



Reactie van de VvRr studiecommissie Online Beslisomgevingen op de ACM Consultatie “Leidraad bescherming van de online consument”

De VvRr studiecommissie Online Beslisomgevingen heeft met belangstelling kennisgenomen van de consultatie Leidraad bescherming van de online consument (hierna te noemen de “Leidraad”).

I Inleiding

De Leidraad biedt een bruikbaar inzicht in de wijze waarop door de ACM verder inhoud wordt gegeven aan bescherming van de online consument en aan haar missie markten goed te laten werken voor mensen en bedrijven.

De constatering in paragraaf 1.4 dat de Leidraad:

- een hulpmiddel is;
- dat de uiteindelijke beoordeling in een specifiek geval meestal afhangt van de omstandigheden; en
- dat de Leidraad niet vooruitloopt op rechterlijke oordelen;

onderschrijven wij van harte.

De ACM stelt zich (in paragraaf 1.4 en 2.2) te beperken tot de algemene regels die consumenten beschermen. De Leidraad gaat niet in op de vraag welke regels vóórgaan in het geval van samenloop. Voor die keuze is begrip.

Dat vervolgens ook de samenloop van regels in het geheel buiten beschouwing wordt gelaten, in het bijzonder de toepassing van de AVG, is een groot hiaat en is verwarrend. Markten goed laten werken voor mensen en bedrijven, en zeker online markten, kan niet zonder beschouwing van de regels vanuit de AVG en interpretatie daarvan.

Verhouding tot privacywetgeving (AVG)

Bij een groot aantal van de voorbeelden dat wordt gegeven in de Leidraad, speelt de verwerking van persoonsgegevens een hoofdrol. Toch is het toetsingskader telkens alleen dat van de OHP. Het weglaten van de AVG is verwarrend.

Het lijkt erop alsof de ACM aanloopt tegen een weeffout in het toezicht waarbij het AVG toezicht bij de AP is ondergebracht ondanks de verknoping van beide kaders. Bij de particuliere toezichthouder, de SRC, speelt dit overigens niet. Artikel 2 van de NRC verklaart simpelweg: *“Reclame dient in overeenstemming te zijn met de wet, de waarheid, de goede smaak en het fatsoen.”* Daarmee beoordeelt de SRC ook de rechtmatigheid van de onderliggende verwerkingen van persoonsgegevens. Bij toetsing en uitleg van de OHP is dat niet anders, een uitleg of beoordeling over online markten

waar consumenten actief zijn en worden beïnvloed, is een uitleg en tegelijk een beoordeling over de verwerking van persoonsgegevens.

In een Leidraad die inzicht wil geven in de bescherming van de online consument kan het toetsingskader van de AVG - en van de Telecommunicatiewet (Tw) - niet ontbreken. Niet alleen omdat men jurist moet zijn om het fijnzinnige onderscheid tussen de beoordeling van een rechtmatig prijsonderscheid op grond van de OHP en een beoordeling op grond van de AVG te kunnen begrijpen, maar ook omdat OHP en AVG elkaar beïnvloeden: gebruik van persoonsgegevens om te misleiden is geen gerechtvaardigd belang voor een verwerking bijvoorbeeld. De beoordeling van de uiting heeft daarmee meteen impact op de rechtmatigheid van de verwerking nodig om die te laten zien. Omgekeerd geldt hetzelfde: een op basis van een profiel geïndividualiseerde uiting is vanwege die extreme gerichtheid eerder misleidend als deze een algemeen aanbod suggereert. Daarmee heeft de interpretatie en (norm)uitleg van de AP over gerechtvaardigd belang, en vice versa deze Leidraad, invloed op de interpretatie van regels door de andere toezichthouder.

Het simpelweg stellen, zoals dat nu in de Leidraad gebeurt, dat men natuurlijk bij de online beïnvloeding telkens ook in overeenstemming moet handelen met de AVG doet aan die verwevenheid onvoldoende recht. Wij willen de ACM dan ook aanraden beide toetsingskaders in deze Leidraad tezamen te nemen.

Natuurlijk zijn er altijd veel meer regels die óók op online beïnvloeding van toepassing zijn, maar die toch buiten het bestek van een leidraad kunnen vallen. Denk aan de regels van het BW of, in een concreet geval, regels rond geneesmiddelen of alcohol en dergelijke. Men moet zich beperken.

Gaat het echter om online beïnvloeding, dan is de verwevenheid tussen dat wat getoond wordt, hoe de beslissing om iets te tonen tot stand komt én het gebruik van persoonsgegevens dermate fundamenteel dat zonder een meer holistische benadering de Leidraad niet meer biedt dan een, fraai geschreven, potje schaduwboxen.

II Opmerkingen per onderdeel

Hieronder wordt nader ingegaan op de voorbeelden van online beïnvloeding die de ACM in hoofdstuk 4 bespreekt.

4.1 Prijsvermelding

In de inleiding zou kunnen worden toegevoegd, een toelichting als:

“Bij deze en andere voorbeelden in de sfeer van prijsvermelding gaat de algemene regel met betrekking tot het doen van een uitnodiging tot aankoop op. Al die informatie die nodig is om tot een aankoopbeslissing te komen moet worden vermeld. De gegeven voorbeelden laten zien om wat voor informatie dat kan gaan”.

4.1.2 Wat mag wel, wat mag niet?

Uit de voorbeelden wordt duidelijk dat volledige prijsinformatie moet worden gegeven. Ook wordt op twee punten verhelderd dat dit *altijd* moet en niet in de kleine lettertjes mag. Maar een meer positieve richting, hoe het wél kan, wordt niet gegeven. Een of meerdere voorbeelden van toegelaten vormen van het vermelden van bijkomende kosten zou bijvoorbeeld behulpzaam kunnen zijn.

“Noemt een bedrijf zijn product “gratis” (of vergelijkbaar)? En verdient het bedrijf vooral geld door het verzamelen en verkopen van persoonlijke data? Dat kan onder bepaalde omstandigheden oneerlijk

zijn, als daardoor de consument een verkeerde indruk krijgt over de afwezigheid van een commercieel oogmerk van een product.”

Welke bepaalde omstandigheden heeft de ACM voor ogen? Zijn hier voorbeelden van te geven?

Er zal altijd een commercieel oogmerk van een *producent* zijn (het lijkt ons dat dit wordt bedoeld).

Hoe verhoudt het feit dat het verdienen aan data onder bepaalde omstandigheden oneerlijk kan zijn als de consument daardoor een verkeerde indruk krijgt over de afwezigheid van een commercieel oogmerk zich tot het feit dat er bij verkoop (afgezien van non-profit of stichtingen) in principe altijd in meer of mindere mate een commercieel oogmerk bestaat? Moet dit gezien worden als een glijdende schaal? En zo ja; wanneer slaat het ‘reguliere commerciële oogmerk en het verzamelen van data’ om in (‘vooral’ geldt door het verzamelen en verkopen van persoonlijke data’) een oneerlijke handelspraktijk? Wat voor een bedrijven heeft de ACM hier voor ogen?

“Het bedrijf moet duidelijk zijn over de totale prijs, inclusief alle bijkomende kosten. Dit moet zij doen voordat een consument een online aankoop doet.”

Hoe verhoudt *voordat een consument een online aankoop doet* zich tot vooraf? De ACM geeft zelf aan dat het zo kan zijn dat de prijs beïnvloed wordt door keuzes van de consument later in het aanschaftraject. Is het dan bijvoorbeeld zo dat het bedrijf de consument moet informeren dat de prijs afhankelijk van keuzes mogelijk kan oplopen? De ACM geeft immers aan dat de kans kleiner is dat een consument later in een proces afhaakt omdat hij daar dan al tijd in heeft gestoken. Het is wenselijk dit te verduidelijken, bijvoorbeeld door op te nemen dat een bedrijf deze informatie moet geven ‘voordat de consument een bestelproces in gaat’.

4.2 Personalisering van prijzen en aanbod

4.2.2 Wat mag wel, wat mag niet?

Personalisering en de gemiddelde consument

Wanneer maakt een bedrijf misbruik van kwetsbaarheden bij een consument en wanneer slaagt een bedrijf er ‘gewoon’ in om tot een betere conversie te komen? Alle marketing is er uiteindelijk op gericht om mensen tot een beslissing te laten komen die zij anders (zonder kennis van de marketing) niet zouden hebben genomen.

“In het uiterste geval kan de gemiddelde consument bij een gepersonaliseerd aanbod gelijk zijn aan de individuele consument waarop het aanbod zich richt.”

Betekent deze zin dat de subjectieve beleving van die betreffende consument althans dat kleine groepje betreffende consumenten dan bepalend wordt? Dat zou een breuk zijn met de huidige geobjectiveerde toets waarbij de gemiddeld geïnformeerde consument de maatman is. Graag verduidelijking op dit punt.

Verder vragen wij ons het volgende af gelet op een aantal voorbeelden dat gegeven wordt in de laatste paragraaf van 4.2.1. Als het zo is dat consumenten op een smartphone minder de tijd nemen om prijzen te vergelijken (en het dan aannemelijk is dat er meer relevante punten zijn die zij meenemen in hun overwegingen om eventueel tot aankoop over te gaan), gelden er dan strengere eisen voor het personaliseren op smartphones? Of is het feit dat het gaat om een smartphone of een computer enkel een omstandigheid die meeweegt in de beoordeling of sprake is van een OHP. Graag verduidelijking op dit punt.

“Doen zij A/B-testing om de voorkeuren van consumenten beter te begrijpen? Dan draagt zij bij aan de invulling van hun verplichtingen onder professionele toewijding. Maar gebruiken zij deze kennis om in te spelen op specifieke kwetsbaarheden van consumenten? En verstoren zij zo hun economisch gedrag? Dan is dat een oneerlijke handelspraktijk.”

Hoe wil de ACM gaan handhaven op dit punt? Het lijkt vrij lastig om de intentie van een bedrijf bij A/B-testing in kaart te brengen, om daar vervolgens al dan niet gevolgen aan te verbinden. Graag verduidelijking op dit punt.

Transparantie over personalisering

“De ACM ziet personalisering als een essentieel kenmerk van een aanbod. Bedrijven moeten dus duidelijk informeren dat het aanbod gepersonaliseerd is – en hoe dat is gebeurd.”

en

“Gebruikt een bedrijf persoonsgegevens voor prijsdifferentiatie? Dan moet zij natuurlijk ook aan de AVG voldoen”.

In de AVG is in artikel 22 het recht voor mensen opgenomen om niet te worden onderworpen aan profilering waaraan rechtsgevolgen zijn verbonden die de consument in aanmerkelijke mate treft. Bedoelt de ACM met deze interpretatie en voorbeelden te zeggen dat aan gepersonaliseerde reclame altijd rechtsgevolgen zijn verbonden die een betrokkene in aanmerkelijke mate treft?

Is het inderdaad de intentie van de ACM om op dit punt een interpretatie, beschouwing en beoordeling te geven waarmee interpretatie van profilering van de AVG verder wordt ingekleurd? En wel op een wijze die bedrijven verplicht om bij het doen van gepersonaliseerde aanbiedingen altijd een menselijke tussenkomst te bieden (conform het bepaalde in artikel 22 lid 3 AVG)? Daarmee de rechten van betrokkenen om relatief eenvoudig bezwaar te maken tegen profilering en het ontvangen of zien van gepersonaliseerde reclame of aanbiedingen op grond van artikel 21 lid 2 AVG teniet te doen?

Zit in het “hoe” hier ook de motivatie voor de personalisering?

“Het bedrijf moet consumenten actief informeren over gepersonaliseerde prijzen. Dit kan bijvoorbeeld door een boodschap bij de gepersonaliseerde prijs te plaatsen, zoals: ‘we hebben informatie over jou gebruikt om te bepalen welke prijs we jou bieden. Deze prijs kan anders zijn dan voor andere klanten.’

De aanduiding “we hebben informatie over jou gebruikt om te bepalen welke prijs we jou bieden” is suggestief en vaak onjuist. Online wordt informatie over en van grote groepen gebruikt, een gepersonaliseerde aanbieding is vaak gebaseerd op enkele persona’s en daarmee enkele groepen met overeenstemmende kenmerken. De studietoelichting beveelt daarom aan om deze aanduiding te herformuleren.

Onduidelijk blijft nog welke informatie moet worden gemeld. Naast de vereisten vanuit de AVG. Welke kenmerken moeten concreet worden vermeld? Wordt ook bedoeld op de gegevens die zijn gebruikt tot bijvoorbeeld de bepaling van persona’s en/of verschillende groepen?

4.3 Oneerlijke verdienmodellen van games

4.3.1 Algemeen

Het verdient aanbeveling de verhouding met de Kansspelautoriteit te benoemen. Is de Kansspelautoriteit betrokken geweest bij deze Leidraad? Waar het gaat over gameverslaving verdient het ook aanbeveling specialisten op het vlak van verslavingszorg en -onderzoek te betrekken. In algemene zin is de vraag in hoeverre de ACM hier nu taken in het kader van de Volksgezondheid op zich neemt/gaat nemen en of dat de bedoeling is (hoe nobel wellicht ook).

“De toenemende gameverslaving⁴¹ onder jongeren laat zien hoe effectief gameontwikkelaars beïnvloedingstechnieken gebruiken om spelers meer tijd en geld in het spel te laten steken.”

Is het juist dat gameontwikkelaars gameverslaving veroorzaken? De synopsis bij het artikel van King waar in de noot naar wordt verwezen eindigt met:

“More research is needed to understand the financial aspects of on-line games and their relationship to persistent play and the onset of problematic gaming. Cases of IGD involving monetized games may be more financially involved and share features in common with gambling disorder (e.g. spending more than one can afford, borrowing or stealing money). A logical next step for addiction research is to examine different types of monetization and their association with IGD symptoms and gaming-related harms. Such work has important implications for enhancing our understanding of individuals whose spending behaviour in games appears excessive and who may be experiencing harm because of their gaming behaviour.”

Dat lijkt erop te wijzen dat de stelligheid waarmee de ACM de bewering doet (nog) niet ondersteund wordt door wetenschappelijk onderzoek.

4.3.2 Wat mag wel, wat mag niet?

Een voorbeeld daarvan is het gebruiken van algoritmes die op basis van data over psychologische kwetsbaarheden van de speler de prijs, het aanbod of het moment van aanbod bepalen.

Wie is “de speler” in dit voorbeeld? Is dat een objectieve maatman (bekende data is dat de (gemiddelde) speler na X uur meer geld uitgeeft dus na die tijd volgen de aanbiedingen), of gaat het om de individuele speler die wordt gevolgd en over wie een persoonlijk profiel wordt opgebouwd?

Betekent dit dat iedere optimalisatie van conversieratio's op basis van gedrag van de speler verboden is?

Voorbeeld 1: Onduidelijk is welke informatie wél gegeven moet worden en hoe.

Voorbeeld 2: Dat dit voorbeeld is toegestaan is vanuit de ACM wellicht begrijpelijk, er wordt transparant gecommuniceerd over de kosten en de winkans. Maar is het niet een vorm van gokken? De zeldzame kleding voor de avatar komt er bij een bepaald percentage spelers uit. Als oneindig lootboxes kunnen worden gekocht heeft dat item dus een gemiddelde waarde, te weten het aantal lootboxes dat een speler gemiddeld opent om de beloning te krijgen. De kosten voor die boxes minus de waarde van wat er nog meer in zit vormen de waarde van het virtuele stuk kleding. De gok is of je die beloning wel of niet binnen haalt en/of hoe snel je dat doet.

In elk geval is het aan te bevelen om ook hier duidelijk te maken over welk stuk de ACM gaat en welk stuk bij de Kansspelautoriteit of andere toezichthouders zou moeten liggen.

Verder is het aan te bevelen om wat betreft games die gericht zijn op kinderen ook een koppeling te maken met de Kinder- en Jeugdreclamecode en om duidelijk te maken over welk stuk ACM gaat en welk stuk bij de SRC ligt.

4.4 Schaarste-aanduidingen¹

Naast misleidende beperkte voorraad claims en een aftellende timer, hanteren handelaars ook dikwijls zogenoemde “lokkertjes”: scherpe aanbiedingen die consumenten naar een winkel of website lokken. Als dan het betreffende product niet (meer) voorradig blijkt te zijn, wordt de consument vervolgens bewogen om een alternatief (vaak niet-afgeprijsd) product te kopen.

Dergelijke “lokkertjes” zijn te scharen onder het in de zwarte lijst (art. 6:193g, sub e BW) opgenomen verbod. De problematiek van de “lokkertjes” zal evenzeer spelen in de online omgeving en verdient daarom vermelding in de Leidraad.

4.5 Onduidelijke informatie: met wie ga je in zee en wat neem je af?

Bij de beoordeling van de vraag of op websites essentiële informatie is weggelaten of verborgen is gehouden, zegt de ACM de feitelijke context en de beperkingen van het gebruikte medium in haar beoordeling mee te nemen. Volgens de ACM is het niet waarschijnlijk dat de online omgeving in dit opzicht beperkingen biedt. De ACM stelt zelfs: *“Zeker op een website kan een bedrijf een consument volledig informeren”*. Hierbij gaat de ACM voorbij aan een belangrijke nuance: het internet is juist een omgeving waarin het informeren van consumenten beperkingen kent. Consumenten zijn over het algemeen geneigd niet veel tekst te willen lezen en snel door te willen klikken naar hetgeen zij op zoek zijn.

In tegenstelling tot de ACM, is bijvoorbeeld de AP wél van mening dat het informeren van internetgebruikers (in het kader van gegevensverwerking) op het internet beperkingen kent. Daarom beveelt de AP aan, in lijn met aanbevelingen van de Artikel 29-werkgroep, om informatie op een website op een gelaagde wijze aan te bieden. De ACM rept in de Leidraad niet over zo’n mogelijkheid. Gelaagde informatievoorziening kan een goede vorm van informatievoorziening zijn: het voorkomt een overkill aan informatie, waardoor consumenten mogelijk afzien van het lezen van een grote lap tekst.

De ACM negeert het probleem – en de realiteit – van zo’n overkill aan informatie en beperkt zich tot het voorbeeld van het ‘wegstoppen’ van informatie in algemene voorwaarden. Het ‘wegstoppen’ van informatie dient echter niet te worden verward met de legitieme en juist meer effectieve wijze van het op getrapte wijze informeren van consumenten. Uiteindelijk is de consument ook meer gediend met informatie die compact, leesbaar en begrijpelijk is.

4.6 Sociaal bewijs

4.6.1 Algemeen

In het kader van de bespreking van online reviews heeft de ACM een alinea gewijd aan ‘testimonials’. Niet geheel duidelijk uit deze beschrijving is echter het verschil tussen een testimonial en een online review. Verder wordt vrij algemeen gesteld dat (o.a.) niet duidelijk is of de inzet door een bedrijf van personen bij een positieve testimonial wel of niet tegen betaling gebeurt. Vermelding verdient hier dat op basis van de Reclamecode Social Media & Influencer Marketing (RSM) 2019, influencers in dergelijke gevallen reeds verplicht zijn te vermelden dat de content tegen betaling of enig voordeel is geplaatst (‘relevante relatie’). Verder dient vermelding dat per 1 september 2020 op grond van de herziene Richtlijn audiovisuele mediadiensten (AVMD-richtlijn), sluitreclame via

¹ In de zin *“Typisch voor online is het gebruik van terugtellende seconden”*, 2^e bullet point op p. 30 van de Leidraad, is waarschijnlijk het woord “veilingen” weggevalen na het woord “online”.

videoplatformdiensten zoals YouTube, verboden is en influencers duidelijk moeten vermelden dat het om gesponsorde content gaat.

Opmerking verdient verder dat de Europese Commissie zowel een mededeling² als een aanbeveling³ heeft gepubliceerd over *“informatie die in strijd is met het recht van de Unie of het recht van de betrokken lidstaat.”* Daaronder vallen onrechtmatige (gemanipuleerde) reviews. Aangezien een belangrijk deel van de problematiek zich voordoet op internetplatforms (zoals eBay), is de Europese Commissie van mening dat het op de weg ligt van dergelijke onlineplatforms om doeltreffende proactieve maatregelen te nemen voor de opsporing en de verwijdering van illegale content.⁴ Mogelijk dat ook voor de publicatie van online reviews aldus een actieve(re) rol is weggelegd voor de tussenpersoon, het internetplatform, om te controleren op de (on)rechtmatigheid van de reviews en daarmee manipulatie tegen te gaan.

4.6.2 Wat mag wel, wat mag niet?

Het verdient vermelding dat bepaalde positieve nepreviews geplaatst door de consument, binnen de werkingssfeer van de zwarte lijst van art. 6:139g BW, en dan specifiek sub v, vallen.

De Europese Commissie geeft in haar richtsnoeren een voorbeeld van een handelspraktijk in de zin van deze sub g categorie van de zwarte lijst: *“De website van een hotel waarop positieve beoordelingen staan die zogenaamd afkomstig zijn van consumenten, maar die in werkelijkheid door de hoteleigenaar zijn geschreven.”*⁵ Het manipuleren van reviews in de vorm van het schrijven van een positieve nepreview is daarmee volgens de richtsnoeren per definitie in strijd met sub v van de zwarte lijst.⁶ Het stimuleren van medewerkers om positieve reviews te schrijven over het eigen bedrijf waar vervolgens niet bij deze reviews wordt vermeld dat deze reviews door medewerkers zijn geschreven is overigens ook verboden op grond van deze sub g categorie.⁷

Het manipuleren van reviews in de vorm van het plaatsen van (alleen) positieve nepreviews zal doorgaans tevens in strijd zijn met het manipulatieverbod zoals opgenomen in art. 4 van de Reclamecode Social Media & Influencer Marketing (RSM) 2019. Op basis van deze regel dient de adverteerder consumenten erop te wijzen als deze de door consumenten gegenereerde content op een selectieve manier laat zien, waardoor alleen positieve uitingen naar voren komen. Tenslotte is van belang te wijzen op de invloed die het fundamentele recht van vrije meningsuiting (art. 10 EVRM) kan hebben op de behandeling van online reviews. Wanneer een bedrijf actief online bezoekers uitnodigt om hun persoonlijke mening te geven, dienen in beginsel ook de negatieve reviews te worden gepubliceerd.

4.7 Onduidelijke informatie over gegevensbescherming

Volgens de wet is sprake van een misleidende omissie, wanneer essentiële informatie wordt weggelaten, welke informatie de gemiddelde consument nodig heeft een geïnformeerd besluit te

² COM(2018) 185 final, p. 1 en 2.

³ COM(2018) 185 final, p. 3.

⁴ In dit kader is tevens van belang de recentelijk aangenomen richtlijn Auteursrecht in de Digitale Eengemaakte Markt, meer specifiek artikel 13 dat tussenpersonen verplicht om preventief inhoud te filteren op onrechtmatigheid.

⁵ Richtsnoeren voor de tenuitvoerlegging/toepassing van Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken, SWD(2016) 163 final, Brussel, 25 mei 2016, p. 39.

⁶ Ibid, p. 156.

⁷ Ibid, p. 157.

nemen én de consument aldus een besluit over een overeenkomst kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

Dat de gemiddelde consument informatie over het gebruik van zijn persoonsgegevens nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen is goed verdedigbaar. Als een consument 'betaalt' met zijn persoonsgegevens in ruil voor een product, is dat inderdaad informatie die hij nodig heeft om een geïnformeerd besluit te nemen.

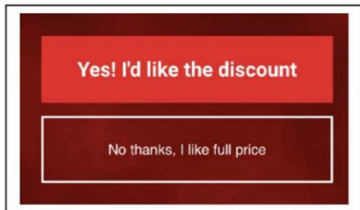
Het is echter de vraag of consumenten er in de praktijk in alle (of in veel) situaties voor kiezen een besluit over een overeenkomst wel of niet te nemen, op basis van dergelijk informatie. De ACM verwijst in de Leidraad naar empirisch onderzoek, waaruit blijkt dat consumenten apps vergelijken op basis van de manier waarop apps (persoons)gegevens gebruiken, indien deze consumenten daarover vooraf op transparante wijze informatie krijgen. Het lijkt niet juist om deze resultaten te generaliseren. Neem het voorbeeld van een cookiewall: als een consument op het internet wordt geconfronteerd met de 'keuze' om een website wel of niet te bezoeken in ruil voor het plaatsen van tracking cookies – en dus in ruil voor zijn persoonsgegevens – zal een consument de website tóch bezoeken, ook al krijgt hij vooraf op transparante wijze deze informatie.

4.8 Standaardinstellingen

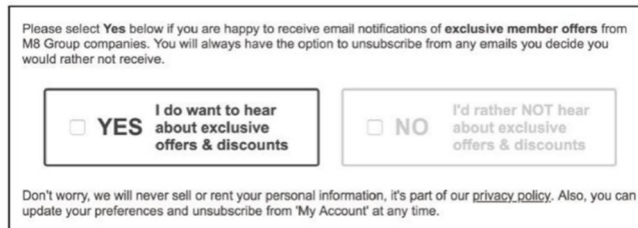
Deze categorie handelspraktijken ziet enerzijds op praktijken waarbij door ongepaste beïnvloeding, de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument met betrekking tot een product aanzienlijk wordt beperkt of kan worden beperkt (agressieve handelspraktijk), en anderzijds op praktijken waarbij de consument onjuist, althans onvolledig en niet transparant, wordt geïnformeerd (misleidende handelspraktijk).

Eenzijds gaat het in paragraaf 4.8 om vooraf door de handelaar ingestelde standaardinstellingen, zoals reeds aangevinkte opties, die tot een voor de consument minder gunstige keuze leiden. Dit zou mogelijk beschouwd kunnen worden als een ongepaste beïnvloeding, die de keuzevrijheid van de consument beperkt. De vraag is echter of de keuzevrijheid zozeer *aanzienlijk* wordt beperkt, dat sprake is van een oneerlijke handelspraktijk. Niet duidelijk is hoe de ACM oordeelt over dergelijke vooraf aangevinkte opties, zoals bij het Voorbeeld 1 (p. 40), maar dan in het geval dat het aangevinkt hokje voor het ontvangen van een nieuwsbrief gericht is tot een consument die (nog) niet een betalende klant is. Is in een dergelijk geval sprake van een ongeoorloofde handelspraktijk, nu de consument immers duidelijk kon zien dat het hokje was aangevinkt en toch op bevestigen heeft gedrukt (en het verbod op voor-afgevinkte vakjes uit art. 22 Consumentenrichtlijn hier niet van toepassing is)?

Wellicht zou iets meer toelichting en begeleiding hier van nut zijn. Zo lijkt de standaardoptie "Yes! I'd like a discount", zoals hieronder links weergegeven (vgl. Mathur et al (2019), *Dark patterns at scale*, p. 16.), wel toelaatbaar, terwijl de standaardoptie hieronder rechts weergegeven (vgl. Mathur et al (2019), *Dark patterns at scale*, p. 16.), mogelijk wél een oneerlijke handelspraktijk oplevert omdat het de consument mogelijk doet denken dat de NO optie niet beschikbaar is.



(a) Confirmshaming on radioshack.com. The option to dismiss the popup is framed to shame the user into avoiding it.



(b) Visual Interference on greenfingers.com. The option to opt out of marketing communication is grayed, making it seem unavailable even though it can be clicked.

Anderzijds ziet paragraaf 4.8 ook op handelspraktijken waarbij informatie is verscholen of lastig te vinden, bijvoorbeeld in algemene voorwaarden. De titel “Standaardinstellingen” dekt daarmee niet geheel de lading van deze paragraaf. Wellicht beter om dit te wijzigen in “Standaardinstellingen en verscholen informatie”.

4.9 Oneerlijke volgorde en presentatie.

De volgorde waarin het bedrijf de opties toont aan de consument kan van invloed zijn op de keuze van de consument. De transactietoets gaat daarbij steeds uit van een ‘redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende’ consument.

In de Leidraad wordt gesteld dat consumenten die online zoeken of bladeren erop vertrouwen dat de volgorde van gepresenteerde opties volledig gebaseerd is op de relevantie voor henzelf. Deze veronderstelling gaat uit van een wel zeer naïeve consument die blind afgaat op het voorgestelde en die geenszins verder zoekt. Ook online weten consumenten wel degelijk dat bedrijven hun eigen commerciële belangen nooit helemaal uit het oog verliezen. In de offline wereld is dat immers niet anders: een verkoper in een winkel is niet zelden gebaat bij het aanprijzen en verkopen van een specifiek merk om zo een extra bonus binnen te halen vanuit dat merk. De menukaarten in restaurants stellen het belang van de consument ook niet altijd voorop en zijn evenmin transparant over eventuele economische voordelen verscholen in de rangorde. Hier lijkt de gemiddelde consument prima mee uit de voeten te kunnen. Online is het bovendien zo dat consumenten vaak uitgebreider zoeken en niet blind afgaan op voorgestelde opties van één enkele website. Hierdoor hebben websites er ook belang bij om relevant te blijven voor die consument en is er dus sprake van enig zelfreinigend vermogen.

Kortom, het is opletten dat niet met twee maten wordt gemeten. De consument is en blijft een ‘redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende’ consument. Anno 2020 is deze consument zich online bovendien steeds beter bewust van de noodzaak van oplettendheid en handelt hij hier reeds naar.

4.10 Moeilijk om te annuleren

Ook hier speelt de problematiek van de automatische verlengingen van abonnementen (“subscription traps”). Mogelijk is het verhelderend om een verwijzing op te nemen naar paragraaf 4.5.2, Voorbeeld 2 (p. 35), waar deze problematiek ook aan de orde komt.

Verder kan gewezen worden op de (pre-contractuele) informatieverplichtingen van de handelaar, waaronder tevens de verplichting om contactgegevens helder weer te geven. Een bijzonder probleem voor consumenten die genoegdoening proberen te krijgen voor ongewenste abonnementen, is dat ze geen contact kunnen leggen met de handelaar. Dit vermindert niet alleen hun verhaalmogelijkheden, maar maakt het ook moeilijker voor de consumenten om hun overeenkomst of betalingen te annuleren. Deze pre-contractuele informatieplicht van de handelaar ziet ook op het duidelijk

vermelden van annuleringsrechten, een eventuele verplichting van de consument om terugkerende betalingen te doen en op totale bedragen van toekomstige betalingen. Het feit dat voldoende informatie met betrekking tot kosten en betalingen vaak ontbreekt is van cruciaal belang aangezien de meeste consumenten op het moment van autorisatie van mening zullen zijn dat ze alleen instemmen met een kleine, eenmalige betaling voor verzending en verpakking. Wat betreft de terugkerende betalingen op basis van automatische incasso's geldt dat een consument onder de financiële regelgeving (zoals bijvoorbeeld de Payment Service Directive (PSD2)) recht heeft op restitutie bij, of het opzeggen van, een automatische incasso. De vraag is wel of dergelijke informatie over automatische incasso's, essentiële informatie is die de handelaar dient te vermelden voorafgaand aan de transactie.

Tenslotte is van belang er hier op te wijzen dat een consument mogelijk ook een beroep kan doen op bepalingen uit de Richtlijn Consumentenrechten 2011/83/EU, met name art. 6.1, 8.2 en 8.4, als er sprake is van onduidelijkheid omtrent de voorwaarden om de overeenkomst op te zeggen.

Conclusies

De VvRr studiegroep Online Beslisomgevingen is van mening dat de Leidraad een nuttig en bruikbaar inzicht biedt in de wijze waarop door de ACM inhoud wordt gegeven aan bescherming van de online consument in het kader van online beslisomgevingen.

In het voorgaande heeft de studiegroep een aantal aanbevelingen gedaan. De belangrijkste is om aandacht te besteden aan de samenloop van de oneerlijke handelspraktijkregels met andere regels, met name privacy (AVG), maar ook consumentenrechtelijke regelingen in de Telecommunicatiewet en het BW en specifieke regels in de Wet op de Kansspelen (bijvoorbeeld op het gebied van online beïnvloeding via gaming). Bij een groot aantal van de in de Leidraad genoemde voorbeelden, spelen deze regels immers een belangrijke rol. Ook zou aandacht kunnen worden besteed aan de vraag of een gecombineerde handhaving met de andere toezichthouders, zoals de AP en de Kansspelautoriteit, tot een efficiëntere toepassing van de handhavinginstrumenten kan leiden.

De ACM lijkt in haar Leidraad op diverse punten uit te gaan van een vrij naïeve consument als maatman. De studiegroep onderschrijft het belang van deugdelijke consumentenbescherming maar wijst er tegelijk op dat te strenge handhaving mogelijk een 'chilling effect' kan hebben op online marketing activiteiten en daarmee met name voor kleine start-ups en het MKB, een beperking kan vormen voor hun marketinginspanningen en innovatie.

Tenslotte is in het bovenstaande aangegeven dat bij bepaalde in de Leidraad genoemde voorbeelden, onvoldoende duidelijk is wat voor (nadelige) effecten deze voorbeelden hebben en onder welke specifieke omstandigheden sprake is van een oneerlijke handelspraktijk. De studiegroep beveelt aan voor deze genoemde gevallen iets meer verduidelijking en begeleiding te bieden.

Namens de VvRr studiegroep Online Beslisomgevingen,

R.W. de Vrey (Vz.)	J. Sprey
J.W.A. Meddens	M.L. Rondhuis
J.V. van Balen	M. Poulus
M. van Haaren	