



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Modernisering van het Europese consumentenrecht: meer vlees op het bot (I)

Loos, M.B.M.

**DOI**

[10.5553/NtER/138241202019025506004](https://doi.org/10.5553/NtER/138241202019025506004)

**Publication date**

2019

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht

**License**

Other

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Loos, M. B. M. (2019). Modernisering van het Europese consumentenrecht: meer vlees op het bot (I). *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 25(5/6), 137-141. <https://doi.org/10.5553/NtER/138241202019025506004>

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

# Modernisering van het Europese consumentenrecht: meer vlees op het bot (I)

Prof. dr. M.B.M. Loos\*

In eerdere publicaties ben ik ingegaan op de Mededeling ‘Een New Deal voor consumenten’ en het daarmee samenhangende voorstel voor een moderniseringsrichtlijn. In dit artikel bespreek ik de verdere voortgang van het richtlijnvoorstel, waar inmiddels politieke overeenstemming over is bereikt. Daarin staat de vraag centraal of de moderniseringsrichtlijn in haar uiteindelijke vorm de in de *New Deal*-mededeling gedane belofte waarmaakt van modernisering en verbetering van de handhaving van het consumenten-*acquis*. In het eerste deel van deze bijdrage richt ik mij daartoe op de individuele en publiekrechtelijke handhaving van het consumentenrecht en op *dynamic pricing* en informatieverplichtingen voor online marktplaatsen. In het tweede deel ga ik in op de vraag met wie de consument eigenlijk contracteert als de overeenkomst via een online marktplaats wordt gesloten, op enkele vereenvoudigingen voor handelaren en op de herziene regels voor de bedenktijd van consumenten. Ik rond dan af met een conclusie.

- *Voorstel van 11 april 2018 voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993, Richtlijn 98/6/EG van het Europees Parlement en de Raad, Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft betere handhaving en modernisering van de regels voor consumentenbescherming in de EU, COM(2018) 185 final;*
- *Tekst politiek akkoord richtlijnvoorstel van 29 maart 2019, Openbaar register van Raadsdocumenten, Interinstitutioneel dossier 2018/0090(COD), nummer document: ST 8021 2019 INIT.*

\* Prof. dr. M.B.M. (Marco) Loos is als hoogleraar verbonden aan het Centre for the Study of European Contract Law van de Universiteit van Amsterdam.

## Inleiding

In *NtEr* 2018/5-6 en 7-8<sup>1</sup> ben ik ingegaan op de Mededeling ‘Een New Deal voor consumenten’<sup>2</sup> en het daarmee samenhangende (hierboven genoemde) voorstel voor een moderniseringsrichtlijn. In mijn artikelen was ik tamelijk kritisch over de mededeling en het voorstel voor de moderniseringsrichtlijn, omdat de Europese Commissie in mijn ogen de kans had laten lopen om het consumenten-*acquis* vooruit te brengen door invulling te geven aan de vele aanbevelingen die aan haar waren gedaan in het kader van de *fitness check* die met dit doel op verzoek van de Commissie was uitgevoerd.<sup>3</sup> Bovendien bevatte de conceptrichtlijn naast enkele voorstellen tot verbetering van de positie van consumenten ook enkele bepalingen waarmee de positie van consumenten werd ondergraven. Ik concludeerde dan ook dat eerder sprake was van oude wijn in nieuwe zakken dan dat de moderniseringsrichtlijn tot een werkelijke *new deal* voor consumenten zou leiden.

Het wetgevingsproces is voortvarend ter hand genomen: al op 29 maart 2019 is overeenstemming bereikt tussen het Europees Parlement en de Raad van Ministers over de inhoud van de moderniseringsrichtlijn.<sup>4</sup> In deze bijdrage onderzoek ik of de moderniseringsrichtlijn in haar uiteindelijke vorm – ondanks het grotendeels negeren van de aanbevelingen van de *fitness check* – de in de *New Deal*-mededeling gedane belofte waarmaakt van het

1. M.B.M. Loos, ‘Oude wijn in nieuwe zakken? Modernisering van het Europese consumentenrecht (I) en (II)’, *NtEr* 2018/5-6, p. 150-156 en 2018/7-8, p. 227-233.
2. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité: Een ‘new deal’ voor consumenten, Mededeling van 11 april 2018, COM(2018) 183 final.
3. Zie de in *NtEr* 2018/5-6 genoemde rapporten.
4. Op het moment van het afronden van deze bijdrage werd de conceptrichtlijn onderworpen aan de corrigendumprocedure in het Europees Parlement, waarna de tekst van de richtlijn in eerste lezing kan worden aanvaard door beide instanties, zie de Information Note van het algemene secretariaat van de Raad van Ministers van 2 mei 2019, ST 8507/19, te downloaden via [www.consilium.europa.eu/register/en/content/int?lang=EN&typ=ADV](http://www.consilium.europa.eu/register/en/content/int?lang=EN&typ=ADV), vul bij Interinstitutional file in: ‘2018/0090(COD)’ (laatstelijk bezocht op 29 augustus 2019).

bieden van betere mogelijkheden aan consumenten om naleving van hun rechten af te dwingen en van het ondersteunen van effectieve handhaving door toezichhouders (hierna tezamen: handhaving) en van modernisering van bestaande regels en aanvulling met nieuwe regels ter verbetering van het consumenten-*acquis* (hierna tezamen: modernisering).<sup>5</sup> Andere in de *New Deal*<sup>6</sup> genoemde aspecten – zoals de verbetering van de samenwerking op het terrein van de consumentenbescherming met derde-landen, het bestrijden van *dual quality* van consumentenproducten en de verbetering van de kennis van consumenten en handelaren over hun rechten en verplichtingen – blijven hier buiten beschouwing.<sup>7</sup>

## Individuele handhaving

Hoe het Europese consumentenrecht moet worden gehandhaafd, is lang beschouwd als een vraag die op grond van het beginsel van procedurele autonomie aan de lidstaten moest worden overgelaten. Een aantal richtlijnen bepaalde wel welke rechten een consument diende te hebben,<sup>8</sup> maar zweeg over de vraag hoe die rechten geëffectueerd konden worden. Als een richtlijn wel bepalingen bevatte over de handhaving, dan werd veelal slechts bepaald dat de lidstaten dienden te zorgen voor de invoering van passende en doeltreffende middelen ter effectuering van de daarin toegekende rechten of ter bestrijding van inbreuken op de richtlijn<sup>9</sup> en/of dat de lidstaten het mogelijk moesten maken dat aan handelaren die inbreuken op een dergelijke richtlijn pleegden sancties werden opgelegd die doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend dienden te zijn.<sup>10</sup> Het Europese recht bood echter nauwelijks handvatten voor een uniforme wijze van handhaving.

Met de *New Deal* werden tegelijkertijd twee voorstellen ingediend die aan dit bezwaar tegemoet moesten komen. Het voorstel voor een representatieve actie, waarover eerder in dit blad Van Hattum, moest een mogelijkheid bieden voor collectieve actie door consumentenorganisaties.<sup>11</sup> Op de ontwikkelingen ten aanzien van dit voorstel

zal te zijner tijd afzonderlijk worden bericht in *NtEr*. De hier besproken moderniseringsrichtlijn zou zich onder meer moeten richten op twee andere manieren van handhaving: individuele (privaatrechtelijke) handhaving van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, en publiekrechtelijke handhaving van diverse richtlijnen door de bevoegde toezichhouders.

Op beide punten bevat de definitieve versie van de moderniseringsrichtlijn een regeling. Artikel 1 sub 5 moderniseringsrichtlijn voegt een nieuw artikel 11a toe aan de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Deze bepaling is bedoeld om de privaatrechtelijke handhaving van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken te stimuleren<sup>12</sup> en behelst – in afwijking van de rest van die richtlijn – slechts minimumharmonisatie.<sup>13</sup> Op grond van het eerste lid van deze nieuwe bepaling dienen consumenten die het slachtoffer zijn geworden van een oneerlijke handelspraktijk ‘proportionele en effectieve remedies’ te hebben om de gevolgen van de oneerlijke handelspraktijk weg te nemen, waaronder in ieder geval het recht op schadevergoeding en, voor zover relevant, het recht op prijsvermindering of ‘eenzijdige beëindiging’ van de overeenkomst. Prijsvermindering kan gepast zijn indien de consument de door de handelaar geleverde zaak of dienst wil behouden, maar hij deze slechts tegen een lagere prijs zou hebben aangeschaft als de oneerlijke handelspraktijk niet zou hebben plaatsgevonden. Eenzijdige beëindiging is aangewezen indien de consument de zaak of dienst niet (langer) wil hebben. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de consument, als hij zijn beslissing in vrijheid had kunnen nemen, de overeenkomst nooit zou hebben gesloten. Voor deze situatie volstaat voor het Nederlandse recht het huidige artikel 6:193j lid 3 BW, dat hiervoor een vernietigingsbevoegdheid heeft gecreëerd. Voor toepassing van deze bepaling is echter vereist dat de consument het causaal verband bewijst tussen het gebruik van de oneerlijke handelspraktijk door de handelaar en de beslissing van de consument tot contractsluiting.<sup>14</sup> De consument kan echter ook van de overeenkomst af willen omdat hij geen vertrouwen meer heeft in de handelaar of in de kwaliteiten van de door hem te leveren zaken of diensten nu hij weet dat de handelaar er niet voor terugschrikt om op oneerlijke wijze overeenkomsten tot stand te brengen. In deze tweede situatie hoeft van causaal verband tussen het gebruik van de oneerlijke handelspraktijk door de handelaar en de beslissing van de consument tot contractsluiting geen sprake te zijn. Het vereiste dat de consument een proportionele en effectieve remedie moet hebben, lijkt mee te brengen dat hij ook in dit tweede geval van de overeenkomst af moet kunnen (door vernietiging of ontbin-

5. Een 'new deal' voor consumenten, p. 3-4.

6. Een 'new deal' voor consumenten, p. 3-4.

7. Zie Loos *NtEr* 2018/5-6 en 2018/7-8.

8. Zie bijv. art. 5 Richtlijn pakketreizen (Richtlijn 90/314/EEG, *PbEG* 1990, L 158/59); art. 3 Richtlijn consumentenkoop (Richtlijn 1999/44/EG, *PbEG* 1999, L 171/12).

9. Zie bijv. art. 7 Richtlijn oneerlijke bedingen (Richtlijn 1993/13/EEG, *PbEG* 1993, L 95/29); art. 11 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (Richtlijn 2005/29/EG, *PbEU* 2005, L 149/22); art. 23 Richtlijn consumentenrechten (Richtlijn 2011/83/EU, *PbEU* 2011, L 304/64); art. 24 Richtlijn pakketreizen en gekoppelde reisarrangementen (Richtlijn (EU) 2015/2302, *PbEU* 2015, L 326/1).

10. Zie bijv. art. 8 Richtlijn prijsaanduiding (Richtlijn 98/6/EG, *PbEG* 1998, L 80/27); art. 13 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken; art. 15 Richtlijn timeshare 2008 (Richtlijn 2008/122/EG, *PbEU* 2008, L 33/10); art. 24 Richtlijn consumentenrechten; art. 24 Richtlijn pakketreizen en gekoppelde reisarrangementen.

11. Voorstel van 11 april 2018 voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten en tot

intrekking van Richtlijn 2009/22/EG, COM(2018)184, waarover B. van Hattum, 'The New Consumer Deal. Een gamechanger op het gebied van de afwikkeling van massaclaims?', *NtEr* 2018/3-4, p. 55-62.

12. Zie overweging 16 in de preambule van de moderniseringsrichtlijn.

13. Zie art. 11a lid 2 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

14. Zie L.B.A. Tigelaar, 'Sancties op schending van informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2013/4, p. 158.

ding van de overeenkomst), maar zeker is dat niet: het artikel bepaalt namelijk ook dat het aan de lidstaten is om de voorwaarden te bepalen waaronder de consument gebruik kan maken van deze remedies. Verdedigbaar is dat de consument in deze tweede situatie alleen van de overeenkomst af zou moeten kunnen indien vaststaat of indien er goede gronden bestaan te vrezen dat de handelaar tekort zal schieten in de nakoming van zijn verplichtingen uit de gesloten overeenkomst. Voor een dergelijk geval biedt artikel 6:80 BW (de zogenoemde *anticipatory breach*) al de mogelijkheid om de overeenkomst overeenkomstig artikel 6:265 BW te ontbinden nog voordat de prestatie door de handelaar is geleverd. Het enkele feit dat de handelaar gebruik heeft gemaakt van een oneerlijke handelspraktijk om de totstandkoming van de overeenkomst te bevorderen, zal voor toepassing van dit artikel echter vermoedelijk onvoldoende zijn. Mocht de Nederlandse wetgever een dergelijke bevoegdheid wel willen toekennen aan de consument, dan zal hij daartoe expliciet de mogelijkheid tot ontbinding of vernietiging van de overeenkomst moeten regelen.

Deze wijziging van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken kan ook op een ander vlak tot een ingrijpende wijziging van het recht leiden. In het *Bankia*-arrest stelde het Hof van Justitie vast dat de richtlijn wel bepaalde dat oneerlijke handelspraktijken ‘verboden zijn’, maar dat zij aan de lidstaten een beoordelingsmarge laat bij de keuze van de nationale maatregelen om deze praktijken te bestrijden. Bovendien liet de richtlijn de mogelijkheid open van een individuele vordering tot schadevergoeding of tot vernietiging of ontbinding van de overeenkomst op grond van het nationale verbintenissenrecht. Daaruit leidde het Hof van Justitie af dat het voor de nuttige werking van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken niet vereist is dat de rechter ambtshalve of op verzoek van een partij toetst of een vordering ongeldig is vanwege het feit dat deze voortvloeit uit een door de handelaar begane oneerlijke handelspraktijk.<sup>15</sup> Artikel 11a Richtlijn oneerlijke handelspraktijken brengt echter mee dat lidstaten na omzetting van de richtlijn gehouden zijn de consument in ieder geval de mogelijkheid tot schadevergoeding en prijsvermindering of eenzijdige beëindiging van de overeenkomst te bieden. Daarmee lijkt het dat ook voor deze richtlijn ambtshalve toetsing verplicht zal zijn: het enkele feit dat lidstaten ook andere remedies kunnen toekennen, heeft immers bij de Richtlijn consumentenkoop – waar dat gelet op het karakter van minimumharmonisatie niet anders is – niet in de weg gestaan aan het aannemen van deze verplichting.<sup>16</sup>

De harmonisatie van de publiekrechtelijke handhaving van het Europese consumentenrecht wordt gestimuleerd door de invoering van – grotendeels overeenstemmende – bepalingen in de Richtlijnen oneerlijke handelspraktijken,<sup>17</sup> consumentenrechten,<sup>18</sup> oneerlijke bedingen<sup>19</sup> en prijsaanduiding.<sup>20</sup> Op grond van deze bepalingen zijn de lidstaten verplicht om de mogelijkheid in te voeren tot het opleggen van een bestuursrechtelijke boete bij inbreuken op deze richtlijnen. Daarbij geldt dat de maximaal op te leggen boete ten minste 4 procent van de jaarlijkse omzet van de handelaar in de desbetreffende lidstaat of lidstaten moet bedragen.<sup>21</sup> Dat is aanzienlijk hoger dan de nu in Nederland geldende maximale boetes voor overtreding van deze richtlijnen (ten hoogste 900.000 euro of, indien dat meer is, 1 procent van de jaaromzet van de handelaar), maar aanzienlijk lager dan het nu al geldende maximum van 900.000 euro of, indien dat meer is, 10 procent van de jaaromzet van de handelaar bij het gebruik van de in artikel 6:193g of 193i BW bedoelde verboden handelspraktijken.<sup>22</sup>

Bij het vaststellen van de hoogte van de boete dient de toezichthouder – in lijn met het geldende Nederlandse recht<sup>23</sup> – het evenredigheidsbeginsel in acht te nemen,<sup>24</sup> zodat de maximale boete niet snel opgelegd zal (kunnen) worden. Artikel 8b lid 2 Richtlijn oneerlijke bedingen bepaalt verder dat de lidstaten het opleggen van een bestuurlijke boete kunnen beperken tot gevallen waarin een beding door de wetgever onder alle omstandigheden als oneerlijk (onredelijk bezwarend) is aangemerkt<sup>25</sup> of waarin de handelaar het beding is blijven gebruiken nadat de rechter het in een collectieveactieprocedure als oneerlijk heeft aangemerkt. Het staat de lidstaten echter vrij te bepalen dat de toezichthouder zelf de bevoegdheid heeft om de oneerlijkheid van het beding vast te stellen en vervolgens een boete op te leggen.

15. HvJ 19 september 2018, zaak C-109/17, *Bankia/Marí Merino c.s.*, ECLI:EU:C:2018:735, punt 31-34.

16. Zie HvJ 3 oktober 2013, zaak C-32/12, *Duarte Hueros*, ECLI:EU:C:2013:637; HvJ 4 juni 2015, zaak C-497/13, *Faber*, ECLI:EU:C:2015:357.

17. Zie art. 1 sub 6 moderniseringsrichtlijn, leidend tot vervanging van art. 13 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

18. Zie art. 2 sub 13 moderniseringsrichtlijn, leidend tot vervanging van art. 24 Richtlijn consumentenrechten.

19. Zie art. 3 moderniseringsrichtlijn, leidend tot invoering van art. 8b Richtlijn oneerlijke bedingen.

20. Zie art. 4 sub b moderniseringsrichtlijn, leidend tot vervanging van art. 8 Richtlijn prijsaanduiding.

21. Zie de nieuwe bepalingen in art. 13 lid 3 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, art. 24 lid 3 Richtlijn consumentenrechten en art. 8b lid 4 Richtlijn oneerlijke bedingen. In de Richtlijn prijsaanduiding ontbreekt een overeenkomstige bepaling.

22. Het maximum van de op te leggen bestuurlijke boete volgt uit art. 2.15 Wet handhaving consumentenbescherming.

23. Zie art. 5:32b lid 3 en 5:46 lid 2 en 3 Awb.

24. Zie de genoemde nieuwe bepalingen uit de richtlijnen. Zie ook HvJ 21 december 2016, zaak C-119/15, *Biuro Partner*, ECLI:EU:C:2016:987, NJ 2017/405, punt 45 en 46.

25. In de Nederlandse situatie betekent dit dat het beding op de zwarte lijst van art. 6:236 BW zou moeten staan of op grond van andere wetgeving als verboden afwijking van dwingend recht moet worden beschouwd.

## Dynamic pricing en inrichting online beslisomgevingen

In de afgelopen jaren heeft het gebruik van persoonsgegevens en *big data* een grote vlucht genomen. Consumenten komen – soms zonder dat zij dat weten – regelmatig hiermee in aanraking doordat op basis van verzamelde gegevens aan hen gepersonaliseerde informatie wordt aangeboden, in de vorm van de berichten die zij te lezen krijgen of aanbiedingen die hun worden getoond bij een online zoektocht. De consument kan hierdoor gericht worden benaderd met op zijn persoon toegesneden en dus mogelijk relevante(re) aanbiedingen. Hij zal dan sneller geneigd zijn om op het aanbod in te gaan en een overeenkomst te sluiten.<sup>26</sup> Consumenten kunnen daar voordeel aan ontleen als een product daardoor voor een lagere prijs wordt aangeboden, maar het omgekeerde is natuurlijk net zo goed mogelijk. Bij veel consumenten leeft de gedachte dat het enkele feit dat zij eerder hebben gezocht naar een specifieke vlucht om die later te kunnen boeken, van invloed is op de hoogte van de prijs die hun wordt getoond bij een nieuwe zoektocht. In een onderzoek uit 2014 bleek deze vorm van prijsdiscriminatie niet voor te komen,<sup>27</sup> maar dat kan inmiddels anders zijn. Of prijsdiscriminatie (ten gunste of ten nadele van een individuele consument) zou moeten zijn toegestaan, is omstreven.<sup>28</sup> De moderniseringsrichtlijn maakt echter duidelijk dat het handelen wel degelijk is toegestaan om hun aanbiedingen aan specifieke consumenten of groepen consumenten te personaliseren op basis van algoritmen en *online profiling*, mits de handelaar de eisen van de Algemene verordening gegevensbescherming<sup>29</sup> respecteert. Wel dienen consumenten erover te worden geïnformeerd als de handelaar op basis van geautomatiseerde besluitvorming zijn prijsaanbod heeft bepaald. De informatieverplichting geldt niet bij dynamische of *real-time pricing*, waarbij de prijs snel wijzigt op basis van wijzigingen in vraag en aanbod.<sup>30</sup> Dat betekent dat een luchtvaartmaatschappij de consument er niet over hoeft te informeren dat als online veel wordt gezocht op een specifieke vlucht van Amsterdam naar Barcelona, de prijs voor die vlucht zal stijgen, ook al is het aantal boekingen niet gestegen.

26. Zie onder meer J.M. Benning, 'The Average Online Consumer. A proposal for a new approach to assessing the fairness of online behavioral advertising under the Unfair Commercial Practices Directive', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2018/5, p. 218.

27. Zie E. Constantinides en R.H.J. Dierckx, 'Airline Price Discrimination: A Practice of Yield Management or Customer Profiling?', te downloaden via <https://research.utwente.nl/en/publications/airline-price-discrimination-a-practice-of-yield-management-or-cu> (laatstelijk gecontroleerd op 2 augustus 2019).

28. Zie hierover in ontkennende zin een blogpost van R. Zenger van 16 maart 2016 op de website van privacy-organisatie Bits of Freedom, toegankelijk via [www.bitsoffreedom.nl/2016/03/24/prijsdiscriminatie-mag-niet-ook-geen-positieve/](http://www.bitsoffreedom.nl/2016/03/24/prijsdiscriminatie-mag-niet-ook-geen-positieve/) (laatstelijk gecontroleerd op 2 augustus 2019).

29. Verordening (EU) 2016/679, *PbEU* 2016, L 119/1.

30. Zie art. 6 lid 1 sub ea en overweging 45 preambule moderniseringsrichtlijn.

Ook de inrichting van een online beslisvormingsmodel kan bijdragen aan maximalisatie van het aantal via een webwinkel gesloten overeenkomsten en van de daarbij behaalde omzet. Uit onderzoek van de Europese Commissie is gebleken dat consumenten een bijna blind vertrouwen hebben in de goede bedoelingen van webwinkels en dat zij zich er nauwelijks bewust van zijn dat hun aankoopbeslissingen sterk worden beïnvloed door strategieën die de webwinkel gebruikt.<sup>31</sup> De Autoriteit Consument en Markt (ACM), de Nederlandse toezichthouder, heeft in dit verband aangegeven dat handelaren hun webshop zo moeten inrichten dat geen misbruik wordt gemaakt van het feit dat consumenten geneigd zijn (op volstrekt voorspelbare wijze) voor hen ongunstige beslissingen te nemen.<sup>32</sup> De moderniseringsrichtlijn bevat geen instrument op grond waarvan de toezichthouder eenvoudig kan ingrijpen: van een uitdrukkelijk verboden handelspraktijk is geen sprake. Dat betekent dat de ACM alleen tot handhaving kan overgaan indien de inrichting van de online beslisomgeving in een concreet geval kan worden aangemerkt als een oneerlijke handelspraktijk in de zin van artikel 6:193b lid 2 BW. De bestaande regelgeving biedt daar volgens de ACM wel aanknopingspunten voor: volgens haar brengt het vereiste van professionele toewijding een zorgplicht mee die aanbieders ervan moet weerhouden om hun beslisomgeving zo in te richten dat misbruik wordt gemaakt van de gedragsvalkuilen van een consument.<sup>33</sup> Wanneer de website daar niet aan voldoet en een consument daardoor een overeenkomst sluit die hij anders niet in deze vorm zou hebben gesloten, zal al snel sprake zijn van een oneerlijke handelspraktijk. De vereiste casuïstische benadering lijkt handhaving door de toezichthouder echter moeilijk te maken.

## Informatieplichten voor online marktplaatsen

Van een online marktplaats is sprake wanneer door een handelaar aan consumenten een dienst wordt geleverd die bestaat uit de mogelijkheid om overeenkomsten op

31. Zie F. Lupiáñez-Villanueva e.a., *Behavioural study on the transparency of online platforms, Executive summary*, p. 5. Het rapport en de samenvatting daarvan kunnen worden gedownload via [https://ec.europa.eu/info/publications/behavioural-study-transparency-online-platforms-2018\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/behavioural-study-transparency-online-platforms-2018_en) (laatstelijk gecontroleerd op 29 augustus 2019).

32. Zo zijn consumenten geneigd om voordelen op de korte termijn ('Betaal de eerste drie maanden maar € 10 per maand!' te overschatten en risico's op de lange termijn (na drie maanden wordt de prijs verhoogd naar € 25 per maand) te onderschatten. Zie over dit soort gedragsvalkuilen uitgebreid B.B. Duivenvoorde, *The consumer benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London: Springer 2015, online kosteloos verkrijgbaar via [https://pure.uva.nl/ws/files/2068830/142773\\_thesis.pdf](https://pure.uva.nl/ws/files/2068830/142773_thesis.pdf) (laatstelijk gecontroleerd op 29 augustus 2019).

33. Autoriteit Consument en Markt, *Signaal 2019. Consumentenbescherming in een veranderende maatschappij*, p. 3-5. Het signaal is verkrijgbaar via [www.acm.nl/nl/publicaties/acm-signaal-2019-consumentenbescherming-een-veranderende-maatschappij](http://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-signaal-2019-consumentenbescherming-een-veranderende-maatschappij) (laatstelijk gecontroleerd op 29 augustus 2019).

afstand te sluiten met andere handelaren of consumenten met gebruikmaking van software, (een deel van) een website of een app die wordt beheerd door of ten behoeve van de handelaar.<sup>34</sup> Wanneer op een dergelijke marktplaats gezocht kan worden naar producten die door verschillende handelaren of consumenten worden aangeboden, worden de zoekresultaten op een bepaalde manier aan de zoekende consument getoond. Op grond van de door de moderniseringsrichtlijn gewijzigde Richtlijn consumentenrechten dient de handelaar die de online marktplaats aanbiedt, in duidelijke en begrijpelijke taal algemene informatie te geven over de belangrijkste variabelen en hun onderlinge weging aan de hand waarvan de volgorde van de zoekresultaten wordt getoond, zonder dat deze informatie moet zijn toegespitst op de specifieke zoekvraag van de consument. De informatie over de variabelen moet direct en eenvoudig toegankelijk zijn vanaf de webpagina waar de zoekresultaten worden getoond.<sup>35</sup> Hiermee wordt aangesloten<sup>36</sup> bij de eisen die een nieuwe verordening stelt aan onlinetussenhandelsdienstverleners en aanbieders van onlinezoekmachines tegenover zakelijke gebruikers van hun diensten.<sup>37</sup> Wanneer de aanbieder van de online marktplaats die informatie niet verstrekt, levert dat een misleidende omissie en dus een oneerlijke handelspraktijk op, aangezien de informatie als ‘essentieel’ wordt aangemerkt.<sup>38</sup> De aanbieder behoeft zijn algoritmes echter niet openbaar te maken.<sup>39</sup> Wanneer de handelaar op zijn website reviews van consumenten plaatst, moet hij aangeven of en hoe hij waarborgt dat de gepubliceerde reviews ook echt van consumenten afkomstig zijn die het product gekocht of gebruikt hebben. Ook die informatie wordt als essentieel beschouwd,<sup>40</sup> zodat het achterwege laten van die informatie weer een misleidende omissie oplevert. Bovendien wordt aan de zwarte lijst van oneerlijke handelspraktijken toegevoegd het vermelden dat de reviews van een zaak of dienst afkomstig zijn van consumenten die die zaak of dienst daadwerkelijk hebben gekocht of gebruikt zonder dat de handelaar redelijke maatregelen heeft genomen om dit te controleren.<sup>41</sup> Het wordt handelaren bovendien verboden om zelf valse reviews en steunbetuigingen, zoals *likes* op sociale media, te plaatsen, of aan anderen op te dragen om daarvoor te zorgen, of om reviews en steunbetuigingen te manipuleren, zoals het alleen publiceren van positieve reviews en het verwijderen van negatieve.<sup>42</sup>

Aan de zwarte lijst van oneerlijke handelspraktijken wordt ook toegevoegd het verzwijgen door de handelaar van het feit dat hij een commercieel belang heeft bij het bepalen van de volgorde waarin de zoekresultaten worden getoond.<sup>43</sup> Zo'n commercieel belang kan eruit bestaan dat een andere handelaar de aanbieder van de online marktplaats ervoor betaalt om zijn zaak of dienst eerder te tonen dan uit de weging van de variabelen zou voortvloeien, maar ook uit het opnemen van zaken of diensten die niet aan de vraag van de consument voldoen, maar daar verwantschap mee hebben. Zo kan bij de query ‘televisie kopen’ een specifieke website als eerste worden getoond, maar kan ook aan het begin van de lijst met zoekresultaten een webwinkel worden getoond die geen televisies, maar juist audioapparatuur verkoopt. In beide gevallen voldoet de aanbieder van de online marktplaats aan zijn verplichting door bij het zoekresultaat duidelijk aan te geven dat het om een gesponsorde link of een advertentie gaat.

(wordt vervolgd)

34. Zie art. 1 lid 1 sub b en 2 lid 1 sub e moderniseringsrichtlijn, leidend tot invoering van art. 2 lid 1 sub n Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en art. 2 sub 17 Richtlijn consumentenrechten.

35. Zie art. 7 lid 4a Richtlijn oneerlijk handelspraktijken en art. 6a lid 1 sub a Richtlijn consumentenrechten.

36. Zie overweging 21 preambule moderniseringsrichtlijn.

37. Zie art. 5-7 Verordening (EU) 2019/1150 van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten, *PbEU* 2019, L 186/57. Zie hierover L.E. Felderhof en M.P.C. Rozenbroek, ‘Een gelijk speelveld in de online platform-economie?’ in *NtEr* 2019/5/6.

38. Zie art. 7 lid 4a Richtlijn oneerlijk handelspraktijken.

39. Zie overweging 23 preambule moderniseringsrichtlijn.

40. Zie art. 7 lid 6 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

41. Zie punt 23b in Bijlage I bij de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

42. Zie punt 23c in Bijlage I bij de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

43. Zie art. 1 lid 7 sub a moderniseringsrichtlijn, leidend tot invoering van punt 11a in de annex bij de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.