

**Identieke producten met verschillende prijzen voor verschillende consumenten:
de voorwaarden en beperkingen ten aanzien van prijsdiscriminatie op basis van
tracking cookies**



UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM

Masterscriptie

Bas Dijkmans van Gunst

Studentnummer: 10019936

Master: Informatierecht

Begeleider: Prof. dr. N. Helberger

Inleverdatum: 28 juli 2016

Abstract

Advertentienetwerken kunnen een uitgebreid dataprofiel van internetgebruikers opstellen door interesses, zoekopdrachten en aankopen bij te houden via tracking cookies. Deze data wordt veelal gebruikt om persoonlijke advertenties te laten zien, maar is ook bruikbaar voor andere doeleinden. Zo is het met deze data mogelijk om prijzen te personaliseren op basis van de bereidheid van de consument om een product te kopen. Dit wordt ook wel prijsdiscriminatie genoemd. Prijsdiscriminatie stuit op kritiek vanuit bijvoorbeeld consumenten, maar economisch gezien kan prijsdiscriminatie een interessante en winstgevende strategie zijn voor bedrijven. In deze scriptie wordt nader onderzocht onder welke voorwaarden het is toegestaan om prijsdiscriminatie toe te passen en wat de beperkingen op deze prijsstrategie zijn. Specifiek wordt online prijsdiscriminatie getoetst aan het gegevensbeschermingsrecht, het discriminatieverbod en het consumentenrecht en zullen deze rechtsgebieden met elkaar worden vergeleken. Daarbij wordt duidelijk dat er bij het plaatsen en lezen van tracking cookies ten behoeve van online prijsdiscriminatie sprake is van een verwerking van persoonsgegevens waardoor diverse aanvullende bepalingen uit de Wbp van toepassing zijn. Daarnaast dienen advertentienetwerken en websites er rekening mee te houden wat voor onderscheid zij maken tussen (groepen) individuen. Op basis van het consumentenrecht blijkt dat bij online prijsdiscriminatie op basis van tracking cookies aanvullende informatieplichten van toepassing kunnen zijn. Niet alleen op het moment van plaatsing van de cookies (zoals bij het gegevensbeschermingsrecht), maar ook bij de uiteindelijke weergave van de prijs. Deze informatieplicht is een waardevolle aanvulling op de informatieplicht vanuit het gegevensbeschermingsrecht.

Inhoudsopgave

1. Inleiding	3
2. Methode	5
3. De toepassing van de Wet bescherming persoonsgegevens op gepersonaliseerde prijzen ...	7
3.1 Art. 11.7a Tw en tracking cookies	7
3.2 Het bewijsvermoeden en de toepassing van de Wet bescherming persoonsgegeve	9
3.2.1 Tracking cookie ten behoeve van prijsdiscriminatie: een persoonsgegeven?	9
3.2.2 Uitvoering contract of gerechtvaardigd belang?	10
3.3 Geautomatiseerde besluitvorming op basis van tracking cookies.....	12
3.3.1 Art. 42 lid 1 Wbp.....	12
3.3.2 Uitzonderingen op art. 42 lid 1 Wbp	14
3.3.3 Beperkingen van art. 42 Wbp en art. 15 Privacyrichtlijn	15
3.3.4. Het nieuwe artikel 22 van de AVGB.....	17
3.3.5 Conclusie geautomatiseerde besluiten.....	18
4. Automated decision making en discriminatie.....	19
4.1 Regelgevend kader in Nederland en Europa.....	19
4.1.1 Direct onderscheid op basis van art. 1 lid 1 sub b AWGB.....	20
4.1.2 (Gerechtvaardigd) indirect onderscheid op basis van art. 1 lid 1 sub c AWGB.....	21
4.2 De beperkingen van de AWGB: een vergelijking met kredietscores.....	22
4.3. Ontwikkeling in transparantie, de bewijspositie en vergelijkbaarheid	24
5. Online prijsdiscriminatie en het consumentenrecht.....	26
5.1 Oneerlijke beding in de consumentenovereenkomst.....	26
5.2 Informatieplichten bij E-Commerce en verkoop op afstand	27
5.3 Oneerlijke handelspraktijken.....	29
5.4 Toepassing oneerlijke handelspraktijken op online prijsdiscriminatie	30
5.4.1 Limitatieve lijsten van misleidende en agressieve handelspraktijken	31
5.4.2 Agressieve handelspraktijk art. 6:193h BW	31
5.4.3 Misleidende handelspraktijk art. 6:193c BW	32
5.4.4 Misleidende omissie art. 6:193d BW	33
5.4.5 Toepassing algemene norm 6:193b	36
6. Conclusie.....	36
7. Literatuurlijst.....	39

1. Inleiding

Online diensten en webshops kunnen interesses en persoonsgegevens van gebruikers gebruiken om de gebruikservaring te personaliseren. Zo geeft Netflix aanbevelingen op basis van kijkgeschiedenis, Amazon doet productaanbevelingen en Yelp gebruikt geraffineerdere algoritmes om horeca te vinden die bij de gebruiker past.¹ Daarnaast kunnen online diensten, webshops en advertentienetwerken deze interesses gebruiken voor marketingdoeleinden. Door bijvoorbeeld browsegeschiedenis, aankopen en zoekopdrachten van de gebruiker bij te houden kunnen gepersonaliseerde advertenties – op basis van deze data – aan de gebruiker worden getoond, ook wel behavioural targeting genoemd.²

Een bekende manier om deze personalisatie te realiseren is via tracking cookies, waarbij kleine stukjes code worden geplaatst als de gebruiker een webpagina bezoekt. Een tracking cookie volgt het surfgedrag van de gebruiker en stelt met behulp van deze data een profiel op. Met behulp van dit profiel kunnen bijvoorbeeld gepersonaliseerde advertenties worden getoond.³ Dit profiel kan echter ook worden gebruikt om de bereidheid van de consument in te schatten om over te gaan tot een aankoop. Verkopers kunnen op deze manier de prijs per individuele consument differentiëren en daarmee de omzet verhogen. Deze vorm van differentiatie wordt ook wel prijsdiscriminatie of prijspersonalisatie genoemd.⁴

Prijsdiscriminatie is het proces waarbij identieke producten of diensten aan verschillende (groepen) consumenten voor verschillende prijzen worden aangeboden. Dat hoeft niet altijd op basis van bijvoorbeeld interesses of groepskenmerken. Prijzen kunnen namelijk ook verschillen vanwege verschillende woonplaatsen van consumenten en de daaraan verbonden verzendkosten. Het is ook mogelijk dat voor een identiek product gedurende de tijd vraag en aanbod en daarom de prijs verandert, of dat consument A simpelweg meer afneemt dan consument B en daardoor korting krijgt.⁵ In deze scriptie zal er geen aandacht zijn voor deze variabele kosten die zorgen voor verschillende prijzen van identieke producten. Uitgangspunt van deze scriptie is de situatie waarin de verkoopprijzen van identieke producten (in dezelfde hoeveelheid en op hetzelfde moment) verschillen op basis van automatisch gegenereerde cookiedata voor verschillende (groepen) individuen. Hier is het voorbeeld denkbaar dat een advertentienetwerk bijvoorbeeld herkent dat iemand een student is op basis van cookiedata. Een webshophouder kan vervolgens prijzen personaliseren om de student

¹ Hannak e.a. 2014, p. 305.

² Zuiderveen Borgesius 2016, p. 256.

³ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 902, nr. 3, p.11.

⁴ OECD (2015), p. 220.

⁵ Gelbrich 2011, p. 220.

wellicht een aankoop te laten doen die hij anders – door de hoogte van de prijs – misschien niet had gedaan.

Er lijken op dit moment nauwelijks bedrijven te zijn die (openlijk) online prijzen personaliseren. Empirische onderzoeken naar prijsdiscriminatie op basis van consumentendata in bijvoorbeeld de vliegtuigbranche tonen slechts een beperkte toepassing van prijsdiscriminatie.⁶ Mogelijk vinden bedrijven de potentiële opbrengsten (nog) niet opwegen tegen het mogelijke ongenoegen bij de consument. Dat ongenoegen blijkt bijvoorbeeld uit een Amerikaans onderzoek waarin 87% van de internetgebruikers het onwenselijk vindt dat een webshop ieder uur voor verschillende consumenten verschillende prijzen rekent.⁷

Economisch gezien kan online prijsdiscriminatie op basis van tracking cookies aantrekkelijk zijn: toepassing van de techniek kan zorgen voor grotere winstmarges, omdat een bedrijf producten kan verkopen aan een consument die een product anders te duur vindt en niet koopt. Anderzijds kunnen producten met meer winst worden verkocht aan consumenten met een hoge bereidheid tot aankoop van producten.⁸

Het is niet ondenkbaar dat – door de economische voordelen – in de toekomst cookieprofielen op deze manier (openlijk) worden gebruikt. Vanuit juridisch oogpunt rijst dan de vraag op welke voorwaarden en beperkingen online prijsdiscriminatie op basis van tracking cookies stuit, hetgeen de belangrijkste onderzoeksvraag is van deze scriptie. Voor een antwoord op deze onderzoeksvraag dienen diverse deelvragen te worden beantwoord. Welke aanvullende informatieplichten, inzagerechten en toestemmingsvereisten gelden er bijvoorbeeld vanuit het gegevensbeschermingsrecht bij het plaatsen en uitlezen van deze tracking cookies? Welke beperkingen zijn er op online prijsdiscriminatie vanuit het discriminatieverbod? Zijn er aanvullende informatieplichten bij online prijsdiscriminatie vanuit het consumentenrecht?

Om antwoorden op deze vragen te geven is een duidelijke afbakening van het onderzoeksobject nodig. Deze afbakening wordt samen met de methodologie en de reikwijdte nader besproken in hoofdstuk 2. Vervolgens is er in hoofdstuk 3 aandacht voor art. 11.7a TW (dat toeziet op cookies) en het gegevensbeschermingsrecht. Hier wordt duidelijk dat er bij deze cookies vrijwel altijd sprake is van de verwerking van persoonsgegevens, waardoor aanvullende bepalingen uit het gegevensbeschermingsrecht van toepassing zijn. Vervolgens is er in hoofdstuk 4 aandacht voor wetgeving inzake het discriminatieverbod. Er wordt gekeken

⁶ Kerber 2016, p. 5.

⁷ Feldman, Meltzer & Turov 2005, p. 22.

⁸ Zie in dit kader de voorbeelden die gegeven worden in Zuiderveen Borgesius 2015a, p. 11.

in hoeverre een onderscheid tussen gebruikers mogelijk is en hoe online prijsdiscriminatie zich verhoudt tot de ratio achter discriminatiewetgeving. In hoofdstuk 5 wordt vanuit het consumentenrecht gekeken naar mogelijke aanvullende informatieplichten. Daarbij is er aandacht voor de regels inzake e-commercediensten (op basis van art. 3:15d BW) en verkoop op afstand (art. 6:230m BW). Als vanuit deze regels geen aanvullende informatieplichten gelden, zullen online verkopers mogelijk informatie over prijsdiscriminatie bij de prijs weglaten. Dit kan als gevolg hebben dat de consument besluiten neemt over (koop)overeenkomsten die hij niet had genomen als hij had geweten dat er sprake is van prijsdiscriminatie. In het laatste deel van de scriptie wordt daarom onderzocht of deze weglating een oneerlijke handelspraktijk in de zin van afdeling 3A van Boek 6 BW op kan leveren, waardoor alsnog aanvullende informatieplichten vanuit het consumentenrecht van toepassing zijn bij de presentatie van de prijs. Daarnaast wordt in deze paragraaf besproken wat de invloed is van deze aanvullende informatieplichten op de eerder behandelde rechtsgebieden.

2. Methode

In deze scriptie wordt bij de toetsing van online prijsdiscriminatie uitgegaan van de methode van prijsdiscriminatie die in de inleiding is aangehaald. Dat betekent dat een advertentienetwerk of een websitehouder een tracking cookie plaatst op de gegevensdrager van de gebruiker en met behulp van tracking cookies een dataprofiel maakt op basis van bijvoorbeeld interesses, locatie- en andere (persoons)gegevens. Een algoritme kan op basis van deze gegevens de dataprofielen automatisch indelen in groepen om zo de mate van bereidheid om over te gaan tot een aankoop in kaart te brengen. Bij dit onderzoeksobject is aandacht voor diverse fases in het personalisatieproces. Zo is er aandacht voor de fase waarbij cookies worden geplaatst. In deze fase zijn informatie- en toestemmingsverplichtingen uit het gegevensbeschermingsrecht van toepassing. Er is ook aandacht voor het personalisatieproces, waarbij er bijvoorbeeld wordt gelet op de vorming van verschillende groepen in het kader van mogelijke overtredingen van het discriminatieverbod. Als laatste is er ook aandacht voor de weergave van de uiteindelijke gepersonaliseerde prijs, waarbij mogelijk aanvullende informatieplichten van toepassing zijn. De scriptie gaat uit van de relatie tussen ondernemingen (die producten en diensten aanbieden) en potentiële consumenten. Er zal geen aandacht zijn voor 'B2B' (business to business) of 'C2C' (consumer to consumer) relaties.

In deze scriptie zal dit onderzoeksobject met name vanuit een intern perspectief worden bekeken. In de scriptie moet duidelijk worden hoe verschillende rechtsgebieden en rechtsregels van toepassing zijn op het onderzoeksobject. Daarbij is het onvermijdelijk om een normatief standpunt in te nemen, omdat er ten aanzien van het onderzoeksobject weinig praktijkvoorbeelden aanwezig zijn. Bovendien is er (nog) niet veel juridische literatuur beschikbaar die online prijsdiscriminatie (op basis van tracking cookies) bespreekt en toetst aan de huidige (en toekomstige) regelgevende kaders. In de scriptie wordt met name gebruik gemaakt van literatuur die toeziet op de uitleg en ratio van rechtsregels en wordt aangesloten bij literatuur inzake profilering en behavioural targeting. Daarnaast wordt gebruik gemaakt van diverse parlementaire stukken, jurisprudentie en stukken van organen als de Artikel 29-werkgroep,⁹ de Autoriteit Persoonsgegevens en de ACM. Het gegevensbeschermingsrecht, het verbod op discriminatie en het consumentenrecht zullen zoveel mogelijk op een descriptieve manier worden toegelicht. Er zullen echter ook normatieve standpunten ingenomen worden ten aanzien van deze regels binnen het rechtssysteem en de praktijk. Een groot deel van deze scriptie is prescriptief van aard voor hen die in de praktijk prijsdiscriminatie willen toepassen op basis van tracking cookies. In de scriptie wordt slechts van een hypothetische situatie uitgegaan die in de praktijk kan verschillen, bijvoorbeeld door niet nader behandelde (lopende) overeenkomsten met de consument. Er zal geen empirisch onderzoek worden gedaan, maar slechts worden aangehaakt bij reeds bestaande onderzoeken die toezien op (online) prijsdiscriminatie. Om deze reden is er sprake van bureauonderzoek.

De hoofdvraag wordt niet nader bekeken vanuit het mededingingsrecht. Prijsdiscriminatie op basis van cookiedata door een onderneming met een machtspositie kan mogelijk leiden tot misbruik van deze machtspositie, waarbij uitgebreid moet worden getoetst aan de praktijk. Voor een mededingingsrechtelijke analyse is er daarom een specifiek (praktisch) onderzoeksobject nodig, hetgeen grotendeels in deze scriptie ontbreekt. Dit neemt niet weg dat een mededingingsrechtelijke analyse van behavioural targeting – en (toekomstige) prijsdiscriminatie in het specifiek – interessante materie is voor verder onderzoek, evenals een uitgebreide toets van alle mogelijke handhavingsmogelijkheden bij onrechtmatige prijsdiscriminatie, hetgeen ook geen onderwerp is van deze scriptie.

⁹ De Artikel 29-Werkgroep is het (onafhankelijke) adviesorgaan van Europese Privacytoezichthouders.

3. De toepassing van de Wet bescherming persoonsgegevens op gepersonaliseerde prijzen

3.1 Art. 11.7a Tw en tracking cookies

Op basis van art. 11.7a TW lid 1 mogen aanbieders van elektronische communicatienetwerken alleen cookies op de randapparatuur van een gebruiker plaatsen, indien de gebruiker is voorzien van duidelijke en volledige informatie overeenkomstig de Wet bescherming persoonsgegevens (in ieder geval over de doeleinden van verwerking). Daarnaast moet de gebruiker toestemming verlenen voor de plaatsing van cookies. De cookiebepaling kent een toestemmingvereiste, een informatieplicht en enkele uitzonderingen.

De informatieplicht houdt in dat gebruikers duidelijk en volledig worden geïnformeerd, in ieder geval over de doeleinden van de verwerking. In de memorie van toelichting verwijst de minister voor de invulling van de informatieplicht naar de Opinie van de Artikel 29-werkgroep¹⁰ op het gebied van gepersonaliseerde reclame.¹¹ Daarin staat onder andere dat duidelijk moet zijn wie cookies plaatst, wie de beschikking krijgt over de informatie en wat met deze informatie wordt of kan worden gedaan. Deze uitleg dient duidelijk, nauwkeurig en zo gebruiksvriendelijk mogelijk te zijn.¹² De informatie moet op een direct zichtbare plek op de website worden getoond en er mag dus niet ergens vaag worden verwezen naar algemene voorwaarden of een privacy statement.¹³ Als cookies gebruikt worden om (in de toekomst) prijzen te personaliseren, dan moet dat door de websitehouder duidelijk, nauwkeurig en gebruiksvriendelijk worden gemeld, waarbij duidelijk is voor de gebruiker welke partijen de beschikking krijgen over de cookiedata en wat met deze cookiedata wordt gedaan.

Cookies mogen in principe alleen worden geplaatst of uitgelezen als er vooraf rechtsgeldige toestemming van de gebruiker is verkregen.¹⁴ Om te voldoen aan het toestemmingsvereiste moet de partij die tracking cookies wil gebruiken aan art. 11.1 onderdeel g Tw voldoen, hetgeen neerkomt op de toestemming van de betrokkene zoals is neergelegd in art. 1 sub i Wbp. In de Wbp wordt deze definitie gedefinieerd als een ‘vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting’ waarmee de betrokkene aanvaardt dat zijn persoonsgegevens worden verwerkt. Dit toestemmingsvereiste is minder streng dan de ‘ondubbelzinnige toestemming’ uit art. 8 sub a Wbp. Er is bijvoorbeeld al aan het toestemmingsvereiste voldaan als de bezoeker verder surft nadat hij duidelijk en volledig is geïnformeerd, zonder ergens op

¹⁰ Artikel 29-Werkgroep, Opinie 2/2010.

¹¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 902, nr. 3, p.11.

¹² Artikel 29-Werkgroep, Opinie 2/2010 p. 17-18.

¹³ ACM 2015, *Veelgestelde vragen over de cookiewet*, p.11.

¹⁴ ACM 2015, *Veelgestelde vragen over de cookiewet*, p.2.

‘toestemming’ te drukken.¹⁵ Het is op basis van de cookiebepaling niet noodzakelijk om toestemming te vragen voor iedere afzonderlijke cookie die wordt geplaatst. De gebruiker kan eenmalig toestemming geven aan de website voor een bepaalde duur. De websitehouder kan namens alle partijen die cookies plaatsen op de website toestemming vragen. Bovendien kan de gebruiker (eenmalig) toestemming geven voor het plaatsen en lezen van een cookie bij bezoeken aan verschillende sites.¹⁶ Kanttekening hierbij is dat deze regels gelden onverminderd de Wet bescherming persoonsgegevens (art. 11.7a lid 1 TW). Dit betekent dat als met cookies persoonsgegevens worden verwerkt ook alle vereisten uit de Wbp van toepassing zijn op die verwerking en er dus bijvoorbeeld sprake kan zijn van een strenger toestemmingvereiste dat nader wordt uitgewerkt in paragraaf 3.2.1.

Cookies die gebruikers over meerdere websites volgen met een unieke identifier ten behoeve van profilering worden ook wel tracking cookies genoemd. Of deze cookies nu gebruikt worden voor een gepersonaliseerde aanbieding via advertentieruimte op een website, of voor een gepersonaliseerde prijs, maakt voor de toepassing van art. 11.7a Tw niet uit. Alleen de informatie (in bijvoorbeeld de cookiebanner) over de diverse doeleinden zal verschillen. Deze twee doelen (marketing en prijsdiscriminatie) hebben namelijk gegevens nodig over het gebruik van verschillende diensten door de gebruiker en hebben (via weliswaar een andere uitwerking) als doel om de gebruiker ‘anders te behandelen’ in de zin van art. 11.7a lid 4 Tw. De gebruiker wordt bijvoorbeeld anders behandeld als hij op een website een gepersonaliseerde advertentie ziet, maar ook als hij op basis van profilering een gepersonaliseerde prijs krijgt.

Plaatsing en gebruik van tracking cookies door partijen wordt in Nederland vermoed een verwerking van persoonsgegevens te zijn op grond van art. 11.7a lid 4 Tw. Dit rechtsvermoeden zorgt ervoor dat partijen die tracking cookies plaatsen of gebruiken – bijvoorbeeld voor prijsdiscriminatie – ook de regels van de Wbp moeten naleven, tenzij deze partijen kunnen bewijzen dat bij het gebruik van tracking cookies geen persoonsgegevens worden verwerkt.¹⁷ Dit bewijsvermoeden gaat verder dan de eisen die voortvloeien uit de e-Privacyrichtlijn,¹⁸ waarin niets staat over een dergelijke bewijslast. Volgens de toelichting bij art. 11.7a Tw is deze bepaling echter niet in strijd met de Europese regels, omdat niet de materiële toepassing wordt aangepast, maar slechts de bewijslast wordt verschoven van de

¹⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 902, 33 902, nr. 3, p.13.

¹⁶ *Idem*, p.16 – 17.

¹⁷ *Idem*, p. 13 – 14.

¹⁸ Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie).

toezichthouder naar de partij die tracking cookies plaatst of gebruikt.¹⁹ Dat het in de praktijk lastig is om te bewijzen dat geen persoonsgegevens worden verwerkt door bedrijven die tracking cookies plaatsen of gebruiken zal verder blijken uit paragraaf 3.2.

3.2 Het bewijsvermoeden en de toepassing van de Wet bescherming persoonsgegeve

3.2.1 Tracking cookie ten behoeve van prijsdiscriminatie: een persoonsgegeven?

Indien advertentienetwerken en webshophouders persoonsgegevens via tracking cookies verwerken, is de Wbp van toepassing. Er moet dan wel zijn voldaan aan de voorwaarden van art. 2 (de materiële reikwijdte van de Wbp) en art. 4 (de territoriale reikwijdte van de Wbp).²⁰ Het vervolg van deze scriptie gaat er vanuit dat indien persoonsgegevens worden verwerkt met behulp van tracking cookies, dit voor commerciële doeleinden gebeurt en dat dit wordt gedaan door een verantwoordelijke die zijn activiteiten en vestiging in Nederland heeft. In het vervolg van deze paragraaf wordt verder getoetst of er sprake is van een verwerking van persoonsgegevens bij online prijsdiscriminatie.

In sommige situaties zal de naam van de persoon die een gepersonaliseerde prijs krijgt bekend zijn bij een online verkoper, bijvoorbeeld omdat er gebruik wordt gemaakt van een account met een naam. Er is dan sprake van een handeling met betrekking tot gegevens betreffende een geïdentificeerde persoon en dus is er sprake van een verwerking van persoonsgegevens. Voor tracking van gebruikers ten behoeve van prijsdiscriminatie is een naam echter niet altijd nodig. Zo is het mogelijk dat een (onbekende) bezoeker van de webshop via een cookie al enige tijd wordt gevolgd over verschillende sites. Op basis van deze informatie (zonder naam) kan de webshop besluiten om deze gebruiker een gepersonaliseerde prijs te tonen.²¹

Diverse behavioural targeting bedrijven stellen dat er in deze situatie sprake is van anonieme data, omdat geen naam, adres of mailadres wordt gebruikt bij het verzamelen en uitlezen van deze data.²² In dat geval zouden partijen deze gegevens nog wel ‘verwerken’ in de zin van art. 2 Wbp door de gegevens op te slaan en te analyseren, maar is er geen sprake meer van ‘persoonsgegevens’. In praktijk gaat het hier echter niet om anonieme gegevens. Persoonsgegevens zijn namelijk gegevens betreffende een persoon waarmee een persoon direct of indirect geïdentificeerd kan worden. De Artikel 29-werkgroep benadrukt dat er ook sprake is van een persoonsgegeven als bedrijven cookiedata gebruiken om ‘singling out’ toe te passen,

¹⁹ *Kamerstukken I 2011/12*, 32 549, E, p.6.

²⁰ Zwenne, in: *T&C Telecommunicatie- en privacyrecht art. 11.7a TW, aant. 5* (Online, laatst bijgewerkt op 1 april 2015).

²¹ Zie in dit kader de voorbeelden die worden gegeven in *Zuiderveen Borgesius 2015a*, p. 11 - 12.

²² *Zuiderveen Borgesius 2016*, p. 258.

waarbij één specifieke computer wordt gevolgd en de activiteiten van die computer worden bijgehouden.²³ Vervolgens wordt er met de verzamelde informatie met betrekking tot die unieke computer een beslissing gemaakt (zoals het tonen van een gepersonaliseerde prijs) en wordt deze persoon anders behandeld.²⁴ Om van een persoonsgegeven te spreken moet – op basis van overweging 26 van de Privacyrichtlijn²⁵ – tevens gekeken worden naar de middelen die door de voor de verwerking verantwoordelijke (of een andere) partij redelijkerwijs zijn in te zetten om de personen te identificeren. Daarbij is het belangrijk om te letten op alle mogelijk relevante factoren zoals kosten, doel en de benodigde inspanning.²⁶ De enkele hypothetische mogelijkheid om via ‘singling out’ achter de identiteit van een persoon te komen is hier niet voldoende om van een persoonsgegeven te spreken. De Artikel 29-werkgroep spreekt dan ook van ‘potential identifiability by singling out’.²⁷ Bij profilering zal het veelal mogelijk zijn om de persoon te identificeren en is er sprake van mogelijkheden tot singling out door de hoeveelheid data (over bijvoorbeeld geslacht, locatie of de geboortedatum) die wordt meegenomen in het proces van prijsdiscriminatie.²⁸ Om deze redenen is er bij deze vorm van profilering vrijwel altijd sprake van persoonsgegevens. De aanvullende voorwaarden van de Wbp zijn daardoor van toepassing. Dit kan betekenen dat het strengere toestemmingsvereiste van art. 8 sub a van toepassing is en er aanvullende informatieplichten gelden.

3.2.2 Uitvoering contract of gerechtvaardigd belang?

Door de toepassing van de Wbp is ondubbelzinnige toestemming van de betrokkene nodig, tenzij andere rechtvaardigingsgronden uit art. 8 Wbp van toepassing zijn. In dat geval hoeft er ‘slechts’ toestemming te worden gegeven op basis van art. 11.7a lid 1 sub b TW. Onderdelen b tot en met f van art. 8 Wbp geven enkele andere rechtvaardigingsgronden dan de ondubbelzinnige toestemming (onderdeel a) voor de verwerking van persoonsgegevens door de verantwoordelijke. Met name onderdelen b en f kunnen mogelijk relevant zijn voor de verwerking van persoonsgegevens ten behoeve van prijsdiscriminatie door de verantwoordelijke. Onderdelen c, d en e zullen in praktijk nauwelijks voorkomen bij online prijsdiscriminatie door commerciële partijen en worden hier dan ook verder buiten beschouwing gelaten.

²³ Het maakt hier volgens de Artikel 29-Werkgroep niet uit of er sprake is van een statisch of dynamisch IP-adres.

²⁴ Artikel 29-Werkgroep, opinie 2/2010, p. 9.

²⁵ Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens.

²⁶ Artikel 29-Werkgroep, opinie 4/2007, p.15

²⁷ Artikel 29-Werkgroep, opinie 5/2014, p. 10.

²⁸ Zuiderveen Borgesius 2016, p. 263.

Bij onderdeel b is in het kader van behavioural targeting denkbaar dat tracking cookies nodig kunnen zijn voor de uitvoer van een overeenkomst, bijvoorbeeld om de gebruiker gepersonaliseerd nieuws te laten zien op basis van zijn voorkeuren en de overeenkomst met de verantwoordelijke.²⁹ In het kader van online prijsdiscriminatie is het onwaarschijnlijk dat behavioural targeting noodzakelijk is bij de uitvoer van een overeenkomst. Vanuit economisch perspectief lijkt er een overeenkomst te zijn waarbij de gebruiker persoonsgegevens afstaat in ruil voor de dienst of toegang tot de website, waarbij de gegevens worden gebruikt voor personalisatiedoeleinden (prijsdiscriminatie).³⁰ Vanuit juridisch perspectief is het echter onduidelijk of dit een geldende overeenkomst is.³¹ Als dit al als een overeenkomst gekwalificeerd kan worden, dan geldt dit niet als de uitvoering van een eerdere overeenkomst, omdat het een nieuwe overeenkomst is. Zo zullen veel gebruikers op een site komen waar zij geen account of (bestaande) overeenkomst met een advertentienetwerk of webshop hebben. In dat geval is het niet mogelijk om tracking cookies te plaatsen voor de uitvoer van een overeenkomst waar de gebruiker geen weet van heeft.³² Het kan slechts onderdeel zijn van de overeenkomst die op dat moment wordt gesloten. Bovendien heeft de Artikel 29-werkgroep bevestigd dat behavioural targeting in principe geen geldig noodzakelijk onderdeel voor de uitvoer van een overeenkomst kan zijn.³³

De rechtvaardigingsgrond voor de verwerking van persoonsgegevens ten behoeve van prijsdiscriminatie zou in dit geval art. 8 sub f Wbp kunnen zijn (art. 7 sub f Privacyrichtlijn) op basis van het ‘gerechtvaardigde belang’, waarbij er een belangenafweging plaatsvindt. De verwerking moet volgens het artikel noodzakelijk zijn voor het gerechtvaardigd belang van de verantwoordelijke (of een andere derde), tenzij het belang of de fundamentele vrijheden van de betrokkene prevaleren. Dit betekent dat er een evenwicht moet worden gezocht tussen enerzijds het belang van de verantwoordelijke voor de verwerking en anderzijds het belang van de betrokkene voor niet-verwerking. Volgens de Artikel 29-werkgroep moet hier gelet worden op de aard van het belang aan de kant van de verantwoordelijke (of een eventuele derde), zoals hier het commerciële belang. Aan de kant van de betrokkene moet worden gelet op de impact, de aard van de gegevens en de manier waarop deze worden verwerkt, de redelijke verwachting (van de betrokkene), de verhouding tussen beide partijen en de getroffen aanvullende

²⁹ Zuiderveen Borgesius 2015b, p. 5.

³⁰ Acquisti, Taylor & Wagman 2016, p. 7.

³¹ Zie in dit kader ook het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud COM(2015) 634. In dit voorstel wordt in art. 3 lid 1 expliciet gesproken over de tegenprestatie in de vorm van persoonsgegevens bij een overeenkomst.

³² CBP 2013, *Onderzoek CBP naar het combineren van persoonsgegevens door Google*, p. 4.

³³ Artikel 29-Werkgroep, opinie 6/2014, p. 47.

waarborgen vanuit de verantwoordelijke.³⁴ Hier zijn extra transparantiemaatregelen, opt-out en aanvullende technische en organisatorische maatregelen denkbaar.³⁵ Het is voor lidstaten niet mogelijk om af te wijken van art. 7 sub f Privacyrichtlijn door extra elementen toe te voegen aan deze toetsingscriteria.³⁶ Deze criteria zijn om deze reden toe te passen op art. 8 sub f Wbp.

Partijen die tracking cookies plaatsen, moeten – los van dit artikel – al toestemming vragen op grond van art. 11.7a TW. Daarnaast heeft de Autoriteit Persoonsgegevens zich in het verleden negatief uitgelaten in de YD-beschikking over het gerechtvaardigd belang bij het plaatsen van tracking cookies door advertentienetwerken, omdat door bijvoorbeeld de opslag van browsegeschiedenis gevoelige gegevens bewaard kunnen worden zonder dat de betrokkene hier precieze kennis van heeft. Dergelijke verwerkingen kunnen de telecommunicatievrijheid van de betrokkene raken.³⁷ Om deze redenen in het vervolg van de scriptie aangenomen dat het commerciële belang van de verantwoordelijke niet opweegt tegen de fundamentele rechten van de betrokkene bij de verwerking van persoonsgegevens ten behoeve van prijsdiscriminatie op grond van art. 8 sub f Wbp. Een belangrijke reden zou bijvoorbeeld hier kunnen zijn dat er veelal financiële gegevens, of (ongewild) interesses van de betrokkene worden bijgehouden.

Om deze reden moet er ondubbelzinnige toestemming worden gegeven door de betrokkene op grond van art. 8 sub a Wbp. Volgens art. 11.7a lid 1 TW is toestemming gegeven als een bezoeker verder surft na informatie over de verwerking van persoonsgegevens voor prijsdiscriminerende doeleinden (bijvoorbeeld in een banner).³⁸ Op basis van art. 8 sub a Wbp moet uit het gedrag van de betrokkene duidelijk zijn dat toestemming is gegeven.³⁹ Om deze reden moet de betrokkene bewust akkoord gaan (door bijvoorbeeld een vinkje met “akkoord” aan te klikken) met de verwerking van persoonsgegevens voor de toepassing van online prijsdiscriminatie.

3.3 Geautomatiseerde besluitvorming op basis van tracking cookies

3.3.1 Art. 42 lid 1 Wbp

Prijsdiscriminatie op basis van tracking cookies zal veelal gebeuren via een geautomatiseerd proces, waarbij cookiedata wordt gekoppeld aan variabelen van een algoritme dat aanbevelingen doet voor gepersonaliseerde prijzen. Het besluit voor de uiteindelijk weergegeven prijs komt – in veel gevallen – volledig automatisch tot stand. Art. 42 Wbp

³⁴ Artikel 29-Werkgroep, opinie 6/2014, p. 34-40.

³⁵ Artikel 29-Werkgroep, opinie 6/2014, p. 41-42.

³⁶ HvJ EU 24 november 2011, C-468/10 en C-469/10, r.o. 32.

³⁷ CBP 2014, *Onderzoek naar de verwerking van persoonsgegevens door YD voor behavioural targeting*, p. 80.

³⁸ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 902, nr. 3, p.13.

³⁹ De Vries, in: *T&C Telecommunicatie- en privacyrecht art. 8 Wbp*, aant. 2 (online, laatst bijgewerkt op 1 april 2015).

bepaalt dat natuurlijke personen zich niet hoeven te onderwerpen aan geautomatiseerde besluitvorming op basis van een profielschets of een persoonlijkheidsschets die via de geautomatiseerde weg is ontstaan. De ratio achter deze wetgeving is dat betrokkenen op kunnen komen tegen geautomatiseerde besluiten (zonder menselijke tussenkomst) op grond van profielschetsen die hun persoonlijke levenssfeer mogelijk aantasten.⁴⁰ Dit is relevant voor online prijsdiscriminatie, omdat de profielschets en de gepersonaliseerde prijs op basis van persoonsgegevens impact kunnen hebben op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene. Partijen die tracking cookies ten behoeve van prijsdiscriminatie plaatsen of lezen, dienen rekening te houden met mogelijke beroepen van betrokkenen op basis van dit artikel.

Bij de toepassing van art. 42 Wbp moet het gaan om een profielschets waardoor een bepaald aspect van de persoonlijkheid wordt belicht. De geautomatiseerde profielschets hoeft dus geen inzicht te geven in een aanzienlijk deel van de persoonlijkheid. Voorbeelden van dergelijke profielschetsen kunnen inzichten in kredietwaardigheid, beroepsprestaties of gedrag zijn.⁴¹ In art. 42 lid 2 Wbp staan enkele uitzonderingen op deze regel, die verder worden behandeld in paragraaf 3.3.2. Het artikel is niet van toepassing als ergens in het besluitvormingsproces menselijke tussenkomst aanwezig is.⁴² Gezien de wettekst lijkt er in Nederland geen sprake te zijn van een verbod op geautomatiseerde besluiten. Volgens de Noorse dataproductie specialist Bygrave kan art. 15 Privacyrichtlijn (waarvan in Nederland art. 42 Wbp de implementatie vormt) dan ook zo worden uitgelegd dat de betrokkene het recht heeft om zich te verzetten tegen de onderwerping aan een geautomatiseerd besluit en schuilt er geen verbod in het artikel.⁴³ De memorie van toelichting benadrukt dat het begrip nader uitgewerkt dient te worden in de jurisprudentie,⁴⁴ hetgeen tot nu toe niet is gebeurd. In de aankomende Algemene Verordening Gegevensbescherming⁴⁵ biedt art. 22 de betrokkene het recht om zich te verzetten tegen een geautomatiseerd besluit. De implicaties van dit nieuwe artikel worden verder behandeld in paragraaf 3.3.4.

Wanneer sprake is van een besluit dat de betrokkene in aanmerkelijke mate treft is niet altijd evident. Zo spreekt Bygrave zijn twijfels uit over de impact van gepersonaliseerde reclames op basis van profilering van gebruikers. Het is namelijk niet eenduidig wanneer deze

⁴⁰ De Vries, in: *T&C Telecommunicatie- en privacyrecht art. 42 Wbp*, aant. 1 (online, laatst bijgewerkt op 1 april 2015).

⁴¹ Idem.

⁴² *Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 169-170.

⁴³ Bygrave 2001, p. 18.

⁴⁴ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 169.

⁴⁵ Verordening van het Europees Parlement en de Raad 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). Deze verordening vervangt in 2018 de Wet bescherming persoonsgegevens.

de diverse betrokkenen in aanmerkelijke mate zullen treffen.⁴⁶ Zo is voorstelbaar dat reclames voor dieetproducten mensen met overgewicht in aanmerkelijke mate kunnen treffen. Een gepersonaliseerde prijs kan (financiële) impact hebben op internetgebruikers, indien zij hogere prijzen gepresenteerd krijgen door prijsdiscriminatie. Daarnaast is er bij online prijsdiscriminatie in veel gevallen sprake van een algoritme dat op basis van gegenereerde cookiedata een profielschets maakt van bijvoorbeeld de koopkracht of het (koop)gedrag van een persoon. De betrokkene kan de profielschets ervaren als een aantasting van zijn persoonlijke levenssfeer. In sommige gevallen is er geen sprake van een besluit dat de betrokkene in aanmerkelijke mate treft. Zo is het bijvoorbeeld denkbaar dat de betrokkene een kleine korting krijgt op basis van een dataprofiel met een zeer beperkte hoeveelheid cookiedata. In een dergelijk geval wordt de betrokkene niet in aanmerkelijke mate getroffen, sterker nog: hij krijgt op basis van minimale data een korting. Tegelijkertijd is de perceptie van het geautomatiseerde besluit per betrokkene verschillend. Er zijn hier namelijk ook marktpolitieke argumenten denkbaar, waarbij de betrokkene zich ook getroffen voelt door een goedkopere prijs, omdat door het systeem van prijsdiscriminatie er minder objectieve vergelijkingen tussen producten en prijzen mogelijk zijn. Ook de aard van het product kan een rol spelen. Zo heeft bijvoorbeeld een hogere prijs voor een bijzonder geneesmiddel waarschijnlijk meer impact op de persoonlijke levenssfeer dan een hogere prijs voor nieuwe sokken. Per individuele verwerking dient daarom te worden gekeken of er sprake is van een geautomatiseerde verwerking op grond van art. 42 Wbp, waarbij in diverse gevallen het geautomatiseerde besluit de betrokkene in aanmerkelijke mate kan treffen.

3.3.2 Uitzonderingen op art. 42 lid 1 Wbp

Uitzonderingen op deze vorm van geautomatiseerde besluitvorming staan in art. 42 lid 2 Wbp. Zo is het eerste lid niet van toepassing, indien geautomatiseerde besluiten worden genomen in het kader van het sluiten of uitvoeren van een overeenkomst. Als dat gebeurt, dan moet aan een verzoek van de betrokkene zijn voldaan (door dit automatische besluit) of er moeten passende maatregelen worden genomen om het gerechtvaardigd belang van de betrokkene te beschermen, aldus het tweede lid. Volgens lid 3 zijn deze passende maatregelen getroffen als de betrokkene in gelegenheid is gesteld om zijn zienswijze naar voren te brengen inzake het geautomatiseerde besluit. Een voorbeeld is de uitvoer van een rekening-courant overeenkomst, waarbij een computer op basis van data constateert dat een persoon geen tegoeden meer mag opnemen bij de bank. In dat geval is de bank – op basis van lid 3 – verplicht om de betrokkene

⁴⁶ Bygrave 2001, p. 19.

(naar wens) zijn standpunt uiteen te laten zetten over deze blokkering.⁴⁷ Art. 42 lid 2 sub b Wbp bevat een andere uitzondering op lid 1 en doet zich voor in de situatie dat het geautomatiseerde besluit een grondslag vindt in een andere wet waarin maatregelen zijn vastgelegd. Er zijn geen andere wetten waarin maatregelen op het gebied van profilering zijn vastgelegd, waardoor dit artikel hier niet verder wordt behandeld.

Bij de toepassing van art. 15 lid 2 sub a Privacyrichtlijn (en de Nederlandse implementatie art. 42 lid 2 sub a Wbp) inzake een geautomatiseerd besluit in het kader van het sluiten of uitvoeren van een overeenkomst gaat het bij toetsing van dit artikel niet om de profilering van gebruikers, maar om het geautomatiseerde besluit dat uit de profilering voortvloeit.⁴⁸ In het geval van prijsdiscriminatie is dit de gepersonaliseerde prijs die de gebruiker krijgt te zien op basis van zijn profieldata. Dit besluit wordt bij online prijsdiscriminatie genomen in het kader van het sluiten van een koopovereenkomst voor een product via bijvoorbeeld een webshop. In dat geval is het in navolging van de Privacyrichtlijn voldoende dat de betrokkene de mogelijkheid van de verantwoordelijke krijgt om bezwaar te maken tegen dit besluit. Welke tekortkomingen dit in de praktijk met zich meebrengt wordt in de volgende paragraaf behandeld.

3.3.3 Beperkingen van art. 42 Wbp en art. 15 Privacyrichtlijn

De toepassing van art. 15 uit de Privacyrichtlijn en de Nederlandse implementatie art. 42 Wbp op online prijsdiscriminatie kent enkele (praktische) tekortkomingen. De artikelen kennen namelijk geen brede scope, geven betrokkenen maar beperkte rechten en zijn daardoor geen effectieve rechtsmiddelen voor de consument. Om deze reden worden bedrijven die online prijsdiscriminatie toepassen niet snel geconfronteerd met een beroep op dit artikel. De nieuwe AVGB zou hier mogelijk verandering in kunnen brengen.

Wat betreft de scope van de regelgeving is art. 42 Wbp niet van toepassing op situaties waar een natuurlijk persoon ook maar enige invloed heeft op het besluitvormingsproces, zodat er geen sprake meer is van een geautomatiseerd besluit. In het kader van prijsdiscriminatie is hier een situatie denkbaar waarin een medewerker van bijvoorbeeld een webshop definitief oordeelt over de aanbeveling van een algoritme voor een gewenste prijs. Bovendien blijkt uit de eerdere uitleg bij art. 42 lid 1 Wbp dat er nog geen consensus is over de exacte uitleg van begrippen binnen dit artikel. In lid 2 is nog steeds onduidelijk wat begrippen als ‘passende

⁴⁷ Hooghiemstra & Nouwt, in: *SDU Commentaar Wet bescherming persoonsgegevens art. 42 Wbp*, aant. 1 (online, laatst bijgewerkt op 27 april 2016)

⁴⁸ Savin 2014, p. 4 – 5.

maatregelen' en het 'gerechtvaardigd belang' van de betrokkene precies inhouden, net zoals dat tot op heden onduidelijk is in art. 15 van de Privacyrichtlijn.⁴⁹

Een ander element van het artikel ziet toe op de optie tot verzet van de betrokkene tegen geautomatiseerde besluiten, waarbij de betrokkene kan aansturen op menselijke interventie in het besluit. Dit kan echter alleen als de betrokkene ook daadwerkelijk weet dat er sprake is van een geautomatiseerd besluit.⁵⁰ Met weinig kennis of bewustzijn over de profilering ten behoeve van prijsdiscriminatie of de getoonde gepersonaliseerde prijs, zal er dan ook niet snel bezwaar worden gemaakt tegen de profilering op basis van art. 42 Wbp. Dit komt omdat de betrokkenen in veel gevallen niet weten dat er geautomatiseerde besluiten worden genomen.⁵¹ De verantwoordelijke zal de betrokkene dan ook niet snel over de achterliggende logica hoeven informeren. Tegelijkertijd is een geautomatiseerd besluit op basis van correlaties aantrekkelijk voor de verantwoordelijke, omdat hij op een goedkope manier correlaties in de marketingstrategie kan bekijken en de strategie hierop aan kan passen.⁵²

Indien de betrokkene zich wel verzet tegen onderwerping aan een geautomatiseerd besluit, dan hoeft de verantwoordelijke enkel kritisch te kijken naar de criteria en factoren die van toepassing waren op het geautomatiseerde besluit. De verantwoordelijke is niet verplicht om deze criteria en factoren aan te passen. Hij moet aan kunnen tonen hoe de informatie is gecategoriseerd en hoe het uiteindelijke besluit tot stand is gekomen.⁵³ Een verantwoordelijke die een dergelijke logica uiteen moet zetten dient goed op de hoogte zijn van de processen, categorieën en besluiten die ten grondslag liggen aan de getoonde gepersonaliseerde prijs. In praktijk kan dit lastig zijn voor de verantwoordelijke, omdat een hogere mate van automatisering binnen de algoritmische processen die van toepassing zijn op gepersonaliseerde prijzen kan leiden tot grotere ondoorzichtigheid van het proces.⁵⁴ Dergelijke inzageverzoeken van betrokkenen zullen waarschijnlijk niet veel voor komen, omdat de betrokkenen – op basis van deze wetgeving – niet geïnformeerd hoeven te worden over het feit dat de getoonde prijs tot stand is gekomen op basis van een geautomatiseerd besluit (op basis van prijsdiscriminatie). De betrokkene hoeft hier alleen geïnformeerde toestemming te geven als de cookies worden geplaatst of gelezen.

⁴⁹ Rubinstein 2013, p. 79.

⁵⁰ Rubinstein 2013, p. 79.

⁵¹ Hildebrandt 2012, p. 12.

⁵² Zarsky 2016, *Automation, Correlation and Causation: Launching a Policy Discussion*.

⁵³ Bygrave 2001, p. 20.

⁵⁴ Zarksy 2016, p. 121.

3.3.4. Het nieuwe artikel 22 van de AVGB

In de onlangs aangenomen Algemene Verordening Gegevensbescherming moet art. 22 inzake ‘geautomatiseerde individuele besluitvorming, waaronder profilering’ het bestaande art. 15 uit de Privacyrichtlijn vervangen. In de definitieve versie van de AVGB staat geen informatieplicht voor de verantwoordelijke bij een geautomatiseerd besluit. Enkele toevoegingen ten opzichte van het huidige art. 15 van de Privacyrichtlijn zijn dat de betrokkene kan worden onderworpen aan een geautomatiseerd besluit, indien hij daar zijn uitdrukkelijke toestemming voor heeft gegeven op grond van art. 22 lid 2 AVG. Daarnaast mogen de besluiten uit lid 2, niet worden gebaseerd op bijzondere persoonsgegevens, tenzij de betrokkene uitdrukkelijke toestemming geeft of er een algemeen zwaarwegend belang mee is gemoeid (lid 4). Uit lid 3 vloeit voort dat de betrokkene zijn standpunt over het geautomatiseerde besluit naar voren kan brengen, recht heeft op menselijke tussenkomst en het besluit kan aanvechten. Anders dan bij het contractenrecht, vecht je hier niet de tekortkoming in de nakoming, de vernietigbaarheid of de nietigheid van een overeenkomst aan, maar enkel het geautomatiseerde besluit zelf. Daarnaast moet de verantwoordelijke op basis van overweging 71 technische en organisatorische maatregelen nemen om de risico’s op geautomatiseerde besluiten die discrimineren te beperken. De verantwoordelijke moet om deze reden de achterliggende criteria van het proces kennen. Deze overweging geeft de verantwoordelijke zekerheid bij verdenkingen van discriminatie of mogelijke aanvragen vanuit de gebruiker.⁵⁵ De verantwoordelijke is namelijk (als het goed is) op de hoogte van het systeem en kan aantonen dat hij alle mogelijke organisatorische en technische maatregelen heeft genomen. Discriminerende processen binnen dit systeem worden verder behandeld in hoofdstuk 4.

Het nieuwe art. 22 AVGB lijkt echter weinig toe te voegen aan de kracht van het rechtsmiddel dat het huidige art. 15 Privacyrichtlijn aan de consument biedt. De gebruiker weet immers nog steeds niet altijd wanneer hij te maken heeft met een gepersonaliseerde prijs die volgt uit een geautomatiseerd besluit op basis van cookiedata. Art. 13 lid 2 sub f AVGB geeft wel aan dat de voor de verwerking verantwoordelijke de betrokkene bij de verkrijging van persoonsgegevens moet informeren over het bestaan van geautomatiseerde besluitvorming. In dat geval moet de verantwoordelijke ‘de onderliggende logica, alsmede het belang en de verwachte gevolgen van die verwerking voor de betrokkene’ melden. Dit geldt op grond van art. 14 lid 2 sub g AVGB tevens voor de situatie waarbij de gegevens niet van de betrokkene zelf komen, maar bijvoorbeeld van een advertentienetwerk. In dat geval moet de

⁵⁵ Zarksy 2016, p. 128.

webshophouder de bezoeker bij het eerste bezoek aan de website informeren over eventuele (toekomstige) geautomatiseerde besluiten en de gevolgen daarvan op de bezoeker. In overweging 71 van de verordening worden enkele voorbeelden genoemd waarbij het nog enigszins duidelijk is dat de betrokkene wordt geconfronteerd met een geautomatiseerd besluit, zoals bijvoorbeeld bij de automatische weigering van een kredietaanvraag. In deze situatie is het denkbaar dat de betrokkene doorheeft dat zijn persoonlijke aspecten automatisch zijn beoordeeld. Dit kan anders liggen bij een gepersonaliseerde prijs, waarbij de betrokkene niet door hoeft te hebben dat de aan hem getoonde prijs het gevolg is van een geautomatiseerd besluit op basis van cookiedata. De betrokkene is eerder geïnformeerd over de personalisatie van prijzen (bij de plaatsing van cookies), maar hij kan niet direct zien wanneer een geautomatiseerd besluit is toegepast op een prijs. Bovendien ligt het niet voor de hand dat internetgebruikers aandachtiger meldingen gaan lezen over de verwerking van persoonsgegevens, omdat er mogelijk iets over geautomatiseerde besluiten in staat.⁵⁶ Art. 15 van de Privacyrichtlijn is een belangrijk artikel inzake de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, maar is weinig aanwezig in het huidige privacy discours.⁵⁷ De aankomende aanpassingen door art. 22 AVGB lijken hier dan ook weinig verandering in te brengen, waardoor deze vorm van bezwaar mogelijk een onderbelicht en weinig gebruikt middel lijkt te blijven.

3.3.5 Conclusie geautomatiseerde besluiten

Art. 42 Wbp, art. 15 van de Privacyrichtlijn en art. 22 van de aankomende AVGB lijken de verantwoordelijke niet heel veel werk op te leveren, omdat het rechtsmiddel tekortkomingen kent voor betrokkenen. De huidige regelgeving en ook de toekomstige verordening geven enkel de ruimte aan de betrokkene om bezwaar te maken tegen de geautomatiseerde verwerking. Daarbij is er in het kader van een gepersonaliseerde prijs op basis van deze wetgeving geen verdere informatieplicht voor de verantwoordelijke indien een geautomatiseerd besluit is genomen, behalve op het moment van verkrijging van persoonsgegevens en na een bezwaar van een betrokkene op een geautomatiseerd besluit. Door de onwetendheid over gepersonaliseerde prijzen aan de kant van de betrokkene, druist online prijsdiscriminatie in tegen de ratio van art. 42 Wbp. Immers, de betrokkene kan – zonder dat hij het weet en het niet wilt – worden onderworpen aan een geautomatiseerd besluit. Hoewel art. 22 AVGB dit aspect niet gaat veranderen, zorgt het artikel wel voor extra waarborgen aan de kant van de

⁵⁶ Rubinstein 2013, p. 80.

⁵⁷ Schermer 2011, p. 46.

verantwoordelijke, omdat deze partij ook moet aantonen op basis van overweging 71 AVGB dat het technische en organisatorische maatregelen heeft genomen om de risico's op een discriminerend geautomatiseerd besluit te minimaliseren. Een informatieplicht op basis van het consumentenrecht zou mogelijk de effectiviteit van dit artikel versterken. Deze informatieplicht wordt nader onderzocht in hoofdstuk 5. In het volgende hoofdstuk wordt verder behandeld wanneer er sprake is van een discriminerend geautomatiseerd besluit bij online prijsdiscriminatie.

4. Automated decision making en discriminatie

4.1 Regelgevend kader in Nederland en Europa

De Algemene wet gelijke behandeling is een uitwerking van het discriminatieverbod uit art. 1 Grondwet. Individuen of (groepen) individuen kunnen zich op deze wet beroepen als zij menen te worden gediscrimineerd op grond van één van de elementen uit art. 1 AWGB. De toets van deze elementen zal in paragraaf 4.2 aan bod komen. Op grond van art. 7(a) AWGB is onderscheid verboden bij het aanbieden van goederen en diensten in de uitoefening van een beroep of bedrijf. In geval van bijvoorbeeld een webshop die prijspersonalisatie toepast, kan de AWGB dus van toepassing zijn op mogelijke discriminatie.

Het discriminatieverbod van art. 14 EVRM is slechts van toepassing bij een schending van andere bepalingen uit het EVRM. In aanvulling op deze beperkte reikwijdte geeft art. 1 protocol 12 EVRM een zelfstandig algemeen discriminatieverbod waarbij ook de rechten worden gedekt die binnen staten worden gewaarborgd en al dan niet buiten het toepassingsgebied van een EVRM-recht vallen.⁵⁸ Deze bepalingen bevatten een negatieve verplichting voor staten die bij het verdrag zijn aangesloten om niet te discrimineren tegen individuen (verticaal effect). De bepaling kan echter positieve verplichtingen meebrengen voor staten om in te grijpen bij discriminatie, door bijvoorbeeld nieuwe regelgeving in te voeren of bepaalde (groepen) individuen te beschermen. Deze eventuele betrokkenheid van de staat bij discriminatie tussen partijen onderling kan voor de praktijk van profilering (en dus ook voor online prijsdiscriminatie) relevant zijn, omdat profilering met name plaatsvindt in de private sfeer.⁵⁹

De positieve verplichtingen voor de staat die voort kunnen vloeien uit het EVRM zijn te onderscheiden in procedurele en materiële verplichtingen. Bij een procedurele positieve

⁵⁸ Raad van Europa 2011, *Handboek over het Europese non-discriminatierecht*, p. 61.

⁵⁹ Hildebrandt 2008, p. 259.

verplichting moet de staat ervoor zorgen dat het nationale rechtssysteem genoeg procedurele waarborgen biedt voor rechtsbescherming tegen (in dit geval) discriminatie.⁶⁰ In deze scriptie worden echter de procedurele waarborgen en handhavingsmogelijkheden niet verder getoetst.

Bij een materiële positieve verplichting op grond van bijvoorbeeld art. 14 EVRM moeten staten een maatregel nemen om een EVRM recht te beschermen.⁶¹ Daarbij moet worden gekeken naar de belangen van het individu in het specifieke geval enerzijds en naar het algemeen belang van de staat anderzijds.⁶² Gezien het feit dat er weinig praktijkvoorbeelden van online prijsdiscriminatie zijn en de beoordeling casusafhankelijk is, zal het vervolg van deze paragraaf ingaan op de (materiële) verplichtingen die Nederlandse wetgeving inzake gelijke behandeling met zich meebrengt.

4.1.1 Direct onderscheid op basis van art. 1 lid 1 sub b AWGB

Bij direct onderscheid wordt onderscheid gemaakt op basis van één van de kenmerken die zijn beschreven in art. 1 lid 1 sub b AWGB: ‘godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat’.⁶³ Bij deze vorm van discriminatie in het kader van gepersonaliseerde prijzen is er sprake van een variabele die onderscheidt of een individu tot een bepaalde groep of minderheid hoort, waarbij het uiteindelijke (geautomatiseerde) besluit is gebaseerd op deze structurele verzameling en toepassing van gegevens, bijvoorbeeld over iemands ras.⁶⁴ Gepersonaliseerde prijzen op basis van ras als enige en beslissende variabele voor bijvoorbeeld verzekeringspremies zijn verboden en sociaal onacceptabel.⁶⁵ In deze situaties kan volgens Zarsky een discriminerende partij zich niet verschuilen achter onwetendheid over het geautomatiseerde ‘racistische’ proces dat een algoritme zichzelf heeft aangeleerd. Het maakt dus niet uit dat ‘ras’ is toegevoegd aan de dataset als belangrijke toetsingsfactor voor het geautomatiseerde besluit, of dat het algoritme uiteindelijk zelf een definitieve beslissing heeft gemaakt op basis van verzamelde (meta)data over een ras om te spreken van direct onderscheid.⁶⁶ Deze opvatting lijkt overeen te stemmen met de ratio van art. 1 lid 1 sub b AWGB, omdat er een onderscheid wordt gemaakt enkel en alleen op basis van ras en niet op basis van (ogenschijnlijk) andere factoren. In de praktijk zal een direct onderscheid dan ook niet vaak voorkomen bij dergelijke processen.⁶⁷

⁶⁰ Akandji-Kombe 2007, p. 58–59.

⁶¹ Vande Lanotte & Haeck 2005, p.102.

⁶² Gerards 2011, p. 233–234.

⁶³ Vegter, in: *T&C Arbeidsrecht art. 1 AWGB* (Online, laatst bijgewerkt op 11 april 2016).

⁶⁴ Zarsky 2015, p. 1386.

⁶⁵ Zarsky 2016, p. 126.

⁶⁶ Zarsky 2015, p. 1388.

⁶⁷ *Kamerstukken II* 2014/15, 32 761, nr. 78, p. 7.

4.1.2 (Gerechtvaardigd) indirect onderscheid op basis van art. 1 lid 1 sub c AWGB

Anders is de situatie op het gebied van discriminerende prijzen bij indirect onderscheid, waarbij op grond van art. 1 lid 1 sub c een ‘ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelswijze personen met een bepaalde godsdienst, levensovertuiging, politieke ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat in vergelijking met andere personen bijzonder treft’. Bij prijsdiscriminatie zou dit betekenen dat niet expliciet op basis van een (ongerechtvaardigd) kenmerk wordt gediscrimineerd bij de totstandkoming van de discriminerende prijs, maar dit op basis van diverse variabelen (on)bewust wel degelijk gebeurt. Een bekend voorbeeld hiervan op het gebied van profilering is *redlining*, waarbij op een kaart woonwijken worden geïdentificeerd om de kredietwaardigheid van bewoners te bepalen. De postcode kan in sommige gevallen een indicator zijn voor de etnische achtergrond of kredietwaardigheid van personen, waardoor *redlining* zorgt voor een (verboden) indirect onderscheid.⁶⁸ In het kader van bijvoorbeeld prijsdiscriminatie is het denkbaar dat in de dataset een dergelijk (on)bewust onderscheid wordt gemaakt. Dit kan bovendien als effect hebben dat bijzondere persoonsgegevens worden verwerkt, waardoor het regime van titel 2 (art. 16 en verder) Wbp van toepassing is en de verwerking in strijd kan zijn met de Wbp.

De wet geeft in art. 2 AWGB uitzonderingen op het verbod van indirect onderscheid. Deze vorm van onderscheid is toegestaan als er sprake is van een legitiem doel, waarbij de middelen voor het bereiken van dat legitieme doel passend en noodzakelijk zijn. Allereerst moet dus worden getoetst of het doel van de handelswijze (prijsdiscriminatie) te rechtvaardigen is. Daarna moet worden getoetst of het middel (behavioural targeting) passend en noodzakelijk is om dit doel te bereiken.⁶⁹ Het Nederlands recht vindt aansluiting bij de criteria ‘legitiem doel’ en ‘passende en noodzakelijke middelen’ zoals deze zijn uitgelegd door het Hof van Justitie.⁷⁰

Een legitiem doel is niet in strijd met de wet, moet voldoende zwaarwegend zijn en is niet discriminerend.⁷¹ Bij het hanteren van gepersonaliseerde prijzen zal het doel in veel gevallen commercieel zijn. Winstmaximalisatie en commerciële doelen voor het bedrijfsleven zijn op zichzelf legitiem.⁷² Daarbij is wel van belang dat de ongelijke behandeling pas

⁶⁸ Custers 2016, p. 18.

⁶⁹ Cremers-Hartman, in: *SDU Commentaar arbeidsrecht thematisch art. 2 AWGB*, aant. C1 (online, laatste bijgewerkt op 8 april 2016).

⁷⁰ *Kamerstukken II 2002–2003*, 28 770, nr. 5, p. 20.

⁷¹ *Idem*

⁷² *Kamerstukken II 2014–2015*, 32 761, nr. 78, p. 7.

gerechtvaardigd kan worden als het belang van het legitieme doel in evenredige verhouding staat met de intensiteit van de onevenredige behandeling.⁷³

De middelen om dit doel te bereiken, in casu de verschillende parameters binnen een algoritme voor prijsdiscriminatie, moeten passend en noodzakelijk zijn. Op dit punt vindt een proportionaliteitstoets plaats. Het gebruikte (onderscheidende) middel is noodzakelijk in de volgende situatie: het doel (winstmaximalisatie door prijsdiscriminatie) is niet of nauwelijks mogelijk zonder het gebruikte onderscheid of via een middel dat minder streng onderscheid maakt (subsidiariteit). Daarnaast moet het middel redelijk zijn in verhouding tot het legitieme doel (proportionaliteit).⁷⁴ Hier dient rekening te worden gehouden met het feit dat de Europese Commissie art. 20 van de richtlijn betreffende diensten op de interne markt⁷⁵ zo interpreteert dat online prijsdiscriminatie op basis van een nationaliteit of verblijfplaats niet is toegestaan. Dit mogen dus niet opzichzelfstaande variabelen zijn.⁷⁶

Als de aanbieder van producten met discriminerende prijzen kan motiveren dat de gebruikte middelen voor het commerciële doel passend en noodzakelijk zijn en dit kan aanvoeren met objectiveerbare feiten, dan is het indirecte onderscheid – volgens de minister – gerechtvaardigd.⁷⁷ In het vervolg van dit hoofdstuk zal nader getoetst worden hoe dit onderscheid zich verhoudt tot de ratio van de wetgeving en welke maatschappelijke (en economische) implicaties dit onderscheid met zich meebrengt. Daarnaast zal de speelruimte worden besproken die aanbieders van gepersonaliseerde prijzen hebben om zich te verweren tegen beroepen op discriminatie.

4.2 De beperkingen van de AWGB: een vergelijking met kredietscores

Om meer inzicht te krijgen in de mogelijkheden die aanbieders van gepersonaliseerde prijzen hebben om zich tegen beroepen op discriminatie te verweren, wordt in deze paragraaf de vergelijking gemaakt met het bestaande systeem van kredietscores. Door deze vergelijking wordt duidelijker wat de beperkingen van de AWGB zijn bij de toepassing van deze wet op prijsdiscriminatie. In *The Scoring Society: Due Process for Automated Predictions* analyseren Citron en Pasquale het geautomatiseerde scoring mechanisme, een systeem waarbij individuen een kredietscore krijgen die de kredietwaardigheid van een individu aangeeft, op basis van diverse variabelen die zijn bepaald door bijvoorbeeld banken. Op basis van informatie uit het

⁷³ Dit volgt uit EHRM 8 april 2014, 17120/09 *Dhabi t. Italië*, r.o. 53.

⁷⁴ Cremers-Hartman, in: *SDU Commentaar arbeidsrecht thematisch bij art. 2 AWGB*, aant. C1 (Online, laatste bijgewerkt op 8 april 2016).

⁷⁵ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt.

⁷⁶ SWD(2016) 163, p. 147.

⁷⁷ *Kamerstukken II* 2014-2015, 32 761, nr. 78, p. 7-8.

algoritme kunnen bedrijven bepalen of iemand een hoge of lage kredietwaardigheid heeft en daardoor in aanmerking komt voor een lening of hypotheek.⁷⁸

Deze scoring systemen zijn vaak ondoorzichtig, omdat de logica achter de variabelen die ten grondslag liggen aan een besluit niet wordt gepubliceerd door bedrijven die met dit systeem werken. Als eindgebruiker krijg je enkel de kredietscore te zien en uit welke elementen deze kredietscore is opgebouwd. De logica achter de verschillende elementen krijg je niet te zien.⁷⁹ Dit heeft als gevolg dat de resultaten arbitrair kunnen overkomen op de eindgebruikers, terwijl ze dat niet hoeven te zijn. De verschillende soorten systemen, die verschillend zijn opgebouwd kunnen door hun variabelen discriminerende effecten hebben.⁸⁰ Door de diverse variabelen en resultaten is het echter moeilijk te bewijzen voor de gediscrimineerde dat hij ook daadwerkelijk wordt gediscrimineerd, omdat discriminerende patronen niet altijd vindbaar zullen zijn.

Zarsky gaat in zijn artikel *Understanding discrimination in the scored society* verder in op de discriminerende elementen van de ‘scored society’ zoals deze is beschreven door Citron en Pasquale.⁸¹ Zarsky benoemt de verschillende discriminatoire principes die bij kunnen dragen aan discriminatie in het scoringsproces. Zo heeft transparantie (of het tekort daaraan) een grote impact op deze vorm van discriminerende scoringsmechanismen. De ondoorzichtigheid van algoritmische processen zorgt ervoor dat het lastig is om te bepalen of er daadwerkelijk sprake is van discriminerend onderscheid.⁸² In praktijk zal het echter aannemelijk zijn dat correlaties worden gemaakt in een concurrerende omgeving en objectieve financiële data de basis vormt van een besluit.⁸³

De aanbieder van gepersonaliseerde prijzen kan nog meer dan bij een kredietscore een (onopvallend) indirect onderscheid maken. Zo krijgt de consument bij een kredietscore op basis van de informatie wel of geen krediet, terwijl bij een gepersonaliseerde prijs veel verschillende (uiteindelijke) prijzen mogelijk zijn. Daarbij is er sprake van een geautomatiseerd systeem dat via bijvoorbeeld cookies kan zien of de consument al dan niet ingaat op de prijs. Met behulp van dit feedbackmechanisme en de hoeveelheid aan data van de gebruiker probeert een algoritme een optimale prijs te genereren die de gebruiker (mogelijk) bereid is te betalen. Bovendien kan de gebruiker bij (online) concurrenten kijken voor welke prijs zij een product of dienst aanbieden. Een gepersonaliseerde prijs zal daarom in veel gevallen voor de consument

⁷⁸ Citron & Pasquale 2014, p. 8.

⁷⁹ Citron & Pasquale 2014, p. 10–11.

⁸⁰ Citron & Pasquale 2014, p. 12–13.

⁸¹ Zarsky 2015, p. 1377.

⁸² Zarsky 2015, p. 1401.

⁸³ Zarsky 2016, *Automation, Correlation and Causation: Launching a Policy Discussion*.

minder ingrijpend zijn dan een besluit na een kredietscore, omdat bij kredietscores de consument uitgesloten kan worden (van bijvoorbeeld een hypotheek), terwijl bij prijsdiscriminatie zelden totale uitsluiting plaats zal vinden.

Indien de concurrentie ook prijsdiscriminatie toepast, of als er nauwelijks concurrentie is, dan kan dit wel de perceptie van de juiste prijs voor een product aantasten. Los van het feit dat dit impact heeft op de gebruiker vanwege het feit dat hij het product niet op de juiste waarde kan schatten, heeft dit een maatschappelijke impact. Het referentiekader inzake de redelijke prijs voor producten wordt namelijk aangepast. Om dit maatschappelijke gevolg te beperken kan het daarom wenselijk zijn om de gebruiker bewust te maken van dit systeem van personalisatie. Dat kan bijvoorbeeld door (objectieve) vergelijkingswebsites aan te bieden, zodat de impact van prijsdiscriminatie minder wordt en er eerder een gerechtvaardigd belang voor het onderscheid is.

Het zal – gezien de ratio van het discriminatieverbod – meer voor de hand liggen dat de economische belangen van consumenten en hun perceptie van de prijs eventueel wordt beschermd vanuit bijvoorbeeld het consumentenrecht. Ook is denkbaar dat in de toekomst voorwaarden voor online prijsdiscriminatie worden gesteld vanuit de Europese wetgever in het kader van de ‘Digital Single Market’ (DSM). Dit is een project waarbij maatregelen worden uitgewerkt in bijvoorbeeld conceptrichtlijnen en conceptverordeningen om vrij verkeer van digitale goederen en diensten in Europa te verbeteren.⁸⁴

4.3. Ontwikkeling in transparantie, de bewijspositie en vergelijkbaarheid

Door transparantiemaatregelen toe te passen en de logica van het personalisatieproces nauwlettend in de gaten te houden kan de transparantie van prijsdiscriminatie worden verbeterd. Dit kan bijvoorbeeld via audits door private partijen of overheidsorganen.⁸⁵ In Europa lijkt er met de nieuwe AVGB meer transparantie te komen. Zo werd in paragraaf 3.3.4. duidelijk dat de verantwoordelijke op grond van overweging 71 technische en organisatorische maatregelen moet treffen om een transparante verwerking te garanderen en discriminatie te beperken. Dit zorgt ervoor dat de verantwoordelijke bij een verzoek op basis van art. 22 AVGB zijn logica op een transparante manier moet laten zien en dat deze logica niet discriminerend is. Tegelijkertijd is het maar de vraag hoeveel de verantwoordelijke – met de afwezigheid van aanvullende informatieplichten bij de prijs – te maken krijgt met zulke verzoeken.

⁸⁴ COM(2015) 192, p. 3.

⁸⁵ Zarsky 2016, p. 127.

Bij een beroep op discriminatie hebben (groepen) individuen die stellen slachtoffer te zijn van discriminatie de bewijslast.⁸⁶ In Nederland kan echter onder het huidige recht deze bewijslijst op basis van art. 10 AWGB verschoven worden als de gediscrimineerde partij feiten aanvoert waardoor discriminatie wordt vermoed. Het is dan aan de wederpartij om aan te tonen dat zijn handeling niet in strijd is met de wet.⁸⁷ Indien de rechter oordeelt dat de eiser (de gediscrimineerde) genoeg feiten heeft aangevoerd waardoor er een vermoeden van discriminatie is, dan verschuift de bewijslast naar de wederpartij, in dit geval de aanbieder van gepersonaliseerde prijzen. Mocht het zo ver komen, dan zal in de praktijk de aanbieder van discriminerende prijzen zich mogelijk op diverse soorten variabelen kunnen beroepen die niet in strijd zijn met de AWGB, waardoor het gevonden patroon niet discriminerend is. Bovendien is een probleem van profilering dat elk mens anders is en er dus veel ruimte is om gegrond verweer te voeren bij beroepen op indirect onderscheid. Daarnaast kan de aanbieder van gepersonaliseerde prijzen aanvoeren dat het gemaakte onderscheid een indirect onderscheid is dat subsidiair en proportioneel is en dat hij dit enkel doet voor een aantoonbaar commercieel belang. In de vorige paragraaf is betoogd dat er in dit geval waarschijnlijk geen sprake is van een grote impact op de gebruiker op basis van discriminatie. Er is echter wel een (maatschappelijke) impact vanwege het feit dat de gebruiker geen objectief beeld krijgt van prijzen in de markt. In aansluiting op de hier beschreven transparantieplichten zou het daarom wenselijk kunnen zijn om informatieplichten bij de prijs (die nader worden uitgewerkt in hoofdstuk 5) en prijsvergelijkingswebsites te hebben, zodat de impact op de betrokkene wordt geminimaliseerd.

Net als bij art. 42 Wbp (en het toekomstige art. 22 AVGB) geldt voor toepassing van de AWGB dat de gediscrimineerde in veel gevallen pas kennis heeft van de mogelijke discriminerende praktijk als hij weet dat hij een gepersonaliseerde prijs te zien krijgt, waardoor een beroep op de AWGB – bij afwezigheid van verdere informatieplichten – niet snel zal plaatsvinden. Wel wordt uit deze wet duidelijk dat de aanbieder van gepersonaliseerde prijzen niet alleen transparantie inzake de logica achter prijsdiscriminatie moet inbouwen op basis van de Wbp en de aankomende AVGB, maar ook op basis van de AWGB. Zo wordt bij eventuele beroepen op discriminatie de inhoud van een geautomatiseerd besluit duidelijk.

⁸⁶ Hildebrandt et. al 2008, p. 264.

⁸⁷ Cremers-Hartman, in: *SDU Commentaar arbeidsrecht thematisch bij art. 10 AWGB*, aant. C.1 (online, laatste bijgewerkt op 8 april 2016).

5. Online prijsdiscriminatie en het consumentenrecht

Tot dusver blijkt dat verantwoordelijken op basis van het gegevensbeschermingsrecht geen informatieplicht hebben op het moment dat gepersonaliseerde prijzen worden getoond. Immers, de websitehouder of tracker heeft de internetgebruiker al geïnformeerd over de doeleinden van de verwerking toen cookies werden geplaatst. Het gegevensbeschermingsrecht voorziet niet in een aanvullende informatieplicht bij het eindresultaat van de profilering, in dit geval de uiteindelijke gepresenteerde gepersonaliseerde prijs. Er is – los van de informatieplicht bij de plaatsing van cookies – slechts een aanvullende informatieplicht bij een verzoek van de betrokkene op basis van art. 42 Wbp. Toch kan aanvullende informatie voor de consument wenselijk zijn, omdat er situaties denkbaar zijn waarbij consumenten afzien van een koop indien zij weten dat er sprake is van prijsdiscriminatie. In dit hoofdstuk zal om deze reden nader bekeken worden of er door gebrekkige informatie over prijsdiscriminatie sprake is van een oneerlijk beding in een overeenkomst, of er aanvullende informatieplichten gelden bij het tonen van de gepersonaliseerde prijs en of er door de weglating van informatie sprake kan zijn van een oneerlijke handelspraktijk.

5.1 Oneerlijke beding in de consumentenovereenkomst

De richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten⁸⁸ beschermt consumenten tegen oneerlijke bedingen in een overeenkomst die hij heeft met een professionele wederpartij. Deze bedingen zijn op grond van art. 3 lid 1 oneerlijk als er een significant verschil zit tussen de rechten en plichten van de verkoper en de consument, in het nadeel van de consument.⁸⁹ De richtlijn geeft geen aanvullende regels of waarborgen die de verkoper moet treffen bij de presentatie van de gepersonaliseerde prijs. Op grond van art. 4 lid 2 mag bij de beoordeling van het oneerlijke karakter de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de te leveren goederen namelijk niet meegenomen worden in de toets of er sprake is van een oneerlijk beding.⁹⁰ Dit betekent dat er vrijheid is aan de kant van de verkoper over de bepaling van de prijs of de vergoeding. Uit de richtlijn is niet af te leiden dat er informatieplichten in de (koop)overeenkomst gelden ten aanzien van de totstandkoming van de prijs.

Op het moment van plaatsing van de cookie zou er mogelijk wel sprake kunnen zijn van een verstoring in de balans tussen de rechten van de verkoper en de consument, omdat de consument in sommige gevallen veel data weggeeft die wordt gebruikt voor profilering. In

⁸⁸ Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.

⁸⁹ Zuiderveen Borgesius 2015a, p. 9.

⁹⁰ Idem.

dergelijke gevallen kan er van contractuele oneerlijkheid sprake zijn.⁹¹ Zeker bij tracking cookies die gebruikt worden voor prijspersonalisatie kan data als deel van de tegenprestatie in de overeenkomst impact hebben op de consument, omdat de verstrekking van deze persoonsgegevens latere financiële gevolgen kan hebben in de vorm van een gepersonaliseerde prijs. Echter, in hoofdstuk 3 is uiteengezet dat op het moment van plaatsing de betrokkene duidelijk geïnformeerd moet worden over het doel van de verwerking. De consument heeft de vrijheid om niet akkoord te gaan met de plaatsing van deze cookies. Anders dan bij producenten van sommige ‘slimme’ apparaten die een “give data to get service”-beleid voeren,⁹² hebben consumenten bij websites die zij gebruiken vaak de keus om naar een alternatieve dienst te gaan en de data niet te verstrekken. Om deze reden ligt contractuele oneerlijkheid ook bij het plaatsen van cookies door de tracker of de partij die gepersonaliseerde prijzen voert niet voor de hand.

5.2 Informatieplichten bij E-Commerce en verkoop op afstand

Partijen die goederen of diensten via internet aanbieden (e-commerce) hebben informatieplichten op grond van art. 3:15d BW. Zo moet informatie over de prijs inclusief belasting en leveringskosten op grond van art. 3:15d lid 2 BW duidelijk en ondubbelzinnig worden vermeld.⁹³ Als een prijs vooraf niet bekend is zoals bijvoorbeeld bij mobiele telefonie, dan volstaat een berekeningsprijs (bijvoorbeeld ‘10 eurocent per minuut’).⁹⁴ Het is echter maar de vraag of de bepaling zo uitgelegd kan worden dat er een informatieplicht geldt voor de totstandkoming van de prijs met behulp van profilering (als onderdeel van een berekeningsprijs). Neppelenbroek stelt dat prijzen die zijn berekend op basis van Big Data (bijvoorbeeld via profilering) ook onder deze bepaling vallen. Hierbij sluit hij aan bij de eerder in deze scriptie aangehaalde brief van de minister⁹⁵ waarin staat dat een informatieplicht geldt voor het gebruik van Big Data om consumentengedrag in kaart te brengen.⁹⁶ Het is echter maar de vraag of hiermee wordt bedoeld dat ook bij de prijs zelf een informatieplicht geldt voor prijsdiscriminatie. Deze uitlating van de minister lijkt namelijk eerder van toepassing te zijn op het moment dat persoonsgegevens worden verstrekt in een eerder stadium om bijvoorbeeld een andere dienst te gebruiken. Art. 3:15d lid 2 BW biedt dan ook te weinig aanknopingspunten

⁹¹ Helberger 2016, p. 14.

⁹² Helberger 2016, p. 13 – 14.

⁹³ Neppelenbroek 2016, aant. 5.

⁹⁴ Van Esch 2007, p. 37.

⁹⁵ *Kamerstukken II* 2014-2015, 32 761, nr. 78

⁹⁶ Neppelenbroek 2016, aant. 5.

om te spreken van een informatieplicht over de totstandkoming van de prijs door profilering bij de presentatie van de prijs zelf.

Voor verkoop op afstand tussen professionele verkopers en consumenten zijn diverse informatieplichten neergelegd in art. 6:230m BW,⁹⁷ waarbij op grond van sub e de consument informatie moet krijgen over de prijs en de berekening van de prijs. Neppelenbroek stelt dat ook hier op grond van sub e een informatieplicht geldt, die nog duidelijker is dan het eerdergenoemde art. 3.15d lid 2 BW. Zo moeten volgens het artikel alle extra vracht-, leverings-, portokosten en eventuele andere kosten worden benoemd. Zogenaamde ‘Big Datakosten’ (waaronder profilering van gebruikers kan vallen) zouden volgens Neppelenbroek onder extra kosten kunnen vallen.⁹⁸ Deze opvatting lijkt lastig verdedigbaar, omdat de verstrekte persoonsgegevens ten behoeve van profilering non-monetaire kosten zijn die zich moeilijk laten uitdrukken in geld. De memorie van toelichting bij het wetsartikel laat zich niet uit over dergelijke non-monetaire elementen die ten grondslag liggen aan de prijs.⁹⁹ In art. 6 lid 1 sub e van de richtlijn consumentenrechten¹⁰⁰ (waar art. 6:230m lid 1 sub e BW de implementatie van vormt)¹⁰¹ wordt ook niet gesproken over een andere vorm dan uitwisseling door geld. Mogelijk kan deze huidige opvatting veranderen door de diverse soorten businessmodellen in de digitale omgeving die gedreven zijn op data, waarbij het moeilijk is om data op waarde te schatten.¹⁰² Het model van online prijsdiscriminatie neigt naar betalen op een monetaire manier, omdat het surplus voor de verkoper bij een aankoop meetbaar is. Echter, bij de gepersonaliseerde prijs hoeven geen extra kosten te worden betaald. Deze kosten zijn bijvoorbeeld al ‘betaald’ op het moment van plaatsing van tracking cookies en zijn onderdeel van een andere, eerdere overeenkomst. De consument ziet bij een gepersonaliseerde prijs de volledige prijs die hij kwijt is. De informatieplicht dat tracking plaatsvindt¹⁰³ is van toepassing op een eerder stadium bij een andere overeenkomst waarbij als onderdeel van de overeenkomst tracking cookies worden geplaatst, vaak in ruil voor een dienst. Tracking of andere kosten maken geen deel uit van de uiteindelijke (koop)overeenkomst, waardoor de gepersonaliseerde prijs niet onderhevig is aan aanvullende informatieplichten op basis van dit artikel.

⁹⁷ Deze bepaling ziet, in tegenstelling tot art. 3:15d BW, enkel toe op de relatie tussen verkoper en consument.

⁹⁸ Neppelenbroek 2016, aant 5.

⁹⁹ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 520, nr 3, p. 33.

¹⁰⁰ Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten.

¹⁰¹ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 520, nr 3, p. 66.

¹⁰² Helberger 2016, p. 9.

¹⁰³ Op basis van de informatieplicht uit art. 6:230m sub r BW en de daaraan verbonden overweging 19 van de richtlijn consumentenrechten.

5.3 Oneerlijke handelspraktijken

Op 15 oktober 2008 is de Nederlandse implementatiewet van de richtlijn OHP in werking getreden.¹⁰⁴ De richtlijn OHP harmoniseert enerzijds de diverse nationale wetgevingen inzake oneerlijke handelspraktijken. Anderzijds probeert de richtlijn consumenten een hoog niveau van rechtsbescherming te bieden tegen oneerlijke handelspraktijken.¹⁰⁵ Volgens overweging 8 biedt de richtlijn ook indirect bescherming aan ondernemingen tegen concurrenten die de regels niet in acht nemen. Om de rechtszekerheid te bevorderen is er gekozen voor totale harmonisatie, waardoor het de nationale wetgever niet is toegestaan om de consument een hoger beschermingsniveau te bieden dan door de richtlijn is toegestaan.¹⁰⁶ De Nederlandse implementatie van deze richtlijn staat in afdeling 3A van boek 6 BW.

De richtlijn OHP is alleen van toepassing op oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten. Specifiek heeft de Nederlandse implementatiewet het in art. 193a lid sub a en sub b BW over handelspraktijken van een handelaar (een natuurlijk persoon of rechtspersoon die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf of degene die ten behoeve van hem handelt) jegens een consument (die niet handelt in de uitoefening van een beroep of een bedrijf). In de recente aanbeveling van de Commissie inzake de implementatie van de richtlijn OHP staat dat niet alleen verkopers, maar ook online e-commerce platforms, app stores en collaborative economy platforms (zoals Airbnb) kunnen vallen onder de reikwijdte van de richtlijn.¹⁰⁷ In het vervolg van de paragraaf zal aan de (hypothetische) handelspraktijk worden getoetst waarbij een rechtspersoon via een webshop een goed of dienst aanbiedt jegens een consument en informatie weglaat bij de uiteindelijk gepresenteerde prijs over de totstandkoming van de prijs door profilering. Deze handeling (of omissie) van de handelaar houdt verband met de verkoop (en mogelijke verkoopbevordering) van een product aan de consument, waardoor sprake is van een handelspraktijk op grond van art. 6:193a lid 1 sub d BW. Verder wordt aangenomen dat de handelaar voldoet aan de informatieplichten en toestemmingsvereisten die voortvloeien uit de Wbp en de Telecommunicatiewet.

Afdeling 3A van boek 6 bevat met artikel 6:193b een algemene norm voor een onrechtmatige handeling door toedoen van een oneerlijke handelspraktijk. Er is sprake van een oneerlijke handelspraktijk “indien een handelaar handelt: a. in strijd met de vereisten van professionele toewijding, en b. het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar is beperkt of kan worden beperkt, waardoor de

¹⁰⁴ Wet van 25 september 2008, *Stb.* 2008, 397.

¹⁰⁵ Dit vloeit voort uit art. 1 Richtlijn OHP.

¹⁰⁶ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 928, nr. 3, p. 1

¹⁰⁷ SWD(2016) 163, p. 121.

gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.” Deze algemene norm wordt verder uitgewerkt in artikelen die bepalen of handelspraktijken misleidend (art. 6:193c tot en met 193g BW) of agressief (art. 6:193h en 6:193i BW) zijn. Daarbij geven art 6:193g (misleidende handelspraktijken) en 6:193i BW (agressieve handelspraktijken) een limitatieve lijst van omstandigheden waarbij altijd sprake is van een oneerlijke handelspraktijk.¹⁰⁸

Volgens de memorie van toelichting dient men eerst te toetsen of er sprake is van een handelspraktijk die staat op de limitatieve lijsten, voordat verdere toetsing plaatsvindt.¹⁰⁹ Indien de handelspraktijk niet vindbaar is op deze lijsten dient gekeken te worden naar de andere artikelen die het begrip oneerlijke handelspraktijk uitwerken. De volgende toets is de misleidende of agressieve handelspraktijk (zoals is neergelegd in art. 6:193c en d en art. 6:193h BW), waarin ook specifieke bepalingen als ‘gemiddelde consument’ en ‘geïnformeerd besluit’ uit art. 6:193b lid 2 BW zijn opgenomen.¹¹⁰ Indien de handelspraktijk niet oneerlijk is onder deze artikelen is de laatste toets van de handelspraktijk die aan de algemene norm uit art. 6:193b lid 2 BW. De algemene norm vereist het criterium ‘professionele toewijding’ bovenop het criterium van de ‘gemiddelde consument’ en het ‘geïnformeerd besluit’.¹¹¹ In de volgende paragraaf zal op basis van de in deze alinea beschreven volgorde het onderzoeksobject worden getoetst.

5.4 Toepassing oneerlijke handelspraktijken op online prijsdiscriminatie

In paragraaf 5.4.1. wordt duidelijk dat de limitatieve lijsten niet van toepassing zijn op deze handelspraktijk. Daarna zal duidelijk worden dat er geen sprake is van een agressieve of misleidende handelspraktijk op grond van art. 6:193h en 6:193c BW, maar er mogelijk wel sprake kan zijn van een misleidende omissie op grond van art. 6:193d BW, waardoor aanvullende informatieplichten gelden. Als laatste zal kort aandacht zijn voor de algemene norm uit art. 6:193b BW en waarom het in casu niet mogelijk is om het onderzoeksobject aan dit artikel te toetsen. Vooraf dient opgemerkt te worden dat voor de toetsing van online prijsdiscriminatie op basis van tracking cookies de eerder benoemde aanbeveling van de Europese Commissie inzake de implementatie van de Richtlijn OHP weinig handvatten biedt voor de beoordeling van online prijsdiscriminatie. De commissie benoemt dat er bij online

¹⁰⁸ Lankhorst, in: *T&C Burgerlijk wetboek afdeling 3a Boek 6 BW*, aant. 5 (online, laatst bijgewerkt op 15 februari 2015).

¹⁰⁹ *Kamerstukken II 2006/07*, 30 928, nr. 3, p. 1-2.

¹¹⁰ Hondius, Rijken & Ardenne-Dick 2011, p. 425.

¹¹¹ Idem

‘prijspersonalisatie’ op basis van cookies sprake kan zijn van een oneerlijke of agressieve handelspraktijk en dat de regels van het gegevensbeschermingsrecht van toepassing kunnen zijn. Deze prijsstrategie is volgens de Commissie toegestaan mits de consument behoorlijk wordt geïnformeerd over de totstandkoming van de prijs, maar uit het document wordt niet duidelijk wat deze informatieplicht precies inhoudt.¹¹² De commissie laat zich dan ook niet uit over de hier beschreven toets van het onderzoeksobject.

5.4.1 Limitatieve lijsten van misleidende en agressieve handelspraktijken

Geen situatie zoals beschreven in de artikelen 6:193g en 6:193i BW komt overeen met de handelspraktijk waarin de (online) handelaar weigert te vermelden dat prijzen tot stand zijn gekomen op basis van profilering. Ook art. 6:193g sub t BW, waarbij een handelspraktijk misleidend is door “een product als gratis, voor niets of kosteloos te omschrijven als de consument iets anders moet betalen dan de onvermijdelijke kosten om in te gaan op het aanbod en het product af te halen dan wel dit te laten bezorgen”, is niet van toepassing op deze specifieke handelspraktijk. Dat komt omdat partijen die gepersonaliseerde prijzen aanbieden, producten niet gratis aanbieden. Wel zou het zo kunnen zijn dat aanbieders van andere websites een product of dienst als gratis aanbieden, terwijl de verstrekking van persoonsgegevens de tegenprestatie is en deze persoonsgegevens worden gebruikt voor commerciële doeleinden (zoals prijspersonalisatie door derden). De bepaling kan mogelijk zo uitgelegd worden dat dergelijke ‘betalingen’ ook onder de bepaling vallen.¹¹³ Echter geldt er voor dat moment in het personalisatieproces – zoals is beschreven in bijvoorbeeld hoofdstuk 3 – al wel een informatieplicht. Om deze reden zal deze fase hier verder niet worden getoetst.

5.4.2 Agressieve handelspraktijk art. 6:193h BW

Volgens art. 6:193h BW is er sprake van een agressieve handelspraktijk als een handelspraktijk de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument beperkt door bijvoorbeeld intimidatie of dwang. Hierdoor neemt de consument een besluit over een overeenkomst dat hij zonder intimidatie of dwang niet zou nemen. Bij de bepaling of een handelspraktijk agressief is dient rekening te worden gehouden met de criteria uit het tweede lid. Door het enkele weglaten van informatie over de personalisatie van prijzen zal in veel gevallen geen sprake zijn van een agressieve handelspraktijk. De consument is niet verplicht om iets te kopen en kan kiezen voor een andere aanbieder van producten. Slechts in uitzonderlijke gevallen zal online prijsdiscriminatie een agressieve handelspraktijk op kunnen

¹¹² SWD(2016) 163, p. 148 – 149.

¹¹³ Helberger 2016, p. 11.

leveren door de dominante positie van de handelaar. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn bij een luchtvaartmaatschappij die als enige partij een bepaalde vlucht uitvoert en via profilering erachter komt dat een consument een vlucht per se moet nemen.¹¹⁴ In zo'n situatie maakt de luchtvaartmaatschappij mogelijk gebruik van bepaalde tegenslagen die het beoordelingsvermogen van de consument ernstig belemmeren. Deze specifieke situatie wordt hier echter niet verder getoetst.

5.4.3 Misleidende handelspraktijk art. 6:193c BW

Nu er bij (online) prijsdiscriminatie door het weglaten van informatie geen sprake is van een agressieve handelspraktijk dient verder getoetst te worden aan misleidende handelspraktijken. Deze zijn te onderscheiden in enerzijds het verstrekken van informatie die feitelijk onjuist is of de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden (art. 6:193c BW). Anderzijds is er de misleidende omissie waarbij essentiële informatie door de handelaar wordt weggelaten (art. 6:193d BW).¹¹⁵ Uit de wettekst en de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat bij de toets aan deze artikelen geen rekening hoeft te worden gehouden met de eis van professionele toewijding.¹¹⁶ Dit wordt verondersteld als er sprake is van deze handelspraktijken. Wel moet er sprake zijn van een merkbare beperking bij de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen.¹¹⁷

In het eerste lid van 6:193c BW gaat het om de verstrekking van foutieve informatie of om de verstrekking van informatie die misschien wel correct is, maar de consument bedriegt, al dan niet door de algemene presentatie van informatie bijvoorbeeld ten aanzien van de prijs of de wijze waarop de prijs wordt berekend (sub d). Dit zou kunnen verwijzen naar de totstandkoming van de prijs door prijsdiscriminatie. In de memorie van toelichting wordt dit artikel niet nader toegelicht. De toezichthouder ACM lijkt echter deze bepaling zo te interpreteren dat handelaren zo duidelijk mogelijk moeten weergeven hoe de prijs tot stand zal komen in de toekomst,¹¹⁸ net zoals bij het eerder aangehaalde art. 3:15d lid 2 BW. Toegepast op de casus ligt het meer voor de hand om deze situatie te beoordelen op basis van de misleidende omissie, waarbij de handelaar essentiële informatie weglaat (6:193d en 6:193e sub c BW). Er is namelijk geen sprake van foutief gegeven informatie. Bovendien ziet het artikel toe op een handeling, terwijl de omissie (weglating van informatie) wordt besproken in 6:193d

¹¹⁴ SWD(2016) 163, p. 149.

¹¹⁵ Van Nispen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:193d, aant. 1 (online, bijgewerkt tot 16 februari 2015).

¹¹⁶ HvJ EU 19 september 2013, C-435/11.

¹¹⁷ Hondius, Rijken & Ardenne-Dick 2011, p. 427.

¹¹⁸ ACM, *Wegstoppen of verstoppen van belangrijke informatie* (online, laatst geraadpleegd op 02-06-2016).

BW.¹¹⁹ Bij de analyse van de misleidende omissie zullen ook de bevordering van eerlijke concurrentie en de economische belangen van de consument aan bod komen die door de richtlijn worden gewaarborgd.

5.4.4 Misleidende omissie art. 6:193d BW

De misleidende omissie (art. 6:193d BW) is één van de mogelijke vormen van een oneerlijke handelspraktijk en bovendien relevant voor online prijsdiscriminatie op basis van tracking cookies. Op basis van lid 2 van art. 6:193d BW is een misleidende omissie “iedere handelspraktijk waarbij *essentiële informatie* welke de *gemiddelde consument* nodig heeft om een *geïnformeerd besluit* over een transactie te nemen, wordt weggelaten, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.” In deze paragraaf wordt getoetst of door het weglaten van informatie over prijsdiscriminatie bij een aangeboden product de gemiddelde consument een besluit kan nemen over de aankoop van een product dat hij anders niet had genomen.

De invulling van het begrip gemiddelde consument is afhankelijk van de context. De definitie die het Hof van Justitie geeft is de fictieve doorsnee-consument: deze consument is gemiddeld geïnformeerd, omzichtig en oplettend.¹²⁰ Er wordt rekening gehouden met maatschappelijke, taalkundige en ook culturele factoren.¹²¹ Het hof bevestigt daarmee overweging 18 van de richtlijn. Tevens staat in deze overweging dat rekening gehouden dient te worden met de doelgroep van de handelspraktijk en met het gemiddelde lid van deze doelgroep. In sommige situaties, zoals bij geavanceerde smartwatches, is het lastig om te bepalen wie de gemiddelde consument is. Dat kan bijvoorbeeld iemand zijn met een hoge mediageletterdheid en kennis van beveiliging en privacy, maar ook iemand die enkel geïnteresseerd is in het product en geen interesse heeft in de achtergrond.¹²² In de onderhavige situatie wordt uitgegaan van een brede, gemiddelde groep die wordt bereikt door bijvoorbeeld een webshop die in allerlei verschillende producten handelt.

Het begrip geïnformeerd besluit ziet toe op een besluit over een overeenkomst (art. 193a lid sub d BW), waarbij voor de handelaar voorzienbaar moet zijn dat het economisch gedrag van een herkenbare groep (de doelgroep) wordt verstoord of kan worden verstoord. De consument hoeft dus nog niet een overeenkomst te hebben gesloten, voordat sprake kan zijn

¹¹⁹ Lankhorst, in: *T&C Burgerlijk wetboek art. 193a*, aant. 5 (online, laatst bijgewerkt op 15 februari 2015) en Hondius, Rijken & Ardenne-Dick 2011 p. 427.

¹²⁰ HvJ EU 16-07-1998, C-210/96 (*Gut Spingenheide*) r.o. 31.

¹²¹ HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98 (*Estée Lauder/Lancaster*), r.o. 29.

¹²² Helberger 2016, p.10-11.

van een oneerlijke handelspraktijk. De consument kan bijvoorbeeld weigeren om een overeenkomst te sluiten, omdat hij weet dat er sprake is van prijsdiscriminatie.

Volgens de memorie van toelichting kan men uit art. 6:193e BW afleiden om welke informatie het gaat.¹²³ Uit lid 3 volgt dat indien essentiële informatie aanwezig is, maar verborgen wordt gehouden of op ‘onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laat verstrekt wordt’ er alsnog sprake kan zijn van een misleidende omissie. De begrippen ‘onduidelijk’, ‘onbegrijpelijk’ en ‘dubbelzinnig’ zijn overgenomen uit de richtlijn OHP en moeten verder worden ingevuld door jurisprudentie.¹²⁴ Een onduidelijke weergave zou bijvoorbeeld de enkele tekst bij de plaatsing van cookies kunnen zijn. Hoewel de gebruiker door deze tekst alerter kan zijn op de toepassing van prijsdiscriminatie door handelaren, is het hem nog steeds niet duidelijk wanneer nu precies deze techniek wordt gebruikt en welke prijzen op welk moment het resultaat zijn van deze profilering. Immers bleek in hoofdstuk 3 dat de gebruiker op grond van het gegevensbeschermingsrecht niet geïnformeerd hoeft te worden bij de uiteindelijke gepresenteerde prijs. Bij de beoordeling of essentiële informatie wordt weggelaten door de handelaar, moet men daarnaast op grond van art. 6:193d lid 4 rekening houden met de feitelijke context, de beperkingen van het communicatiemedium en de maatregelen die zijn genomen om informatie langs andere wegen ter beschikking te stellen van de consument. Dit artikel vormt een nuancering op het derde lid, omdat niet ieder medium zich leent voor een optimale informatieverschaffing.¹²⁵ De beperkingen van het communicatiemedium zijn bij (online) handelspraktijken niet groot: een tekst als ‘gepersonaliseerde prijs’ zal dan ook in veel gevallen bij de gepresenteerde prijs vermeld kunnen worden.

De vraag die nu overblijft is of door het wegblijven van deze informatie de consument een besluit neemt dat hij anders niet had genomen. Deze vraag is lastig te beantwoorden, omdat hier wordt uitgegaan van een hypothetische situatie en er op het moment van schrijven noch empirisch onderzoek noch jurisprudentie is die deze weglating heeft getoetst als misleidende omissie bij online prijsdiscriminatie. Op het gebied van de wenselijkheid van online prijsdiscriminatie kwamen Turow et. al er via een empirisch onderzoek achter dat merendeel van de Amerikaanse volwassenen alle vormen van prijsdiscriminatie als ethisch onverantwoord zien. 87 procent van de 1500 ondervraagden vond het een slechte zaak als binnen één uur een webshop verschillende prijzen toont aan verschillende mensen voor identieke producten.¹²⁶

¹²³ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 928, nr. 3, p. 16.

¹²⁴ Van Nispen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:193d, aant. 4 (online, bijgewerkt tot 16 februari 2015).

¹²⁵ Van Nispen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:193d, aant. 5. (online, bijgewerkt tot 16 februari 2015).

¹²⁶ Feldman, Meltzer & Turow 2005, p. 4.

Daarnaast dient opgemerkt te worden dat consumenten de eerlijkheid van een prijs beoordelen door onder andere te kijken naar concurrerende prijzen.¹²⁷ Een goede vergelijking (en dus een geïnformeerd besluit) wordt lastig als voor bepaalde producten veel aanbieders online prijsdiscriminatie hanteren.

Informatie over de totstandkoming van de prijs lijkt bij online prijsdiscriminatie essentieel te zijn. Dit blijkt uit de context van de opvattingen van consumenten over prijsdiscriminatie en sluit bovendien aan bij het eerdergenoemde belangrijke non-monetaire element waaruit de prijs is opgebouwd. Hoewel de beoordeling van een oneerlijke handelspraktijk zeer contextafhankelijk is, kan wat betreft het weglaten van informatie over prijspersonalisatie in zijn algemeenheid worden geconcludeerd dat in veel gevallen bij een weglating sprake zal zijn van een misleidende omissie, omdat de gemiddelde consument een besluit kan nemen over een overeenkomst dat hij anders niet had genomen, omdat hij bijvoorbeeld niet onderworpen wilt worden aan een gepersonaliseerde prijs op basis van cookiedata. Daarbij blijkt ook uit het onderzoek van Turow et al. dat de consument ook een lagere prijs vervelend kan vinden, omdat hij het systeem van prijsdiscriminatie als onwenselijk ziet.¹²⁸

Bij een misleidende omissie door een weggelaten gepersonaliseerde prijs, kan de consument de overeenkomst vernietigen, omdat de handelspraktijk onrechtmatig is (art 6:193b BW). Dat betekent dat de informatieplichten uit het gegevensbeschermingsrecht hier te kort schieten, omdat de consument op basis van alleen deze informatie niet een geïnformeerd besluit kan nemen. De consument is dus (zonder toepassing van het consumentenrecht) onvoldoende geïnformeerd, ondanks het feit dat aan alle informatieplichten door de handelaar is voldaan die op basis van het gegevensbeschermingsrecht op hem rusten. Op een essentieel moment ontbreekt hier voor de consument essentiële informatie over de koopovereenkomst. Het gegevensbeschermingsrecht ziet hier alleen toe op het moment dat cookies worden geplaatst of gelezen, terwijl de aanbieder van gepersonaliseerde prijzen rekening dient te houden met het gehele spectrum van het personalisatieproces en de daarbij behorende belangen van de consument. Daarbij kan het naast deze informatieplichten – zoals eerder in hoofdstuk 4 aangehaald – in de toekomst wenselijk zijn om de consument de mogelijkheid te geven om diverse prijzen objectief met elkaar te kunnen vergelijken.

¹²⁷ Fennell, Kuo & Rice 2016, p. 2635.

¹²⁸ Feldman, Meltzer & Turow 2005, p. 26.

5.4.5 Toepassing algemene norm 6:193b

De algemene norm uit art. 6:193b BW lid 2 die als laatste getoetst dient te worden zal hier niet verder worden getoetst, omdat voor deze toets in strijd gehandeld dient te worden met de ‘professionele toewijding’.¹²⁹ In dit criterium zijn de elementen ‘bijzondere vakkundigheid’ en ‘zorgvuldigheid’ opgenomen. De handelaar moet ten aanzien van deze elementen op een normaal (of hoger) niveau functioneren om professioneel toegewijd te zijn. Dit is te beoordelen door naar de specifieke feiten, omstandigheden en handelsgebruiken van een sector of bedrijfstak te kijken en die toe te passen op de handelspraktijk.¹³⁰ Bij de hier getoetste handelspraktijk komen diverse sectoren en beroepsgroepen bij elkaar die individueel beoordeeld moeten worden. Eerder deze scriptie werd duidelijk dat er nog geen concrete voorbeelden bekend zijn van partijen die (openlijk) aan prijsdiscriminatie doen, waardoor ook niet naar bestaande handelsgebruiken of naar opgestelde gedragscodes inzake prijspersonalisatie bij verkoop op afstand kan worden gekeken.¹³¹ Bovendien ligt door de eerdergenoemde analyse van een weglating van informatie door de handelaar een misleidende omissie eerder voor de hand, dan een oneerlijke handelspraktijk op grond van art. 6:193b BW.

6. Conclusie

In deze scriptie zijn de voorwaarden en beperkingen ten aanzien van online prijsdiscriminatie op basis van tracking cookies nader onderzocht. Uit de analyse van deze prijsstrategie blijkt dat advertentienetwerken en aanbieders van gepersonaliseerde prijzen aan diverse voorwaarden moeten voldoen om rechtmatig een prijs te kunnen personaliseren.

Daarbij zijn eerst de voorwaarden voor de plaatsing van tracking cookies ten behoeve van prijsdiscriminatie uiteengezet. Uit hoofdstuk 3 blijkt dat er bij het plaatsen en uitlezen van dergelijke cookies vrijwel altijd sprake is van persoonsgegevens, bijvoorbeeld omdat de mogelijkheid tot ‘singling out’ al voldoende is om te spreken van persoonsgegevens en er doorgaans veel data van de betrokkene wordt verwerkt. Om die reden zijn bij plaatsing de (aanvullende) voorwaarden van de Wbp van toepassing, zoals de benodigde ondubbelzinnige toestemming van de betrokkene.

Tevens is art. 42 Wbp van toepassing, omdat er sprake is van geautomatiseerde besluiten bij online prijsdiscriminatie. Dit betekent dat de betrokkene zich niet hoeft te onderwerpen aan het geautomatiseerde besluit en recht heeft op inzage in bijvoorbeeld de

¹²⁹ Het criterium professionele toewijding wordt verder uitgewerkt in art. 6:193a onderdeel f BW.

¹³⁰ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 928, nr. 3, p. 13.

¹³¹ Neppelenbroek 2016, aant. 6.

logica van het prijspersonalisatieproces. Dit artikel kent echter geen brede scope en geeft de betrokkene maar beperkte rechten ten opzichte van het geautomatiseerde besluit. Het nieuwe artikel 22 van de AVGB zal deze bepaling vervangen en zorgt ervoor dat de verantwoordelijke technische en organisatorische maatregelen neemt om te zorgen voor een geautomatiseerd besluit dat bijvoorbeeld niet discriminerend is. Art. 42 Wbp zal in praktijk mogelijk weinig worden gebruikt door betrokkenen, omdat de betrokkene vaak niet door heeft dat er sprake is van een geautomatiseerd besluit. Uit hoofdstuk 5 blijkt echter dat hier in veel gevallen wel een informatieplicht geldt bij de uiteindelijke prijs, waardoor de betrokkene zich bewuster wordt van de gepersonaliseerde prijs en het geautomatiseerde besluit.

Door de technische en organisatorische maatregelen die de verantwoordelijke op basis van het aankomende art. 22 AVGB moet nemen kan hij ervoor zorgen dat hij uitsluit dat het algoritme onrechtmatig direct of indirect onderscheid maakt tussen (groepen) individuen. Zo voorkomt de verantwoordelijke dat hij de AWGB overtreedt. Ook voor een beroep op de AWGB geldt dat de betrokkene niet altijd door heeft dat de aan hem getoonde prijs gepersonaliseerd is, omdat een gepersonaliseerde prijs in veel gevallen niet bijzonder veel discriminerende impact zal hebben door een geraffineerd algoritme. In de scriptie is betoogd dat de impact meer ligt in het feit dat de vergelijkingsmogelijkheden beperkt kunnen worden en daardoor de consument (en maatschappij) in de economische belangen wordt geraakt, hetgeen buiten de ratio van AWGB omgaat en beter wordt beschermd door de informatieplicht vanuit het consumentenrecht.

Uit hoofdstuk 5 is gebleken dat er bij de presentatie van de gepersonaliseerde prijs aanvullende informatieplichten kunnen gelden. Hoewel er geen informatieplicht uit art. 6:230m sub e BW lijkt voort te vloeien, biedt de leer van de oneerlijke handelspraktijk in veel gevallen aanvullende waarborgen. Uit de toets van het onderzoeksobject aan dit leerstuk blijkt dat het weglaten van informatie (de misleide omissie ex art. 183d BW) over prijspersonalisatie essentieel kan zijn om de potentiële consument een besluit te laten nemen over een overeenkomst dat hij anders niet had genomen. In een dergelijk geval gelden aanvullende informatieplichten bij de presentatie van de uiteindelijke gepersonaliseerde prijs.

Deze informatieplicht is zeer wenselijk voor de toepassing en kracht van diverse andere artikelen die centraal stonden in deze scriptie. Door de informatieplicht bij een gepersonaliseerde prijs weten consumenten namelijk wanneer ze te maken hebben met prijsdiscriminatie. Juist dit gebrek aan kennis bij de consument was het probleem bij de toepassing van art. 42 Wbp en de AWGB. De consument weet namelijk niet wanneer hij te maken krijgt met prijsdiscriminatie en zal daardoor geen bezwaar maken bij de verkoper of het

advertentienetwerk. Deze scriptie heeft laten zien dat de informatieplicht die voort kan vloeien uit het consumentenrecht kan dienen als een springplank voor een effectievere rechtsbescherming aan de kant van de consument, hetgeen tegelijkertijd zorgt voor meer zorgvuldigheid in het personalisatieproces aan de kant van verkopers en advertentienetwerken. Tegelijkertijd blijkt dat informatieplichten uit het gegevensbeschermingsrecht in sommige gevallen onvoldoende zijn om de consument een geïnformeerde keuze te laten maken over overeenkomsten. Het consumentenrecht kan ook hier een waardevolle aanvulling zijn.

7. Literatuurlijst

Acquisti, Taylor & Wagman 2015

A. Acquisti, C. R. Taylor & L. Wagman, 'The economics of privacy', *Journal of Economic Literature*, Vol. 52, No. 2, 2016.

Akandji-Kombe 2007

J. F. Akandji-Kombe, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights: A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbooks No. 7, België, 2007.

Bygrave 2001

L. A. Bygrave, 'Minding the Machine: Article 15 of the EC Data Protection Directive and Automated Profiling', *Computer Law & Security Report*, 2001, p. 16-20.

Custers 2016

B.H.M. Custers, 'Big Data in wetenschappelijk onderzoek', *Justitiële verkenningen*, 42e jrg., maart 2016, nr.1, 2016, p. 8 – 21.

Citron & Pasquale 2014

D. K. Citron & F. A. Pasquale, 'The scored society: due process for automated predictions', *Washington Law Rev*, vol 89, 2014.

Cremers-Hartman, in: SDU Commentaar arbeidsrecht thematisch art. 2 en art. 10 AWGB

E. Cremers-Hartman, 'Commentaar op de Algemene wet gelijke behandeling', *SDU Commentaar arbeidsrecht thematisch 2016*, SDU Uitgevers (Online, laatste bijgewerkt op 8 april 2016).

De Vries, in: T&C Telecommunicatie- en privacyrecht art. 8 en art. 42 Wbp

H.H. De Vries 'Commentaar op art. 42 Wbp' in: P, Knol en G.J. Zwenne, *Tekst & Commentaar: Telecommunicatie- en privacyrecht*, Deventer: Kluwer 2015 (online, laatst bijgewerkt op 1 april 2015).

Feldman, Meltzer & Turow 2005

L. Feldman, K. Meltzer & J. Turow, 'Open to Exploitation: America's Shoppers Online and Offline', *A Report from the Annenberg Public Policy Center of the University of Pennsylvania*, 2005.

Fennell, Kuo & Rice 2016

P. Fennell, A. Kuo & D. H. Rice, 'How fitting! The influence of fence-context fit on price discrimination fairness', *Journal of Business Research*, 2016-8, 2016 p. 2634-2640.

Gelbrich 2011

K. Gelbrich, 'I have paid less than you! The emotional and behavioral consequences of advantaged price inequality', *J Retail* 2011-2, 2011, p. 207-224.

Gerards 2011

J.H. Gerards, *EVRM – algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

Hannak e.a. 2014

A. Hannak e.a., 'Measuring price discrimination and steering on e-commerce web sites', *Proceedings of ACM SIGCOMM Conference on Internet Measurement, IMC '14*, 2014, p. 305-318.

Helberger 2016

N. Helberger, 'Profiling and Targeting Consumers in the Internet of Things – A New Challenge for Consumer Law', 2016.

Hildebrandt 2012

M. Hildebrandt, 'The dawn of a critical transparency right for the profiling era', *Digital Enlightenment Yearbook 2012*, 2012, p. 41-56.

Hondius, Rijken & Ardenne-Dick 2011

E. H. Hondius, G. J. Rijken & M. Ardenne-Dick, *Handboek consumentenrecht: een overzicht van de rechtspositie van de consument*, Zutphen: Paris 2011.

Hooghiemstra & Nouwt, in: *SDU Commentaar Wet bescherming persoonsgegevens art. 42 Wbp*

T.F.M. Hooghiemstra & S. Nouwt, *SDU Commentaar Wet bescherming persoonsgegevens*, SDU Uitgevers, 2016 (Online, laatst bijgewerkt op 27 april 2016).

Kerber 2016

W. Kerber, 'Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law, and Data Protection', *MAGKS, Joint Discussion Paper Series in Economics 2016-14*, 2016.

Lankhorst, in: *T&C Burgerlijk wetboek afdeling 3a Boek 6 BW*

G.H. Lankhorst, in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk e.a., *Tekst & Commentaar: Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2015 (online, laatst bijgewerkt op 15 februari 2015).

Neppelenbroek 2016

E.D.C. Neppelenbroek, 'Wat de gek ervoor geeft. Big Data en de bescherming van de contractuele wederpartij bij prijsdiscriminatie', *WPNR: Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 2016/7110*, 2016 p. 443 – 452 (Online).

Rubinstein 2013

I. S. Rubinstein, 'Big data: the end of privacy or a new beginning?', *International Data Privacy Law* 2013-2, p. 74-87.

Savin 2014

A. Savin, 'Profiling and Automated Decision Making in the Present and New EU Data Protection Frameworks', *7th International Conference Computers, Privacy & Data Protection*, 2014.

Schermer 2011

B. W. Schermer, 'The limits of privacy in automated profiling and data mining', *Computer Law and Security Review: The International Journal of Technology and Practice* 2011-1, 2011, p. 45-52.

Van Esch 2007

R.E. van Esch, *Juridische aspecten van elektronische handel*, Deventer: Kluwer 2007, p. 36-37.

Van Nispen, in: GS Onrechtmatige daad

C.J.J.C. van Nispen 'GS Onrechtmatige daad, commentaar op artikel 193a Boek 6 BW', in C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer (losbladig en online).

Vande Lanotte & Haeck 2005

J. Vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM Deel 1*, Antwerpen-Oxford: Intersalia 2005

Vegter, in: T&C Arbeidsrecht art. 1 AWGB

M.S.A. Vegter, 'Commentaar op art. 1 AWGB' in: J.M. Vegter & M.S.A. Vegter, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2015 (online, laatst bijgewerkt op 11 april 2016).

Verkade 2009

D. W. F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten*, Deventer: Deventer : Kluwer 2009.

Vissers e.a. 2014

T. Vissers e.a., 'Crying wolf? On the price discrimination of online airline tickets', *7th Workshop on Hot Topics in Privacy Enhancing Technologies (HotPETs 2014)*, 2014.

Zarsky 2015

T. Zarsky, 'Understanding discrimination in the scored society', *Washington Law Rev* 2014-4, 2014.

Zarsky 2016

T. Zarsky, 'The Trouble with Algorithmic Decisions An Analytic Road Map to Examine Efficiency and Fairness in Automated and Opaque Decision Making', *Science, Technology & Human Values* 2016-1, 2016, p. 118-132.

Zarsky 2016

T. Zarsky, *Automation, Correlation and Causation: Launching a Policy Discussion*, 2016, (Online via: <http://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2016/06/10/automation-correlation-and-causation-launching-a-policy-discussion/>).

Zuiderveen Borgesius 2015a

F.J. Zuiderveen Borgesius, 'Online Price Discrimination and Data Protection Law', *APC2015: Amsterdam Privacy Conference*, 2015.

Zuiderveen Borgesius 2015b

F. J. Zuiderveen Borgesius, 'Personal data processing for behavioural targeting: which legal basis?', *International Data Privacy Law* 2015-3, 2015, p. 163-176.

Zuiderveen Borgesius 2016

F.J. Zuiderveen Borgesius, 'Singling out people without knowing their names—Behavioural targeting, pseudonymous data, and the new Data Protection Regulation', *Computer Law & Security Review* 2016-2, 2016, p. 256-271.

Zwenne, in: T&C Telecommunicatie- en privacyrecht art. 11.7a TW

G.J. Zwenne, 'Commentaar op art. 11.7a TW', in: P. Knol en G.J. Zwenne, *Tekst & Commentaar: Telecommunicatie- en privacyrecht*, Deventer: Kluwer 2015 (online, laatst bijgewerkt op 1 april 2015).

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 2006/07, 30 928, nr. 3 (memorie van toelichting).

Kamerstukken II 2010/11, 32 549, nr. 3 (memorie van toelichting).

Kamerstukken I 2011/12, 32549 (memorie van antwoord).

Kamerstukken II 2012/13, 33 520, nr 3 (memorie van toelichting).

Kamerstukken II 2013/14, 33 902, nr. 3 (memorie van toelichting).

Kamerstukken II 2014/15, 32 761, nr. 78 (brief van de Minister van Economische Zaken met nadere informatie over Big Data en privacy).

Jurisprudentie

HvJ EU 16-07-1998, C-210/96 (*Gut Spingenheide*).

HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98 (*Estée Lauder/Lancaster*).

HvJ EU 24 november 2011, C-468/10 en C-469/10.

HvJ EU 19 september 2013, C-435/11.

EHRM 8 april 2014, 17120/09 (*Dhabi/Italië*).

Overige bronnen

ACM, *Veelgestelde vragen over de cookiewet*, juli 2015 (Online via: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14496/Veelgestelde-vragen-over-de-cookiebepaling/>, laatst geraadpleegd op 01 mei 2016).

ACM, *Oneerlijke handelspraktijken: weglaten of verstoppen van belangrijke informatie* (Online via: <https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/consumentenrecht/oneerlijke-handelspraktijken/weglaten-of-verstoppen-van-belangrijke-informatie/>, laatst geraadpleegd op 23 april 2016).

Artikel 29- Werkgroep, ‘opinion 4/2007 on the concept of personal data’, 20 juni 2007.

Artikel 29- Werkgroep, ‘opinion 2/2010 on online behavioural advertising’, 22 juni 2010.

Artikel 29- Werkgroep, ‘opinion 5/2014 on “anonimisation techniques”’, 10 april 2014.

Artikel 29- Werkgroep, ‘opinion 6/2014 on the “Notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of directive 95/46/EC”’, 9 april 2014.

CBP, *Onderzoek CBP naar het combineren van persoonsgegevens door Google*, 25 november 2013.

CBP, *Onderzoek naar de verwerking van persoonsgegevens door YD voor behavioural targeting*, 27 maart 2014.

OECD (2015), *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and WellBeing*, Paris: OECD Publishing 2015, p. 220-222.

Raad van Europa, *Handboek over het Europese non-discriminatierecht*, 2011 Luxembourg: Publications Office 2011.