



**UvA-DARE (Digital Academic Repository)**

**Modernisering van het Europese consumentenrecht: meer vlees op het bot (II)**

Loos, M.B.M.

*Published in:*  
Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht

*DOI:*  
[10.5553/NtER/138241202019025708002](https://doi.org/10.5553/NtER/138241202019025708002)

[Link to publication](#)

*Creative Commons License (see <https://creativecommons.org/use-remix/cc-licenses/>):*  
**Other**

*Citation for published version (APA):*  
Loos, M. B. M. (2019). Modernisering van het Europese consumentenrecht: meer vlees op het bot (II). *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 25(7/8), 188-192.  
<https://doi.org/10.5553/NtER/138241202019025708002>

**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 (II)

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

In dit artikel en de in de vorige aflevering van dit tijdschrift opgenomen bijdrage bespreek ik de vraag 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 heb ik mij daartoe gericht op de individuele en publiekrechtelijke handhaving van het consumentenrecht en op *dynamic pricing* en informatieverplichtingen voor online marktplaatsen. In dit tweede en laatste deel bespreek ik de vraag met wie de consument nu eigenlijk contracteert als de overeenkomst via een online marktplaats wordt gesloten, behandel ik kort enkele vereenvoudigingen voor handelaren en ga ik in op de herziene regels voor de bedenktijd van consumenten. In de conclusie wordt de vraag of de Moderniseringsrichtlijn de in de *New Deal*-mededeling gedane belofte waarmaakt, beantwoord.

- *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, Inter-institutioneel dossier 2018/0090(COD), nummer document: ST 8021 2019 INIT.*

## Online marktplaatsen: met wie contracteert de consument eigenlijk?

Wanneer een consument klikt op een van de door een online marktplaats als bol.com of Amazon getoonde zoekresultaten om de getoonde zaak of de dienst te bestellen, weet hij vaak niet of hij een overeenkomst sluit met de marktplaats zelf, met een andere handelaar, of met een andere consument.<sup>1</sup> Het nieuwe artikel 6a lid 1 Richtlijn consumentenrechten bepaalt daarom dat de aanbieder van de online marktplaats op een ‘duidelijke en begrijpelijke manier’ onder meer duidelijk dient te maken of de derde een handelaar is, of het Europese consumentenrecht van toepassing is op de te sluiten overeenkomst en, als dat het geval is, wie gehouden is tot nakoming van de uit het Europese consumentenrecht voortvloeiende rechten van consumenten.<sup>2</sup> Deze informatie wordt als essentieel beschouwd,<sup>3</sup> zodat het weglaten van deze informatie als een misleidende handelspraktijk wordt beschouwd.<sup>4</sup> Het is niet voldoende om deze informatie op te nemen in de algemene voorwaarden, maar de online marktplaats behoeft geen uitputtend overzicht te bieden welke rechten consumenten wel en niet hebben op grond van de via de online marktplaats gesloten overeenkomst.<sup>5</sup> Bij de vraag of de derde een handelaar is, mag de online marktplaats afgaan op de mededeling van de derde aan de online marktplaats, zo wordt uitdrukkelijk bepaald in artikel 6a lid 1 sub b Richtlijn consumentenrechten. De online marktplaats heeft derhalve niet de verplichting om deze mededeling te controleren.<sup>6</sup> Daarmee wordt expliciet aangesloten bij de Richtlijn elektronische han-

1. Zie ook ‘Een “new deal” voor consumenten’, p. 5.
2. Zie art. 2 onder (10) Moderniseringsrichtlijn.
3. Zie art. 7 lid 4 sub f Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.
4. Zie art. 6:193d lid 2 BW.
5. Zie overweging (27) preambule Moderniseringsrichtlijn.
6. Zie overweging (28) preambule Moderniseringsrichtlijn.

\* 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.

del.<sup>7</sup> Volgens artikel 14 van die richtlijn<sup>8</sup> is de verlener van een dienst van de informatiemaatschappij niet aansprakelijk voor de juistheid van de informatie die hij doorgeeft indien de dienst bestaat in de opslag van de door een afnemer van de dienst verstrekte informatie op voorwaarde dat hij niet daadwerkelijk kennis heeft van de onwettige activiteit of informatie of, zodra hij daar wel daadwerkelijk kennis van heeft of besef krijgt, prompt handelt om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken. Uit rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat deze vrijstelling van aansprakelijkheid ook geldt voor de verlener van een online zoekmachineadvertentiedienst wanneer die dienstverlener geen actieve rol heeft gehad waardoor hij kennis heeft van of controle heeft over de opgeslagen gegevens.<sup>9</sup>

Artikel 6a Richtlijn consumentenrechten sluit dus aan bij de bestaande regels uit de Richtlijn elektronische handel. Dit lijkt op het eerste gezicht een vrijbrief op te leveren voor online marktplaatsen om de mededeling van de derde dat die geen handelaar is, zonder meer over te nemen. De derde kan er belang bij hebben ten onrechte de indruk te wekken dat hij geen professionele partij is. In de praktijk zal het misbruik van deze mogelijkheid vermoedelijk beperkt blijven. In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de keerzijde van het zich voordoen als consument meebrengt dat (andere) consumenten de aanbieder mogelijk minder snel als een betrouwbare aanbieder van zaken of diensten zullen aanmerken. Echt kwaadwillende handelaren zullen hoe dan ook moeilijk grijpbaar zijn voor consumenten (en toezichthouders): het opzetten van een webwinkel kost tegenwoordig nauwelijks tijd<sup>10</sup> en het aantal onbetrouwbare webwinkels is schrikbarend hoog.<sup>11</sup> De 'noodzaak' om het bedrog te doen plaatsvinden door middel van valse informatie over de identiteit als handelaar of als consument, lijkt daarmee niet al te groot – integendeel: dergelijke handelaren hebben er juist belang bij om als een serieuze en betrouwbare webwinkel over te komen. Ten slotte zullen handelaren kunnen terugschrikken van het gebruikmaken van een dergelijke misleidende handelspraktijk vanwege de nieuwe handhavingsmogelijk-

heden voor de toezichthouders, en vooral vanwege de dreiging die uitgaat van het opleggen van een hoge bestuursrechtelijke boete, zeker indien de toezichthouder daadwerkelijk handhavend zou gaan optreden en hieraan in de media aandacht wordt besteed. Mijns inziens zou dat ook een prioriteit in het beleid van de ACM moeten gaan vormen. Dat betekent dat onjuiste informatie over de identiteit van degene die zich als consument voordoet, vermoedelijk vooral afkomstig zal zijn van kleine professionele partijen die begonnen zijn als hobbyist maar die inmiddels als handelaar moeten worden aangemerkt (mogelijk zelfs zonder dat zij zich daarvan bewust zijn). Het moeten controleren van de identiteit van al dit soort partijen mag inderdaad niet van een online marktplaats of online zoekdienst worden gevegd. Wanneer de online marktplaats wel op de hoogte is gebracht van de onjuistheid van de informatie, zal hij deze prompt moeten verwijderen om gevrijwaard te blijven van aansprakelijkheid. Dat zal betekenen dat hij ervoor moet zorgen dat het aanbod van de derde niet langer verschijnt in de zoekresultaten, zodat de consument niet op basis van deze onjuiste informatie kan contracteren.

Om misbruik van de vrijstelling van aansprakelijkheid door de online marktplaats te voorkomen, zouden naar mijn mening niet al te zware eisen mogen worden gesteld aan het 'weten of behoren te weten' dat de informatie van de derde onjuist is: zodra de online marktplaats van meerdere consumenten of van een consumentenorganisatie klachten heeft ontvangen over een specifieke derde, brengt de maatschappelijke zorgvuldigheid naar mijn mening mee dat de online marktplaats een onderzoek naar de juistheid van die klachten dient in te stellen, onder meer op basis van een analyse van de door de online marktplaats zelf verzamelde data over het aantal via de marktplaats door de derde gesloten overeenkomsten. Een dergelijke uit de 'gewone' regels voor onrechtmatige daad uit artikel 6:162 BW voortvloeiende zorgvuldigheidverplichting is ook niet in strijd met de Richtlijn elektronische handel. Weliswaar mogen lidstaten geen algemene verplichting aan de dienstverleners opleggen om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden,<sup>12</sup> maar dit verbod staat nadrukkelijk niet in de weg aan de mogelijkheid voor de lidstaten om van de dienstverleners te verlangen dat zij de zorgvuldigheid betrachten die in het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs van hen verwacht mag worden. Voor zover de zorgvuldigheidseis bij nationale wet is vastgesteld en (mede) dient om bepaalde soorten onwettige activiteiten op te sporen en te voorkomen, zullen consumenten een beroep kunnen doen op schending van de zorgvuldigheidsnorm.<sup>13</sup> Artikel 6a lid 2 Richtlijn consumentenrechten bepaalt in aansluiting hierop dat de lidstaten met het oog op het handhaven van een hoog niveau van consumentenbescherming verdergaande nationale informatieverplichtingen mogen opleggen aan online marktplaatsen. Dergelijke maatre-

7. Richtlijn 2000/31/EG, *PbEG* 2000, L 178/1.

8. In Nederland geïmplementeerd in art. 6:196c lid 4 BW.

9. Zie HvJ 23 maart 2010, zaak C-236/08, *Google France SARL en Google Inc e.a./Louis Cuitton Malletier SA e.a.*, ECLI:EU:C:2010:159, *NJ* 2012/523, m.nt. J.H. Spoor.

10. Bij het invullen van de zoektermen 'hoe lang duurt het opzetten van een webshop' bij een online zoekdienst gaven de eerste twee (gesponsorde) links aan dat het opzetten van de webshop via die diensten 30 minuten ([www.lightsspeedhq.nl/ecommerce](http://www.lightsspeedhq.nl/ecommerce)) resp. enkele minuten ([www.mijnwebwinkel.nl/webshop-starten](http://www.mijnwebwinkel.nl/webshop-starten)) zou duren (laatstelijk gecontroleerd op 31 juli 2019).

11. In een onderzoek voor de Digitaalgids van mei 2018 heeft de Consumentenbond onderzoek verricht naar nepwebshops. Volgens de Consumentenbond is zeker één op de vijf webwinkels onbetrouwbaar; de bond heeft destijds een lijst opgesteld van 2000 verdachte webwinkels gericht op de Nederlandse markt, zie [www.consumentenbond.nl/online-kopen/nep-webwinkels](http://www.consumentenbond.nl/online-kopen/nep-webwinkels) (laatstelijk gecontroleerd op 31 juli 2019). De Belgische consumentenorganisatie Testaankoop meldt in dezelfde periode 800 valse webwinkels te hebben ontmaskerd, zie [www.test-aankoop.be/hightech/internet/nieuws/800-valse-webshops-ontmaskerd](http://www.test-aankoop.be/hightech/internet/nieuws/800-valse-webshops-ontmaskerd) (laatstelijk gecontroleerd op 31 juli 2019).

12. Zie art. 15 lid 1 Richtlijn elektronische handel.

13. Zie overweging (48) preambule Richtlijn elektronische handel.

gelen moeten dan wel proportioneel en non-discriminatoire zijn en mogen geen afbreuk doen aan de Richtlijn elektronische handel. In de preambule wordt aangegeven dat de maatregelen in het bijzonder nodig kunnen zijn vanwege de snelle technologische ontwikkelingen met betrekking tot online marktplaatsen.<sup>14</sup>

## Vereenvoudiging positie handelaar

Op een aantal punten wordt de positie van handelaren door de Moderniseringsrichtlijn vereenvoudigd. Zo behoeven handelaren het modelformulier voor de ontbinding niet meer voor contractsluiting te verschaffen indien de overeenkomst gesloten wordt door middel van een middel voor communicatie op afstand dat beperkte ruimte (bijv. sms, mobiele telefoon) of tijd (tv-reclame) biedt voor het tonen van de informatie. Deze wijziging van artikel 8 lid 4 Richtlijn consumentenrechten, die al in het oorspronkelijke richtlijnvoorstel werd genoemd,<sup>15</sup> wordt in de preambule van de uiteindelijke tekst van de Moderniseringsrichtlijn nader onderbouwd door erop te wijzen dat bijvoorbeeld bij bestellingen via de telefoon of via een *voice operated shopping assistant* het technisch onmogelijk kan zijn om het modelformulier al voor contractsluiting op gebruikersvriendelijke wijze aan de consument te doen toekomen.<sup>16</sup> Het formulier moet, net als andere informatie die niet voor contractsluiting kon worden vermeld, zo spoedig mogelijk daarna alsnog op een passende wijze ter beschikking worden gesteld.<sup>17</sup> De in artikel 6 lid 1 sub c Richtlijn consumentenrechten opgenomen verplichting van een handelaar om een faxnummer te vermelden via welk nummer de consument eenvoudig contact met hem kon opnemen, wordt geschrapt omdat het gebruik van de fax nauwelijks meer voorkomt.<sup>18</sup> In plaats daarvan wordt de handelaar verplicht om informatie te verschaffen over eventuele andere manieren om snel en effectief online met hem te communiceren, voor zover gewaarborgd is dat de consument een schriftelijk verslag met daarin vermeld de datum en het tijdstip van het contact ontvangt.<sup>19</sup> Tot een wezenlijke verandering zal dit niet leiden, aangezien het Hof van Justitie recentelijk al had geoordeeld dat een handelaar niet verplicht is om een telefoonnummer, faxnummer of e-mailadres te activeren en aan de consument te verstrekken indien hij geen gebruik maakt van deze communicatiemiddelen. Wel is dan vereist dat de handelaar een ander communicatiemiddel ter beschikking stelt dat voldoet aan de eisen van recht-

streekse en efficiënte communicatie.<sup>20</sup> Daaraan is bijvoorbeeld voldaan als de handelaar de mogelijkheid biedt voor een online chatgesprek dat aan het slot kan worden gedownload als tekstbestand. De nieuwe formulering van artikel 6 lid 1 sub c Richtlijn consumentenrechten is dus een codificatie van die rechtspraak.

## Bedenktijd

In de *New Deal*-mededeling was al aangekondigd dat consumenten ook bij 'gratis' digitale diensten dezelfde rechten zouden krijgen ten aanzien van de precontractuele informatieplichten en de bedenktijd.<sup>21</sup> In aansluiting op de nieuwe Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten<sup>22</sup> wordt de Richtlijn consumentenrechten nu óók van toepassing op overeenkomsten tot levering van digitale inhoud die niet op een duurzame drager wordt geleverd en op de levering van digitale diensten, waarbij de consument geen prijs in geld betaalt maar waarbij hij wel de verplichting op zich neemt om persoonsgegevens aan de handelaar te verstrekken. Een uitzondering geldt (evenals onder de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten) wel voor het geval waarin de persoonsgegevens door de handelaar uitsluitend worden gebruikt om de overeenkomst te kunnen nakomen en/of aan wettelijke verplichtingen te kunnen voldoen.<sup>23</sup> Ook voor digitale inhoud en digitale diensten die niet tegen betaling van een prijs in geld worden geleverd, zal een bedenktijd van veertien dagen gelden, welke termijn net als thans al voor betaalde digitale inhoud en digitale diensten zal aanvagen op het moment van contractsluiting.<sup>24</sup>

Er zijn echter gevallen waarin de consument géén gebruik (meer) kan maken van zijn bevoegdheid om de overeenkomst te ontbinden tijdens de bedenktijd. Voor overeenkomsten tot levering van diensten, waaronder ook digitale diensten, verliest de consument de ontbindingsbevoegdheid indien de overeenkomst volledig is nagekomen en, voor zover de consument wel een betalingsverplichting op zich heeft genomen, nakoming heeft plaatsgevonden met voorafgaande instemming door de consument en de erkenning dat hij zijn ontbindingsbevoegdheid heeft verloren zodra de nakoming is voltooid.<sup>25</sup> Voor de levering van digitale inhoud geldt

14. Zie overweging (29) preambule Moderniseringsrichtlijn.

15. Zie art. 2 onder (12)(a) van het voorstel voor de Moderniseringsrichtlijn.

16. Zie overweging (41) preambule Moderniseringsrichtlijn.

17. Zie het slot van art. 8 lid 4 Richtlijn consumentenrechten, dat op dit punt ongewijzigd is gebleven.

18. Zie overweging (46) preambule Moderniseringsrichtlijn.

19. Zie het nieuwe art. 6 lid 1 sub c Richtlijn consumentenrechten, zoals gewijzigd door art. 2 onder (4)(a)(i) Moderniseringsrichtlijn.

20. HvJ 10 juli 2019, zaak C-649/17, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände/Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2019:576.

21. 'Een "new deal" voor consumenten', p. 5.

22. Richtlijn (EU) 2019/770, *PbEU* 2019, L 136/1. Zie over het voorstel voor deze richtlijn M.B.M. Loos, 'Europese harmonisatie van online en op afstand verkoop van zaken en de levering van digitale inhoud (I) en (II)', *NtEr* 2016/3, p. 114-120 en 2016/4, p. 148-156; zie over de definitieve tekst van de richtlijn M.B.M. Loos, 'Herziening regelingen kooprecht en digitale inhoud aanstaande', *TvC* 2019/3, p. 106-116.

23. Zie art. 3 lid 1a Richtlijn consumentenrechten; zie ook de overwegingen (31-34) preambule Moderniseringsrichtlijn.

24. Zie het huidige art. 9 lid 2 sub a resp. sub c Richtlijn consumentenrechten.

25. Zie art. 16 lid 1 sub a Richtlijn consumentenrechten, zoals gewijzigd door art. 2 onder (12)(a) Moderniseringsrichtlijn. De Moderniserings-

dat de ontbindingsbevoegdheid onder dezelfde voorwaarden al vervalt op het moment waarop de levering *aanvangt*.<sup>26</sup> Dat maakt dat het relevant is om onderscheid te maken tussen de levering van digitale inhoud en de levering van digitale diensten – voornamelijk in het geval van duurovereenkomsten, zoals een abonnement op updates van antivirussoftware of op de toegang tot een online *game*-account. Van de levering van digitale inhoud is sprake als specifieke, geïndividualiseerde digitale gegevens worden geleverd waarover de consument de feitelijke macht kan uitoefenen.<sup>27</sup> Daaronder vallen de levering van een te downloaden muziek-, audio- of videobestand, computerprogramma's, apps, digitale spellen, e-boeken of andere e-publicaties,<sup>28</sup> ook als het gaat om diverse leveringen van afzonderlijke bestanden.<sup>29</sup> Ook de levering van antivirussoftware of een abonnement daarop valt hieronder. Zodra de consument de antivirussoftware downloadt – onder de genoemde voorwaarden – verliest hij dus zijn ontbindingsbevoegdheid.

Van de levering van digitale diensten is daarentegen sprake indien de dienst de consument in staat stelt gegevens in digitale vorm te creëren, te verwerken of op te slaan, of toegang tot die gegevens te krijgen, of voorziet in de mogelijkheid van het delen van gegevens of in de mogelijkheid van een andere interactie met gegevens in digitale vorm die door de consument of door andere gebruikers van die dienst worden geüpload of gecreëerd.<sup>30</sup> Daaronder valt bijvoorbeeld Software-as-a-service, waarbij gebruik kan worden gemaakt van online versies van programma's als Word of Acrobat Reader, maar ook diensten voor het *hosten* van bestanden (*cloud storage*) of het verlenen van toegang tot online gespeelde *games* en tot sociale media, al dan niet voor een bepaalde periode.<sup>31</sup> Voor zover getwijfeld kan worden of sprake is van de levering van digitale inhoud of van de levering van een digitale dienst geldt overigens volgens de preambule dat de regels over de bedenktijd bij de levering van diensten moeten worden toegepast, zodat de ontbindingsbevoegdheid pas vervalt bij voltooiing van de nakoming.<sup>32</sup>

richtlijn hernumert overigens het huidige art. 16 Richtlijn consumentenrechten tot art. 16 lid 1, met invoeging van twee nieuwe artikelliden.

26. Zie art. 16 lid 1 sub m Richtlijn consumentenrechten, zoals gewijzigd door art. 2 onder (12)(b) Moderniseringsrichtlijn.
27. Vgl. de huidige definitie in art. 7:5 lid 5 BW.
28. Zie overweging (30) preambule Moderniseringsrichtlijn en overweging (19) preambule Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten.
29. In overweging (56) preambule Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten wordt het voorbeeld gegeven van de toezending van een link aan de consument waar deze om de week een nieuw e-boek kan downloaden.
30. Zie art. 2 onder (16) Richtlijn consumentenrechten, dat verwijst naar art. 2 onder (2) Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten.
31. Zie overweging (19) preambule Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten.
32. Zie overweging (30) preambule Moderniseringsrichtlijn.

## Gebruiken of proberen tijdens de bedenktijd

Ik wijs tot slot nog op één – voor consumenten zonder meer negatief – voorstel in het oorspronkelijke richtlijnvoorstel dat het Publicatieblad *niet* heeft gehaald. Aanvankelijk werd voorgesteld dat de consument zijn ontbindingsbevoegdheid zou verliezen indien hij de gekochte zaak heeft gebruikt 'in plaats van het uit te proberen zoals dat in een fysieke winkel zou zijn gebeurd'.<sup>33</sup> In mijn eerdere bijdrage over de voorgestelde richtlijn heb ik op dit voorstel kritiek geuit omdat die vergelijking in veel gevallen geen oplossing biedt om een goed onderscheid te maken tussen het testen van de geleverde zaken en het gebruiken daarvan. Ik gaf daarbij het voorbeeld van de koop van een computer, die door de consument wordt aangesloten om deze te kunnen testen. Tijdens het aansluiten worden echter automatisch diverse bestanden geïnstalleerd en wordt een 'persoonlijk profiel' op de computer gecreëerd nog voordat de consument zelf iets kan uittesten. Deze automatische installatie van bestanden en het creëren van een persoonlijk profiel heeft in de fysieke winkel al lang plaatsgevonden. Mag de consument de computer dan wel aansluiten en installeren, of is dat al het gebruik van de zaak?<sup>34</sup> In de uiteindelijke versie van de Moderniseringsrichtlijn is deze nieuwe uitzondering op de ontbindingsbevoegdheid gelukkig niet opgenomen. Dat betekent echter wel dat het moeilijk blijft te bepalen welk (voor rekening van de consument zijnde) deel van de waardevermindering door het gebruik van de zaak is veroorzaakt en welk (voor rekening van de handelaar blijvende) deel van de waardevermindering het gevolg is van het testen. Dat – in sommige gevallen reële – probleem blijft voor de handelaar, die immers de bewijslast heeft dat de zaken door verder gebruik dan enkel testen waarde hebben verloren.

## Conclusie

In deze bijdrage heb ik onderzocht of de Moderniseringsrichtlijn in haar uiteindelijke vorm de in de *New Deal*-mededeling gedane belofte waarmaakt van de modernisering en de verbetering van de handhaving van het Europese consumentenrecht.

Geconstateerd kan worden dat de (mogelijkheid tot) handhaving sterk wordt verbeterd door de toekenning van individuele remedies aan consumenten wanneer zij geconfronteerd worden met oneerlijke handelspraktijken van handelaren. Daarnaast krijgt de publiekrechtelijke handhaving een duidelijke stimulans door de mogelijkheid van het opleggen van serieuze bestuursrechtelijke boetes bij inbreuken op de Richtlijn oneerlijke han-

33. Zie de Toelichting op het oorspronkelijke voorstel voor de Moderniseringsrichtlijn, p. 4.

34. Zie Loos, *NtEr* 2018, p. 153-154.

delspraktijken, de Richtlijn consumentenrechten, de Richtlijn prijsaanduiding en de Richtlijn oneerlijke bedingen. Het is overigens niet goed begrijpelijk waarom de Europese wetgever de gelegenheid niet te baat heeft genomen om overeenkomstige boetebepalingen op te nemen in de onlangs vastgestelde Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten en Richtlijn consumentenkoop<sup>35</sup> – temeer nu de Moderniseringsrichtlijn op tal van andere punten wél heeft gezorgd voor een goede aansluiting van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de Richtlijn consumentenrechten op de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten.

Ten aanzien van de modernisering van het consumentenrecht kan worden geconstateerd dat de Europese wetgever terecht veel aandacht heeft voor de rol van online marktplaatsen. Het blijft wat mij betreft teleurstellend dat de Europese wetgever geen materieelrechtelijke regels heeft opgelegd aan de online marktplaatsen. Het is – gelet op de beleidsagenda van Von der Leyen, de nieuwe voorzitter van de Europese Commissie – echter de verwachting dat de nieuwe Europese Commissie met voorstellen op dit terrein zal komen.<sup>36</sup> De Moderniseringsrichtlijn bevat wel al nuttige aanzetten. Dat geldt vooral voor de toevoeging aan de lijst van verboden handelspraktijken van gebrekkige informatie of controle ten aanzien van het waarheidsgehalte van online reviews en andere steunbetuigingen, zoals *likes* op sociale media, en van het nalaten duidelijk te maken dat andere belangen kunnen hebben bijgedragen aan de bepaling van de volgorde waarin zoekresultaten worden getoond. Deze verboden kunnen een belangrijke disciplinerende werking op de online handel hebben, zeker als de toezichthouder gebruikmaakt van de grotere mogelijkheden tot handhaving.

De uitbreiding van het toepassingsgebied van de Richtlijn consumentenrechten tot ‘gratis’ geleverde digitale inhoud en digitale diensten sluit aan bij de overeenkomstige regeling in de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten. Het onderscheid tussen digitale inhoud en digitale diensten is echter zo subtiel dat het mijns inziens beter zou zijn geweest om ten aanzien van het verlies van de ontbindingsbevoegdheid bij instemming van de consument met levering tijdens de bedenktijd een uniforme regeling te ontwerpen. Om afbakeningsproblemen tussen digitale en andere diensten te voorkomen was het dan verstandig geweest om voor digitale inhoud en digitale diensten simpelweg aan te sluiten bij de regels voor diensten. We zullen moeten afwachten of dit in de praktijk inderdaad tot problemen zal leiden, of dat de in de preambule gegeven aanwijzing dat in geval van twijfel de regels voor (digitale) diensten moeten worden gevolgd, afdoende zal zijn.

Wat discutabeler is de beslissing van de Europese wetgever om online profilering en prijsdiscriminatie toe te

staan. Het lijkt zaak om goed te blijven opletten of de geoorloofde prijsdiscriminatie op grond van persoonlijke voorkeuren niet onttaardt in verboden discriminatie op grond van, bijvoorbeeld, ras, nationaliteit of geloof. Het zou toch niet zo moeten zijn dat de verboden profilering op grond van postcode via de achterdeur van het IP-adres weer terugkeert in het maatschappelijk verkeer. Of de Autoriteit Consument en Markt voldoende is uitgerust om ook ten aanzien van dit soort praktijken goed toezicht te kunnen houden, zal de tijd moeten leren.

De Moderniseringsrichtlijn leidt dus inderdaad tot modernisering en verbetering van (de mogelijkheid tot) handhaving van het Europese consumentenrecht. Het consumentenrecht is daarmee echter nog niet op alle punten bij de tijd. De ACM is zelf in actie gekomen tegen het gebruik van oneerlijke online beslisomgevingen, maar het is de vraag of de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken voldoende handvatten biedt om op te treden tegen handelaren die via de vormgeving van hun bestelproces de consument weten te verleiden om een voor de handelaar gunstig, maar voor de consument minder passend product af te nemen. De casuïstische benadering die hiervoor moet worden gevolgd, lijkt in ieder geval problemen op te leveren voor een toezichthouder. Hier lijkt een verdere aanpassing van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken gewenst. Daarnaast lijkt het in de huidige digitale samenleving moeilijk uit te leggen waarom bedingen in algemene voorwaarden in sommige landen absoluut verboden zijn en in andere landen gewoon zijn toegestaan. Voor internationaal opererende bedrijven als Facebook, Google en Amazon moet het dan ook lastig zijn om uniforme, overal bruikbare algemene voorwaarden op te stellen – gesteld dat zij op zich aan het recht zouden willen voldoen. Het lijkt dan ook tijd om de al meer dan 25 jaar oude Richtlijn oneerlijke bedingen bij de tijd te brengen. De eerder genoemde *fitness check* uit 2017 biedt daartoe ook meer dan voldoende handvatten.

35. Richtlijn (EU) 2019/771, *PbEU* 2019, L 136/28.

36. Zie U. von der Leyen, ‘Een Unie die de lat hoger legt. Mijn agenda voor Europa’, p. 15. De verklaring van (toen nog: kandidaat-)voorzitter Von der Leyen kan worden gedownload via [https://ec.europa.eu/commission/interim\\_nl/politieke-beleidslijnen](https://ec.europa.eu/commission/interim_nl/politieke-beleidslijnen) (laatstelijk gecontroleerd op 29 augustus 2019).