentia 2019

Gelder, E.M. van, 'Online Dispute Resolution: een veelbelovend alternatief voor toegang tot het recht?', *MvV* 2018, afl. 7-8, pp. 262-267

Gerards, J.H., 'Grondrechten in de platformeconomie', in: J.H. Gerards & A.C. van Schaick, *Digitalisering, vermogensrecht, de platformeconomie en grondrechten. Preadviezen* (Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2019, p. 95-197

Gerbrandy, A., & Vries, S.A. de, 'Het mededingingsrecht en de consument', in: E. Hondius & V. Mak (red.), *Handboek consumentenrecht*, Zutphen: Paris 2020 (te verschijnen).

Giesen, I., '(Zelf)Regulering van en in het privaatrecht: op zoek naar een "ReL"?' , *NTBR* 2018, p. 135-138

Giesen, I., *Alternatieve Regelgeving en Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007

Golen, T.J.A. van, & Mak, V., 'Bemiddelingskosten bij woningverhuur via Airbnb. Betaalt de huurder de rekening?', *NTBR* 2018, afl. 9/10, p. 281-282

Graef, I., & Prüfer, J., 'Mandated Data Sharing Is a Necessity in Specific Sectors', <https://esb.nu/incoming/20042404/mandated-data-sharing-is-a-necessity-in-specific-sectors>

Gulijk, S. van, Op Heij, D.J.B., 'Oneigenlijk gebruik van data: een verkenning van privaatrechtelijke oplossingen', *WPNR* 2016/7110, p. 453

Hatzopoulos, V., *The Collaborative Economy and EU Law*, Oxford: Hart/Bloomsbury 2018

Helberger, N., Zuiderveen Borgesius, F., & Reyna, A., 'The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law', *Common Market Law Review* 2017, vol. 54, p. 1427-1466

Jagt-Vink, F.C. van der, 'Schadevergoeding onder de Algemene Verordening Gegevensbescherming', *MvV* 2019/7&8, p. 286

Koolhoven, R., 'Het platform in de deeleconomie: elektronisch prikbord of bemiddelaar?', *WPNR* 2015/7085, p. 991-992

Koolhoven, R., 'Kwalificatie en rechtspluralisme in "de deeleconomie"', *MvV* 2015, afl. 6, p. 186-193

Kristic, A., Tilburg, F.A. van, & Verbruggen, P.W.J., 'Private normstelling: criteria voor toepassing van private regelgeving in de rechtszaal', *RegelMaat* 2009, vol. 24, afl. 4, p. 199-214

Langhanke, C., Schmidt-Kessel, M., 'Consumer Data as Consideration', *EuCML*, 2015/4, afl. 6, p. 218-223.

Linden, T.E. van der, Walree M.F., 'De collectieve procedure als oplossing voor het privaatrechtelijk handhavingstekort bij een datalek', *AV&S* 2018/20.

Loos, M.B.M., 'Modernisering van het Europese consumentenrecht: meer vlees op het bot (II)', *NtER* 2019, afl. 7/8, p. 188-192

Loos, M.B.M., 'Modernisering van het Europese consumentenrecht: meer vlees op het bot (I)', *NtER* 2019, afl. 5/6, p. 137-142

Lubomirov, B., 'Persoonsgegevens betalen de rekening', *WPNR* 2018/7181, p.151.

- Mak, V., *Legal Pluralism in European Contract Law*, Oxford: OUP 2020 (te verschijnen)
- Mak, V., noot bij HvJ EU zaak C-390/18 *Airbnb Ireland*, ECLI:EU:C:2019:1112 (*NtER* 2020, te verschijnen)
- Mak, V., *Consumentenbescherming bij servitisation. Preadviezen* (Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2019
- Mak, V., 'Gedachten bij een "gepersonaliseerd" consumentenrecht', *TvC* 2018, afl. 6, p. 274-276
- Mak, V., 'Private Law Perspectives on Platform Services – Airbnb: Home Rentals between AYOR and NIMBY', *Journal of European Consumer and Market Law* 2016, vol. 5, afl. 1, p. 19-25
- Mak, V., 'De grenzen van maximumharmonisatie in het Europese consumentenrecht', *NTBR* 2011, afl. 10, p. 558-564
- Menting, M.-C., *Industry Codes of Conduct in a Multi-Layered Dutch Private Law*, dissertatie Tilburg 2016, beschikbaar via https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/23090135/Menting_Industry_07_12_2016_emb.pdf
- Moerel, E.M.L., & Prins, J.E.J., 'Privacy voor de homo digitalis', in: E.M.L. Moerel e.a., *Homo digitalis. Preadviezen* (Nederlandse Juristen-Vereniging), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 1-136
- Moosdijk, M.M.C. van de, *Unjust Enrichment in European Union Law* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018/168
- Neppelenbroek, E.D.C., 'Wat de gek ervoor geeft. Big Data en de bescherming van de contractuele wederpartij bij prijsdiscriminatie', *WPNR* 2016, afl. 7110, p. 443-452
- Noort, W. van, 'Privacywaakhond CBP kampt met onderbezetting', *NRC* 30 december 2015
- Menting, M.-C., & Vranken, J.B.M., 'Gedragscodes in een meergelaagd privaatrecht in Europa en Nederland', in: M.-C. Menting, J.B.M. Vranken & M.W. Scheltema, *Gedragscodes in internationaal, Europees en privaatrechtelijk perspectief: Juridische betekenis, effectiviteit en handhaving. Preadviezen* (Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 7-59
- Op Heij, D.J.B., "'Nakoming": een geschikte remedie voor overeenkomsten tot levering van digitale inhoud?', *TvC* 2015, afl. 2, p. 55-62
- Podszun, R., & Kreifels, S., 'Digital Platforms and Competition Law', *Journal of European Consumer and Market Law* 2016, afl. 1, p. 33-39
- Purtova, N., *Property Rights in Personal Data: a European Perspective*, Vianen: BOXPress 2011
- Ranchordás, S.H., 'Online Reputation and the Regulation of Information Asymmetries in the Platform Economy', *Critical Analysis of Law* 2018, vol. 5, p. 127-147
- Sauter, W., 'Online uitbuiting van consumenten voorkomen: een zorgplicht voor dominante ondernemingen?', *Markt & Mededinging* 2019, afl. 3, p. 105-111

Schaub, M.Y., 'Nieuwe regels voor de consumentenkoop en overeenkomsten met betrekking tot digitale inhoud', *NtER* 2019, nr. 9/10

Schaub, M.Y., 'Wie is handelaar?', *TvC* 2019, afl. 1, p. 5-13

Schaub, M.Y., 'De verantwoordelijkheid van intermediaire onlineplatformen voor de informatieplichten van de gebruikers', *TvC* 2018, afl. 5, p. 214-217

Schaub, M.Y., 'De invloed van de wet OHP op dwaling', *NTBR* 2011, afl. 10, p. 565-575

Spierings, C., *De eenzijdige rechtshandeling*, Deventer: Kluwer 2016

Spierings, C., 'Het nieuwe goud: betalen met data', *MvV* 2019/6, p. 207.

Tjong Tjin Tai, T.F.E., 'Een Europees schadebegrip?', *NTBR* 2018/5, p. 31-36.

Tjong Tjin Tai, T.F.E., *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2018

Tjong Tjin Tai, T.F.E., 'Privaatrecht voor de homo digitalis: eigendom, gebruik en handhaving', in: E.M.L. Moerel e.a., *Homo digitalis. Preadviezen* (Nederlandse Juristen-Vereniging), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 241-306

Twigg-Flesner, C., 'Bad Hand? The "New Deal" for EU Consumers', *GPR* 2018, afl. 4, p. 166-175

Verbruggen, P.W.J., 'Privaatrechtelijke zorgplichten en Europese maximumharmonisatie', *WPNR* 2018, p. 849-850

Walree, T.F., 'De vergoedbare schade bij de onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens', *WPNR* 2017/7172, p. 921-930.

Zuiderveen Borgesius, F., 'Privacy van consumenten', in: E.H. Hondius & V. Mak (red.), *Handboek consumentenrecht*, Zutphen: Paris 2020 (te verschijnen)

Europese wetgeving

Verordening (EU) 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten, *PbEU* 2019, L 186/57 (P2B Verordening)

Verordening (EU) 2017/2394 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2017 betreffende samenwerking tussen de nationale autoriteiten die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 2006/2004, *PbEU* 2017, L 345/1 (CPC-Verordening)

Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG, *Pb EU* 2016, L 119/1 (Algemene Verordening Gegevensbescherming)

Verordening (EU) 910/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt en tot intrekking van Richtlijn 1999/93/EG, *PbEU* 2014, L 257/73 (eIDAS Verordening)

Directive (EU) 2019/XX of the European Parliament and of the Council of XX amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules

Richtlijn (EU) 2019/790 van het Europees Parlement en de Raad inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt en tot wijziging van Richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG, *PbEU* 2019, L 130/92

Richtlijn (EU) 2019/770 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten, *PbEU* 2019, L 136/1

Richtlijn (EU) 2016/943 van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan, *PbEU* 2016, L 157/1

Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 1993/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad, *PbEU* 2011, L 304/64 (Richtlijn consumentenrechten)

Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad, *PbEU* 2005, L 149/22 (Richtlijn oneerlijke handelspraktijken).

Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, *PbEU* 2000, L 178/1 (Richtlijn inzake elektronische handel)

Richtlijn 1993/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PbEU* 1993, L 95/29 (Richtlijn oneerlijke bedingen)

Nationale wetgeving

Code de la consommation (Frankrijk)

Loi No 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique (Frankrijk)

Décret No 2017-1434 du 29 septembre 2017 relatif aux obligations d'information des opérateurs de plateformes numériques (Frankrijk)

Décret No 2017-1435 du 29 septembre 2017 relatif à la fixation d'un seuil de connexions à partir duquel les opérateurs de plateformes en ligne élaborent et diffusent des bonnes pratiques pour renforcer la loyauté, la claret et la transparence des informations transmises aux consommateurs (Frankrijk)

Rechtspraak Nederland

HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, NJ 2016/108 (*Duinzigt/X*)

HR 25 november 2005, NJ 2005/133, ECLI:NL:HR:2005:AU4019 (*Lycos*)

Hof Amsterdam 28 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1849 (*Booking.com*)

Rechtbank Amsterdam 11 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8415 (*De Mol/Facebook Ireland Ltd.*)

Rechtbank Amsterdam 2 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6490

Rechtbank Den Haag 30 mei 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6310 (*Consumentenbond/Samsung*)

Rechtbank Overijssel 28 mei 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1827

Rechtbank Noord-Nederland 3 mei 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:1700

Rechtspraak HvJ EU

HvJ EU 19 december 2019, C-390/18, ECLI:EU:C:2019:1112 (*Airbnb Ireland*)

HvJ EU 3 oktober 2019, C-18/18, ECLI: EU:C:2019:821 (*Eva Glawischnig-Piesczek v. Facebook Ireland Ltd.*)

HvJ EU 4 oktober 2018, C-105/17, ECLI:EU:C:2018:808 (*Komisia za zashtita na potrebitelite v. Evelina Kamenova*)

HvJ EU 20 december 2017, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 (*Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber Systems SpainSL*)

HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal SA/eBay*)

HvJ EU 23 maart 2010, C-236/08 t/m C-238/08, ECLI:EU:C:2010:159 (*Google/France*)

Beleidsdocumenten

Aanhangsel van *Handelingen II 2016/17*, 2669

Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on the right to data portability*, Brussel 13 december 2016, beschikbaar via

https://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-51/wp242_en_40852.pdf

Article 29 Working Party, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, Brussel 2 april 2013, beschikbaar via https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf

Autoriteit Persoonsgegevens, Focus AP 2020-2023, Dataproductie in een digitale samenleving, beschikbaar via https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/focus_ap_202-2023_groot.pdf

Autoriteit Persoonsgegevens, *Grip op persoonsgegevens*, Jaarverslag 2018

Autoriteit Persoonsgegevens, 'Voorbeeldlijst: verwerker of verwerkingsverantwoordelijke?', beschikbaar via https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/voorbeeldlijst_verwerkers_def.pdf

Beale, H., *Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment. In-depth analysis*, Study for the JURI Committee of the European Parliament 2016;

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, *Weissbuch Digitale Plattformen. Digitale Ordnungspolitik für Wachstum, Innovation, Wettbewerb und Teilhabe* (2017)

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, *Grünbuch Digitale Plattformen* (2016)

Danish Consumer Ombudsman, *Guidelines on Publication of User Reviews* (1 May 2015), beschikbaar via <https://www.consumerombudsman.dk/media/49717/guidelines.pdf>

Elshout, M., Elsen, M., Leenheer, J., Loos, M.B.M., Luzak, J.A., Study on Consumer's attitudes towards Terms and Conditions (T&C), final report, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2016-11

Europese Commissie, 'Consumentenregels EU: Airbnb gaat in op eisen Europese Commissie en EU-consumenteninstanties', persbericht 20 september 2018

Europese Commissie, 'Consumentenregels EU: Europese Commissie en consumenteninstanties EU zetten Airbnb onder druk', persbericht 16 juli 2018

Europese Commissie, 'Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's. Online platforms en de digitale eengemaakte markt. Kansen en uitdagingen voor Europa', COM(2016) 288 final

Koolhoven, R., (2018), 'Delen, bemiddeling, "have's and have not's"', position paper bij rondetafelgesprek 'De Deeconomie'. Zie voor dit paper, verdere informatie en alle andere position papers www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2017A03633

Mak, V., *The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content. In-depth analysis*, Study for the JURI Committee of the European Parliament 2016

Naden, C., 'Putting the trust back in online reviews', ISO news, beschikbaar via <https://www.iso.org/news/ref2295.html>

Verbraucherzentrale Bundesverband eV, *Empfehlungen an Betreiber von Bewertungsplattformen*, december 2012, beschikbaar via <https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/Bewertungsportale-Empfehlungen-vzbv-2012.pdf>

Media

Autoriteit Persoonsgegevens, 'AP: veel websites vragen op onjuiste wijze toestemming voor plaatsen tracking cookies', 10 december 2019, beschikbaar via <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/ap-veel-websites-vragen-op-onjuiste-wijze-toestemming-voor-plaatsen-tracking-cookies>

Bellens, E., 'Private modus is niet wat u denkt', <https://datanews.knack.be/ict/nieuws/private-modus-is-niet-wat-u-denkt/article-normal-1140079.html>

CNBC, 'Facebook addresses antitrust concerns with new tool that lets you transfer photos to Google', *CNBC* 2 december 2019, beschikbaar via <https://www.cnbc.com/2019/12/02/facebook-releases-new-data-portability-tool-for-photos.html>

Gerbrandy, A., 'De platformeconomie kan (nog) zonder algoritmewaakhond', *NRC* 8 december 2017

Consumentenbond, 'Teleurstellende uitspraak in rechtszaak tegen Samsung', nieuwsbericht 30 mei 2018, <https://www.consumentenbond.nl/nieuws/2018/teleurstellende-uitspraak-in-rechtszaak-tegen-samsung>

Mathews, L., 'What Is Private Browsing and Why Should You Use It?', <https://www.forbes.com/sites/leemathews/2017/01/27/what-is-private-browsing-and-why-should-you-use-it/#8bf4b6925b1c>

NOS, 'Robotrechter e-Court in de problemen nu vonnissen niet worden goedgekeurd', NOS 16-2-2018, beschikbaar via <https://nos.nl/nieuwsuur/artikel/2217642-robotrechter-e-court-in-de-problemen-nu-vonnissen-niet-woorden-goedgekeurd.html>

NOS op 3, 'Bestellen uit China: spotgoedkoop, maar wat als het tegenvalt?', NOS 16-10-2019, beschikbaar via <https://nos.nl/op3/artikel/2306400-bestellen-uit-china-spotgoedkoop-maar-wat-als-het-tegenvalt.html>

'Twitter legt beperkingen op aan advertenties rond gevoelige thema's', *NRC* 15 november 2019

'Rechters gehoord om complot', *NRC* 25 mei 2019

'Hoe wordt de prijs van je vliegticket bepaald?', *NRC* 27 december 2018

'Hoe de KNVB en Always meisjes maandverband opdringen', *De Volkskrant* 18 mei 2016