

Grenzen aan digitale beïnvloeding

Verslag

Anne-Jel Hoelen en
Mashid Mojabi*

Verslag van de najaarsvergadering van de Vereniging voor Reclamerecht, gehouden op 3 oktober 2019

Bedrijven beïnvloeden consumenten, dat is niets nieuws. Wel is er steeds meer aandacht voor de manier waarop bedrijven online het gedrag van consumenten beïnvloeden. Door het doormeten en analyseren van online gedrag krijgen bedrijven steeds meer zicht op hoe zij consumenten door de inrichting van de online omgeving een bepaalde kant op kunnen bewegen. Op het terrein van online beïnvloeding spelen allerlei vragen. Worden consumenten in de digitale wereld anders beïnvloed dan in de analoge? Is de manier waarop bedrijven consumenten online beïnvloeden de afgelopen jaren indringender geworden? Hoe wordt online beïnvloeding gezien vanuit de gedragswetenschappen, het reclamerecht en het gegevensbeschermingsrecht? Wanneer overschrijdt dit soort beïnvloeding de grenzen van de wet en over welke regels gaat het eigenlijk?

Inleiding

Tijdens de Najaarsvergadering van de Vereniging voor Reclamerecht op 3 oktober jl. was het thema 'Grenzen aan digitale beïnvloeding'. Alle bovenstaande vragen kwamen aan bod. De focus lag daarbij op het gebruik van zogenoemde 'nudges'¹, 'evil nudges'² en 'dark patterns'³ om consumenten bij hun commerciële beslissingen te beïnvloeden, hoe deze beïnvloedingsmethodes juridisch te duiden zijn en hoe het verzamelen van gegevens en analyseren hiervan kunnen bijdragen aan de beïnvloeding. Het onderwerp was toegespitst op de online situatie. Het gebruik van gegevens die in de fysieke omgeving over personen worden verzameld en het feit dat deze ook

ingezet kunnen worden voor verkoopbevordering bleef buiten beschouwing.

De bijeenkomst werd geleid door dagvoorzitter Christiaan Alberdingk Thijm (partner bij bureau Brandeis en senior docent bij de UvA). Bart Schutz (bestuursvoorzitter bij het Nederlands Instituut van Psychologen en managing partner bij Online Dialogue) ging in op beïnvloedingstechnieken in digitale markten.⁴ Joanna Strycharz (PhD behavioural microtargeting, UvA, ASCoR)⁵ sprak over de rol van big data bij digitale beïnvloeding. Anne-Jel Hoelen (jurist bij de Autoriteit Consument en Markt, ACM) vertelde over de plannen van de ACM om handvatten te bieden aan bedrijven bij het gebruik van online beïnvloedingstechnieken.⁶ Lieneke Viergever

* Mr. Anne-Jel (A.J.) Hoelen is jurist bij de Autoriteit Consument & Markt en bestuurslid van de Vereniging voor Reclamerecht. Dit verslag is geschreven op persoonlijke titel.

Mashid (M.) Mojabi is juridisch stagiaire bij de Autoriteit Consument & Markt. Dit verslag is geschreven op persoonlijke titel.

Dit is een verslag van de bijeenkomst op 3 oktober 2019. Het is dus geen exacte weergave van het besprokene. Eventuele onnauwkeurigheden in de verslaglegging moeten niet aan de sprekers worden toegerekend.

1 De term 'nudge' werd door rechtsgeleerde Cass R. Sunstein en econoom Richard Thaler voor het eerst gebruikt in hun boek *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, Penguin Putnam Inc. 2009. Het staat voor elk aspect van de keuzearchitectuur die het gedrag van mensen op een voorstelbare wijze wijzigt zonder dat bepaalde mogelijkheden worden verboden of hun economische beweegredenen significante worden gewijzigd.

2 Dit is een 'duwtje' dat wordt ingezet om de consument te bewegen tot een beslissing die in zijn nadeel is.

3 De term 'dark pattern' is in 2010 voor het eerst gebruikt door Harry Brignull, UX-designer. Hij doelt hiermee op trucjes die gebruikt worden in websites en in apps die ervoor zorgen dat de consument andere beslissingen neemt dan hij zich had voorgenomen. Zie zijn website <https://www.darkpatterns.org/>.

4 Zie voor de presentatie 'Beïnvloedingstechnieken in digitale markten' op de website van de Vereniging voor Reclamerecht: http://vvr.nl/documents/20191003_VvRRNJVGrenzenaan digitalebeïnvloeding_BartSchutzOnlineDialogue.pdf.

5 Zie voor de presentatie 'Big data en reclame: online personalisatietechnieken en grenzen van beïnvloeding', de website van de Vereniging voor Reclamerecht: <http://vvr.nl/documents/JoannaStrycharz-VvR3oktober2019.pdf>. ASCoR staat voor Amsterdam School of Communication Research, zie www.ascor.nl.

6 Zie voor de presentatie de website van de Vereniging voor Reclamerecht: 'ACM's leidraad online beslisomgeving'. <http://vvr.nl/documents/Anne-JelHoelen-VvR3oktober2019.pdf>

(partner bij Project Moore)⁷ behandelde het onderwerp vanuit gegevensbeschermingsperspectief, en Bram Duivenvoorde (advocaat bij Hoogenraad & Haak) ging in op hoe dark patterns en evil nudges zich verhouden tot de regelgeving over oneerlijke handelspraktijken.⁸ De dag werd afgesloten met een levendige paneldiscussie.

Beïnvloedingstechnieken in digitale markten

De eerste spreker Bart Schutz gaat in op hoe online beïnvloedingstechnieken werken en de psychologie hierachter. Hij legt de begrippen nudging, evil nudging en dark patterns uit vanuit een psychologische invalshoek. Vanuit de psychologie is bekend dat menselijk gedrag tot stand komt door een complex samenspel van externe factoren in de betreffende situatie, kenmerken en ervaringen van de persoon zelf en de werking van het brein. In het brein werken zowel onbewuste als bewuste processen. De onbewuste processen (systeem 1) resulteren in reflexmatig en geautomatiseerd gedrag. Deze processen zijn altijd actief en beïnvloeden iedere beslissing. De bewuste processen kunnen leiden tot doordacht, rationeel gedrag, maar zijn veel minder vaak betrokken dan men denkt. Nudging beïnvloedt gedrag door in te spelen op de onbewuste processen. Door middel van nudging laat je mensen (meer) gewenst gedrag vertonen, door het gewenste gedrag aantrekkelijker te maken. Dit gebeurt zonder mensen daarbij in hun vrijheden te beperken, of rationele of economische prikkels te veranderen. Een persoon kan nog steeds bewust de controle nemen en een andere keuze maken.

Nudges komen in allerlei variaties voor. Een nudge is op zichzelf neutraal en dus niet goed of slecht. Wel kan nudging gebruikt worden voor 'onethische' doeleinden, zogenoemd 'evil nudging'. Bedrijven onderzoeken of en zo ja, in welke mate nudges effectief zijn. Dit gebeurt op grote schaal met data-analyses en A/B testing.⁹ Veel uitingen op het internet bevatten tegenwoordig een of meerdere experimenten. Enkele bedrijven die veel experimenteren zijn KPN, Booking.com, Amazon en Facebook. Laatstgenoemde social media platformaanbieder maakte jaren geleden bekend dat het bedrijf dagelijks meer dan 2.000 experimenten start. Hiermee stond Facebook voor zover bekend op nummer één en mogelijk staat het dat nog.

Moet deze ontwikkeling in bedwang worden gehouden, en zo ja, hoe? Schutz vindt van wel en ziet mogelijkheden in samenwerking tussen de overheid en de spelers in de digitale markt. Ethische nudging is alleen mogelijk als sprake is van goede intenties, en als het vergaren van bewijs, de toepassing daarvan en de data zelf ook voldoen aan ethische normen. Tot slot is het vellen van een moreel oordeel over de effecten van een nudge alleen mogelijk indien dit effect betrouwbaar onderzocht is. Bedrijven houden deze onderzoeksresultaten nu voor zichzelf waardoor toezicht moeilijk is. Toezicht wordt ook bemoeilijkt doordat bedrijven tegenwoordig meerdere

versies van hun app of website hebben met als doeleinde experimenten uit te voeren. Schutz vindt onder meer dat toezicht aan de hand van cijfers over het effect van nudges zou moeten plaatsvinden.

Big data en reclame: online personalisatie-technieken en grenzen van beïnvloeding

Joanna Strycharz vertelt over datagedreven advertenties en welke gevolgen deze kunnen hebben op de maatschappij. Bij onderzoek naar gegevensgebruik door bedrijven ligt de focus vaak op gegevensbescherming terwijl er ook andere belangrijke aspecten zijn die minder aandacht krijgen van gedragswetenschappers. Wat zijn de grenzen van digitale beïnvloeding bij gepersonaliseerde reclame en gegevensgebruik voor reclame?

Van gepersonaliseerde reclame is sprake als drie van de volgende vier factoren aanwezig zijn bij de afstemming van de reclame: doelgroep, inhoud die op de ontvanger afgestemd is, het moment van tonen en de mate waarin de advertentie rendabel is. Voor het personaliseren worden allerlei gegevens gebruikt, zoals via cookies verkregen gegevens, informatie uit het social media profiel en het IP-adres. Een voorbeeld van een gepersonaliseerde advertentie is een product dat jou via een advertentie wordt aanbevolen omdat je daarvoor een ander product in je winkelmandje hebt gedaan. Bijvoorbeeld als je in een webshop een camera in je winkelmandje doet en je vervolgens een reclame ziet met hetzelfde type camera's in andere kleuren en de bijpassende filmvulling. Een ander voorbeeld is een advertentie op Facebook voor een gezondheidgerelateerd product die je ontvangt omdat je een in Nederland woonachtige vrouw bent tussen de 25-64 jaar, en de adverteerder heeft aangegeven zich op deze groep te willen richten.

De personalisatie-technieken die in Nederland veel gebruikt worden of populair gaan worden zijn *online behavioural advertising* (personalisatie op basis van online gedrag, vaak door *real-time bidding*), e-mailmarketing waarbij alle e-mails geheel of gedeeltelijk worden gepersonaliseerd (bijvoorbeeld de naam in het onderwerp of de inhoud, de aanbevelingen, links, en/of kortingen), reclame binnen social media die gericht is op profielinformatie, *customisation* (personalisatie geïnitieerd door de consument die vrijwillig de daarvoor benodigde gegevens deelt), personalisatie van reclame op mobiele apparaten op basis van offline mediagedrag (bijvoorbeeld de door de consument bekeken televisieprogramma's, zogenoemd *synced adverteren*) en prijsdifferentiatie.

Databrokers spelen een grote rol bij personalisatie-technieken. Zij verzamelen informatie over consumenten voor zichzelf, kopen die van andere bedrijven en/of voegen die samen met gegevens uit andere bronnen, zoals uit de offline wereld.¹⁰ Zij verkopen de samengevoegde gegevens vervolgens als profielen¹¹ waarmee hun klanten gericht en persoonlijker kun-

7 Zie voor de presentatie 'Eisen privacyregelgeving aan beïnvloeding en samenloop met eisen andere rechtsgebieden. Vereisten voor profilering en automatische besluitvorming, toestemming versus gerechtvaardigd belang, fairness toets en samenloop met eisen andere rechtsgebieden', de website van de Vereniging voor Reclamerecht: http://vrr.nl/documents/20191003_VvRrGrenzen-aandigitalebeïnvloeding_LienekeViergeverProjectMoore.pdf.

8 Richtlijn 2005/29/EG, *PbEU* 2005, L49/22. Zie voor de implementatiewet van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken, dossiernummer 309 28, *Stb.* 2008, 397, inwerkingtreding: *Stb.* 2008, 398. Laatstelijk gewijzigd bij *Stb.* 2016, 290, inwerkingtreding *Stb.* 2017, 174.

9 Een A/B-test is een vorm van onderzoek waarbij twee (of meerdere) varianten van een website met elkaar worden vergeleken. De onderzoeker verdeelt de te onderzoeken personen ascelect over twee groepen. Elke groep krijgt een andere

versie van de website te zien. De controlegroep, die een ongewijzigde versie van de website te zien krijgt, wordt traditioneel aangeduid met de letter "A", en de experimentele groep, die een gewijzigde versie van de website te zien krijgt, wordt aangeduid met de letter "B". Door het gedrag van gebruikers in verschillende groepen te meten en met elkaar te vergelijken kan worden bepaald welke opzet, A of B, het gewenste doel – vaak de hoogste omzet – het best benadert.

10 Offline is de tegenhanger van online. Er wordt gesproken van offline bronnen wanneer gegevens beschikbaar zijn zonder verbinding met het internet zoals publieke registers, locatiegegevens, verkoopshistorie, televisiekijkgedrag.

11 Enkele voorbeelden van profielen zijn: 'mannen zonder kind tussen de 25 en 30 jaar, woonachtig in Amsterdam, boven modaal inkomen en in een relatie, met interesse in sport' of 'alleenstaande moeders tussen de 35 en 40 jaar oud, woonachtig in Nederland met een minimuminkomen, met interesse in gezondheid'.

nen adverteerders. De waarde van het profiel wordt bepaald door de vraag. Het verschil in waarde kan grote gevolgen hebben voor de consument. Ten eerste ontstaat ongelijkheid. Doordat er wordt geadverteerd aan de hand van profielen ontvangt niet elke consument dezelfde informatie. Dit leidt tot asymmetrische informatie onder consumenten. Consumenten waarvan het profiel niet interessant is voor bedrijven worden zo uitgesloten van informatie. Deze ongelijkheid zal toenemen naarmate er meer data kunnen worden opgehaald. De opkomst van Internet of Things heeft naast positieve gevolgen in dit geval een keerzijde. Internet of Things zorgt voor meer gegevens met als gevolg meer verschillende profielen en meer ongelijkheid. Ten tweede kan het *chilling effects* veroorzaken. Consumenten worden zich bewust van de gegevens die zij achterlaten en het gebruik daarvan. Het gevolg is dat consumenten bepaalde dingen niet doen of vermijden omdat zij weten dat die informatie over hun gedrag anders gebruikt kan worden. Strycharz besluit haar presentatie met het statement dat de combinatie van data en technieken uit de psychologie leidt tot een risicogebied.

Online beïnvloeding van consumenten: een blik vanuit de ACM

De volgende spreker Anne-Jel Hoelen vertelt dat ACM werkt aan een leidraad over het onderwerp. De ACM hanteert een tweejaarlijkse agenda. De thema's op de agenda van de ACM geven aan waar de ACM zich in die periode in het bijzonder op richt. Het thema van vandaag, 'de grenzen van digitale beïnvloeding', past binnen het thema digitale economie dat op ACM's agenda 2018-2019 staat. Tijdens de voorjaarsbijeenkomst van de Vereniging voor Reclamerecht in maart 2019 is Hoelen ingegaan op een aantal trends die te zien zijn: data, vervaging tussen informatie en reclame, sterkere gerichtheid van reclame, keuzearchitectuur, algemene voorwaarden en informatieplichten¹². Het thema van vandaag sluit hier naadloos op aan.

Dark en light patterns, sludges en nudges¹³, en malicious interface design zijn benamingen voor vormen van beïnvloeding. Deze kunnen vanuit verschillende disciplines benaderd worden, bijvoorbeeld vanuit HCI (human-computer interaction)-wetenschappelijk, juridisch en economisch perspectief. Zo zijn dark patterns niet alleen gedragswetenschappelijk maar ook juridisch te categoriseren. Die categorisering vallen niet per se samen. Bovendien kan een beïnvloedingsvorm uit een bepaalde categorie in veel verschillende gradaties voorkomen. Bij de juridische kwalificatie komt het vaak neer

op de toepassing van een open norm wat betekent dat alle omstandigheden van het geval meewegen.

Een voorbeeld van categorisering vanuit de HCI-wetenschap staat in een recent onderzoek door de Princeton-universiteit.¹⁴ Enkele van de daarin gehanteerde categorieën zijn 'sneaking', urgentie, schaarste, sociaal bewijs, obstructie, gedwongen actie en verkeerde sturing. Bij sneaking gaat het bijvoorbeeld om het stiekem in het online winkelmandje stoppen van een extra product, om verborgen kosten, en om abonnementsvallen. Bram Duivenvoorde zal later ingaan op de juridische kwalificatie van deze categorieën.

De ACM kan handhavend optreden tegen praktijken die aan te merken zijn als dark patterns. Het gaat daarbij onder meer om praktijken die in strijd zijn met de regels op basis van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken¹⁵ en de richtlijn consumentenrechten¹⁶. De ACM ziet toe op de naleving van de implementatie van deze regelgeving via de Wet handhaving consumentenbescherming¹⁷. De ACM onderneemt zowel op nationaal niveau als in Europees of internationaal samenwerkingsverband actie tegen dit soort praktijken. Een voorbeeld van ingrijpen op nationaal niveau is ACM's actie tegen Lecturama.¹⁸ Het ging daarbij onder meer om een abonnementsval, een praktijk die valt in de categorie sneaking, en die te kwalificeren was als oneerlijke handelspraktijk. Bij een abonnementsval lijkt het alsof de consument eenmalig een product afneemt, dat vaak als 'gratis' of als 'proef' gepresenteerd wordt, terwijl in verscholen kleine lettertjes staat dat het gaat om een abonnement. In het Europese Consumer Protection Cooperation-verband, het samenwerkingsverband van toezichthouders op consumentenbescherming in de EER, heeft de ACM onder meer actie ondernomen tegen onredelijk bezwarende (oneerlijke) bedingen in de algemene voorwaarden van Facebook, waarin onder meer een beding stond dat reclame niet als dusdanig herkenbaar hoefde te zijn.¹⁹ en die van tegen AirBnB en het hanteren van niet-transparante prijzen door AirBnB.²⁰ In het internationale samenwerkingsverband International Consumer Protection and Enforcement Network (ICPEN) treedt de ACM op tegen de appstore-aanbieders Apple en Google omdat zij app-aanbieders in hun appstores onvoldoende gelegenheid bieden om duidelijke informatie te geven over het gebruik van consumentgegevens.²¹ Naast de ACM hebben ook toezichthouders in andere lidstaten actie ondernomen, onder meer tegen een aantal grote online platformaanbieders. Zo heeft de Italiaanse toezichthouder Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) een boete opgelegd aan Facebook vanwege

12 'Tech trends en toezicht', 5 maart 2019, http://www.vvrr.nl/documents/20190303_VvRr_Techtrendsentoezicht_DEF_000.pdf.

13 Een nudge waarbij niet het belang van de geadresseerde van de nudge voorop staat. Het is vergelijkbaar met een evil nudge. Zie ook voetnoten 1 en 2.

14 Arunesh Mathur et al., 'Dark Patterns at Scale: Findings from a Crawl of 11K Shopping Websites', (Princeton HCI-onderzoek), *Proc. ACM Hum.-Comput. Interact.*, Vol. 3, No. CSCW, Article 81: November 2019. Zie <https://webtransparency.cs.princeton.edu/dark-patterns> en de literatuur waarnaar in dat onderzoek verwezen wordt voor zover het gaat over de categorisering.

15 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 („Richtlijn oneerlijke handelspraktijken”) (Voor de EER relevante tekst), *OJL* 149, 11.6.2005, p. 22-39.

16 Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/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 Voor de EER relevante tekst, *OJL* 304, 22.11.2011, p. 64-88.

17 *Stb.* 2006, 591, inwerkingtreding *Stb.* 2006, 592, laatstelijk gewijzigd bij *Stb.* 2019, 190, inwerkingtreding *Stb.* 2019, 244.

18 ACM-besluit 30 april 2015 (Lecturama), https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/14347_boete-Lecturama-ongevraagde-toezendingen.pdf, en CBB 25 augustus 2015, ECLI:NL:CBB:2015:285 (Celldorado).

19 ACM, 'Facebook past voorwaarden aan in het voordeel van consumenten', acm.nl, 9 april 2019, zie <https://www.acm.nl/publicaties/facebook-past-voorwaarden-aan-het-voordeel-van-consumenten>.

20 ACM, 'EU consumententoezichthouders eisen duidelijke prijzen en eerlijke voorwaarden van Airbnb', acm.nl, d.d. 16 juli 2018, zie <https://www.acm.nl/publicaties/eu-consumententoezichthouders-eisen-duidelijke-prijzen-en-eerlijke-voorwaarden-van-airbnb> en 'Airbnb hanteert voortaan duidelijke prijzen en eerlijkere voorwaarden', acm.nl, d.d. 11 juli 2019, zie <https://www.acm.nl/publicaties/airbnb-hanteert-voortaan-duidelijke-prijzen-en-eerlijkere-voorwaarden>.

21 ACM, 'ACM initieert internationale oproep aan Apple en Google over appstores', acm.nl, d.d. 12 maart 2019 (zie <https://www.acm.nl/publicaties/acm-initieert-internationale-oproep-aan-apple-en-google-over-appstores>).

onder andere het feit dat Facebook-gebruikers geconfronteerd werden met privacy-onvriendelijke standaardinstellingen en vervolgens met een waslijst met nadelen als de consument deze instellingen zou aanpassen. De AGCM kwalificeerde dit als agressieve handelspraktijk.²²

Op dit moment ontwikkelt de ACM een leidraad.²³ De ACM beoogt daarin duidelijk te maken wat de interpretatie van de ACM is. Bedrijven zijn zelf verantwoordelijk voor het naleven van consumentenrecht. Met de leidraad wil de ACM bedrijven handvatten bieden bij hun eigen beoordeling over wat bij de sturing van consumenten op grond van het consumentenrecht is toegestaan en wat niet zodat de consumenten een gewogen beslissing kunnen maken. De ACM maakt bij het opstellen van de leidraad gebruik van input van belanghebbende partijen en kennis verkregen via bureaustudie, praktijkervaring en multidisciplinaire experts. In de leidraad staan begrippen, een algemeen deel met een juridisch kader en voorbeelden. Ook deze bijeenkomst dient als input voor de leidraad, en wel als input vanuit de Vereniging voor Reclame-recht. De ACM houdt aan het eind van dit jaar een openbare consultatieronde over het concept van de leidraad. Hoelen roept de leden op daar gebruik van te maken.

Eisen privacyregelgeving aan beïnvloeding en samenloop met eisen andere rechtsgebieden

Lieneke Viergever bespreekt beïnvloeding met gebruik van persoonsgegevens. Er is sprake van persoonsgegevens als informatie kan worden gekoppeld aan een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon (artikel 2, aanhef en onder 1 Algemene Verordening Gegevensbescherming²⁴, AVG). Hieronder kan vallen: naam, contactgegevens, geslacht, leeftijd, woonplaats, inkomen, interesses en voorkeuren. Niet bij alle vormen van beïnvloeding wordt gebruik gemaakt van persoonsgegevens. Een voorbeeld waarbij dat wel het geval is een timer die naar het einde van een verkoopactie aftelt met de naam van de consument erbij: “*Lieneke, your limited-time offer ends in...*”

Aan de hand van persoonsgegevens kunnen bedrijven achterhalen welke technieken consument A eerder overtuigen dan consument B. In veel gevallen kwalificeert dit als profileren in de zin van artikel 4 lid 4 AVG: “*een geautomatiseerde verwerking waarbij aan de hand van persoonsgegevens bepaalde persoonlijke aspecten van een individu worden geëvalueerd met als doel te analyseren of te voorspellen*”. Vervolgens rijst de vraag onder welke voorwaarden profileren is toegestaan. Voor geautomatiseerde besluitvorming, een bepaalde vorm van profileren, gelden strengere regels. Het is verboden tenzij een beroep kan worden gedaan op een uitzondering, zoals uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene (artikel 22 lid 2 AVG).

De strengere eisen gelden onder meer voor geautomatiseerde besluiten die het gedrag of de keuzes van betrokkenen in

aanmerkelijke mate treffen. Heeft online advertising zo'n aanmerkelijk effect? Volgens de European Data Protection Board kan dat het geval zijn als het effect ervan indringend of gevoelig is of als bewust gebruik wordt gemaakt van kwetsbaarheden, zoals gebrek aan financiële draagkracht.²⁵ De eisen aan toestemming voor het verwerken van persoonsgegevens zijn hoog. Toestemming moet een vrij gegeven, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige wilsuiting zijn. Als een bedrijf een vooraf aangevinkt hokje gebruikt met daarna een zin in de trant van “ja, ik geef toestemming voor het verwerken van mijn gegevens” dan is dit geen wilsuiting en niet specifiek genoeg.

Is online advertising met een geldige toestemming altijd toegestaan? Toestemming is niet altijd passend want soms begrijpen consumenten niet waarvoor ze toestemming geven. De proportionaliteits- en subsidiariteitstoets en de algemene privacybeginselen bieden in zulke gevallen extra waarborgen voor een eerlijke verwerking van persoonsgegevens. De privacytoezichthouder hecht sterk aan toestemming, terwijl de grondslag gerechtvaardigd belang met bijbehorende belangenafweging bij profilering in veel gevallen een geschiktere grondslag lijkt. Viergever concludeert dat de beïnvloedingsvormen waar het vandaag over gaat meerdere rechtsgebieden raakt, waaronder de regelgeving over gegevensbescherming. Ieder rechtsgebied beschermt verschillende belangen. Gegevensbeschermingsrecht ziet op de bescherming van autonome besluitvorming door betrokkenen, en op het waarborgen van een veilige en eerlijke omgeving voor de verwerking van persoonsgegevens.

Dark patterns en evil nudges: toegelaten beïnvloeding of oneerlijke handelspraktijken?”

De laatste spreker Bram Duivenvoorde schetst het juridisch kader vanuit de regelgeving over oneerlijke handelspraktijken voor dark patterns en evil nudges. Hij vat dit samen als: “Gij zult niet misleiden”²⁶, “Gij zult geen essentiële informatie verzwijgen”²⁷, “Gij zult de consument niet agressief bejegenen”²⁸, en “Gij zult de consument niet oneerlijk behandelen”²⁹. Duivenvoorde wijst erop dat die laatste norm (het verbod voor bedrijven om te handelen in strijd met de “professionele toewijding”) in de praktijk weinig wordt toegepast. Juist die norm kan echter belangrijk worden in de handhaving van de ACM op het gebied van online beïnvloeding. In een publicatie van de ACM³⁰ geeft bestuursvoorzitter Martijn Snoep namelijk aan dat de leidraad invulling gaat geven aan de zorgplicht van bedrijven en de wettelijke norm van professionele toewijding.

Duivenvoorde haalt hierna voorbeelden uit onder meer het eerder aangehaalde Princeton-onderzoek³¹ aan. Hierna volgt er een discussie met het publiek over de toepassing van de regelgeving over oneerlijke handelspraktijken op voorbeelden van dark patterns en evil nudges. Dark patterns en evil

22 AGCM-besluit 28 november 2018 (Facebook). Zie <http://en.agcm.it/en/media/press-releases/2018/12/Facebook-fined-10-million-Euros-by-the-ICA-for-unfair-commercial-practices-for-using-its-subscribers%E2%80%99-data-for-commercial-purposes>.

23 ACM, 'Signaal 2019. Consumentenbescherming in een veranderende maatschappij', d.d. 3 april 2019, zie <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/signaal-2019.pdf>.

24 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 (algemene verordening gegevensbescherming).

25 Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679 (wp251rev.01), te vinden op <https://ec.europa.eu>.

26 Artikel 6 richtlijn oneerlijke handelspraktijken, artikel 6:193c Burgerlijk Wetboek (BW).

27 Artikel 7 richtlijn oneerlijke handelspraktijken, artikel 6:193d-f BW.

28 Artikel 8 richtlijn oneerlijke handelspraktijken, artikel 6:193h BW.

29 Artikel 5 richtlijn oneerlijke handelspraktijken, artikel 6:193b BW.

30 ACM, 'ACM: aanpassing consumentenwetgeving moet mensen beter beschermen', acm.nl d.d. 3 april 2019, (zie <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-aanpassing-consumentenwetgeving-moet-mensen-beter-beschermen>).

31 Zie noot 13.

nudges zijn relatief nieuwe begrippen. Sommige van de hiermee bedoelde praktijken zijn vergelijkbaar met offline praktijken.³² Hieruit kan men afleiden of deze praktijken toelaatbaar zijn of niet. Bij gevallen waarin een overtreding of toelaatbaarheid niet valt af te leiden van offline praktijken, rijst de vraag of er mogelijk kan worden opgetreden op basis van het verbod om te handelen in strijd met de professionele toewijding.

De presentatie wordt afgesloten met een discussie over de mogelijkheden van wetswijzing en of dit wenselijk is en hoe dit zou moeten worden uitgevoerd (op Europees of nationaal niveau). Het consumentenacquis is recent getoetst op geschiktheid voor gebruik. Daar is een beperkt aantal wijzigingen uit voortgekomen. In de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken³³ zijn de toetsen gemiddelde consument en de zogenoemde transactietoets³⁴ behouden. Het consumentenacquis bevat voornamelijk maximumharmonisatie. Als sprake is van maximumharmonisatie dan is er geen mogelijkheid om van de regels af te wijken,

Discussie en vragen

De middag wordt afgesloten met een paneldiscussie. Een belangrijke vraag is hoe de vandaag besproken kennis gebruikt kan worden in de praktijk. Schutz vindt de criteria van “de gemiddelde consument” en “een potentieel aanzienlijk beperkend effect op de besluitvorming” in de regelgeving over oneerlijke handelspraktijken niet realistisch. Hij pleit ervoor om in procedures gegevens en testresultaten te verdere om zo een realistisch zicht te verkrijgen op de gemiddelde consument, hoe die zich gedraagt, en wat het gemeten effect op de besluitvorming is. Deze digitale data en testresultaten kunnen gebruikt. De juristen geven aan dat de juridische fictie een praktische en normatieve achtergrond heeft en dat ook gedragswetenschappelijke onderzoeken geen zekerheden kennen. Vaak zijn ook andere verklaringen mogelijk. In een procedure bestaat verder het risico dat onderzoek zich op onderzoek stapelt en zo de procedure vertraagt terwijl het risico dat het onderzoek onvoldoende is om als onderbouwing te kunnen dienen heel reëel is. Dus wat schiet je er dan mee op? Schutz beaamt dat en benadrukt dat bedrijven over gegevens beschikken over de consumenten en besluitvorming waar de procedure betrekking op heeft. De ACM kan bij het bedrijf dit opvragen. Alberdingk Thijm vraagt of de ACM al

onderzoeken heeft gedaan waarin informatie is gevorderd over gegevensgebruik of analyse (zoals A/B testing). Hoelen geeft aan dat zij daar niet op kan antwoorden maar dat de ACM bevoegdheden heeft om deze gegevens te vorderen als de vermoedelijke overtreding daar aanleiding toe geeft, en dat de persoon waartegen deze bevoegdheid ingezet wordt een medewerkingsplicht heeft op grond van artikel 5:20 Algemene wet bestuursrecht.

Verder beaamt Duivenvoorde dat het gebruik van “de gemiddelde consument” in het recht vaak niet aansluit op de werkelijkheid. Aangezien iedere consument anders is bestaat er geen “gemiddelde consument”. Kwetsbaarheid van consumenten verschilt vaak per persoon en per situatie, zo blijkt uit onderzoek. Hoelen geeft aan dat binnen het juridisch kader het gebruik van “de gemiddelde consument” wordt afgestemd op de specifieke casus; bij de gemiddelde consument kan het ook gaan om het gemiddelde lid van een specifieke groep waarop de handelaar zich richt of het gemiddelde lid van een specifieke groep waarvan de handelaar redelijkerwijs kan voorzien dat die groep bijzonder vatbaar is voor de handelspraktijk of voor het onderliggende product. Op die manier wordt ook rekening gehouden met de kwetsbare consument.

Alberdingk Thijm vraagt wat Hoelen binnen de beschreven dark patterns ziet als een potentiële agressieve handelspraktijk. Hoelen verwijst naar het voorbeeld in het AGCM-besluit. Het gaat om situaties waarin sprake is van dusdanige ongepaste beïnvloeding van de consument dat de keuzevrijheid van de consument aanzienlijk wordt beperkt. Een andere vraag vanuit de zaal gaat over inschrijving voor een nieuwsbrief als voorwaarde voor deelname aan een promotioneel kansspel: “Schrijf je in voor onze nieuwsbrief en maak kans op....”. Viergever geeft aan dat dit moet kunnen mits is voldaan aan de overige eisen voor toestemming, met name omdat je je makkelijk voor een nieuwsbrief kan uitschrijven en omdat betrokkenen die zich niet inschrijven slechts een kans op een voordeel missen.

Na deze najaarsbijeenkomst is het duidelijk dat het vanuit verschillend perspectief kijken naar online beïnvloedingsmethoden loont. De ACM zal de verschillende inzichten meenemen in de leidraad. Input op deze leidraad door externe experts is welkom. Daarom houdt de ACM een openbare consultatie. Meer informatie hierover is te vinden op acm.nl.

32 Met offline praktijken wordt bedoeld handelspraktijken die niet verbonden zijn aan het internet zoals televisiereclame.

33 Zie over dit criterium o.a. HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96, ECLI:EU:C:1998:369; Overweging 18 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

34 De transactietoets is het in de regelgeving over oneerlijke handelspraktijken gehanteerde criterium dat de gemiddelde consument door de praktijk een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen. In de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken staat in plaats van overeenkomst ‘transactie’. Een besluit over een overeenkomst of een besluit over

een transactie wordt ruim geïnterpreteerd. Zie daarover onder meer de richtsnoeren bij de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, Werkdocument van de diensten van de Commissie – Richtsnoeren voor de tenuitvoerlegging/toepassing van richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken bij mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's. Een brede aanpak voor het stimuleren van de grensoverschrijdende elektronische handel voor Europese burgers en bedrijven.

De gemiddelde consument is de maatman in het Europese consumentenrecht.