

Het consumentenrecht en het gegevensbeschermingsrecht

Citation for published version (APA):

Berlee, A., & Op Heij, D. J. B. (2023). Het consumentenrecht en het gegevensbeschermingsrecht: Waar het complementeert en waar het schuurt. In W. van Boom, B. Akkermans, C. Bollen, T. de Graaf, S. van Gulijk, C. Jansen, C. Klaassen, M. Loos, C. Pavillon, R. Rijnhout, H. Schelhaas, & M. Snel (Eds.), *Vooruitgedenkboek Burgerlijk Wetboek 1992-2022* (1 ed., pp. 93-111). Boom Juridisch.

Document status and date:

Published: 21/03/2023

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

<https://www.ou.nl/taverne-agreement>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 16 Feb. 2025

Open Universiteit
www.ou.nl



**BURGERLIJK
WETBOEK**
1992 - 2022

**WOOORR
GEBR
BOEK**

Willem van Boom	Bram Akkermans	Carlos Bollen
Tycho de Graaf	Stéphanie van Gulijk	Chris Jansen
Carla Klaassen	Marco Loos	Charlotte Pavillon
Rianka Rijnhout	Harriët Schelhaas	Marnix Snel

Boomjuridisch

VOORUITGEDENKBOEK BURGERLIJK WETBOEK 1992-2022

Onder redactie van:

Willem van Boom (Nijmegen)
Bram Akkermans (Maastricht)
Carlos Bollen (Aruba)
Tycho de Graaf (Leiden)
Stéphanie van Gulijk (Tilburg)
Chris Jansen (Amsterdam VU)
Carla Klaassen (Nijmegen)
Marco Loos (Amsterdam UvA)
Charlotte Pavillon (Groningen)
Rianka Rijnhout (Utrecht)
Harriët Schelhaas (Rotterdam)
Marnix Snel (Curaçao/Nijmegen)

Boom juridisch
Den Haag
2023

HET CONSUMENTENRECHT EN HET GEGEVENS BESCHERMINGSRECHT

Waar het complementeert en waar het schuurt

Anna Berlee en Daniëlle Op Heij

6.1 INLEIDING*

De eerste e-mail werd in 1971 en daarmee al circa twintig jaar vóór de invoering van het NBW in 1992 verstuurd. Het wereldwijde web, zoals we dat heden ten dage in de kern kennen, kwam echter pas in 1991 op gang. De allereerste ‘App Store’ was net ontwikkeld, maar nog niet getoond aan het grote publiek en het zou nog tot 2008 duren voordat Apple’s *App Store* en Google’s *Android Market* – de voorloper van *Google Play* – werden geïntroduceerd. Het is dan ook niet verwonderlijk dat in de parlementaire geschiedenis van het NBW geen aandacht uitging naar digitale inhoud of digitale diensten, zoals apps, software en gestreamde films, laat staan de levering daarvan in ruil voor persoonsgegevens. In 1992 stond zowel het consumentenrecht als het gegevensbeschermingsrecht nog in de (Europese) kinderschoenen.

Vanaf 1995 kwam er EU-regelgeving die de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens regelde (Richtlijn 95/46/EG). Deze werd opgevolgd in mei 2018 met het van toepassing worden van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG). Anderzijds zit de Uniewetgever ook niet stil op het gebied van het consumentenrecht; zo ging de laatste jaren veel aandacht uit naar overeenkomsten over digitale inhoud. De toename van het gebruik van digitale inhoud en digitale diensten door consumenten heeft invloed op de bescherming die consumenten nodig hebben, niet alleen op het terrein van het consumentenrecht, maar ook vanuit het gegevensbeschermingsrecht. De afname van digitale inhoud en digitale diensten gaat immers veelal gepaard met de verzameling van persoonsgegevens. Harmonisering door de EU vindt voor zowel het consumentenrecht als het gegevensbeschermingsrecht middels richtlijnen en verordeningen afzonderlijk

* Met dank aan Simone Huting en Astrid van Duijn voor commentaar op een eerdere versie van het stuk.

plaats. Wel wordt bijvoorbeeld in de consumentenrechtelijke Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten (Richtlijn (EU) 2019/770) expliciet verwezen naar de regels over het gegevensbeschermingsrecht¹ en vice versa.²

In de loop der jaren zijn het consumentenrecht en het gegevensbeschermingsrecht nauw met elkaar verbonden geraakt, met name door de grootschalige ontwikkelingen in de informatietechnologie. Hoewel de rechtsgebieden een andere soort bescherming voorstaan, bestaat belangrijke overlap tussen beide. Met overlap bedoelen wij dat er regels uit het gegevensbeschermingsrecht zijn met relevantie voor het consumentenrecht, dan wel regels uit het consumentenrecht die relevant zijn voor het gegevensbeschermingsrecht. De wisselwerking tussen deze rechtsgebieden brengt overlap tussen de toepasselijke regels met zich wanneer bijvoorbeeld een consument betaalt voor digitale inhoud of digitale diensten in de vorm van persoonsgegevens. Wij zullen ons in deze bijdrage concentreren op twee onderdelen waar zich overlap voordoet, namelijk (i) informatieplichten (par. 6.2) en (ii) digitale inhoud en digitale diensten in ruil voor persoonsgegevens (par. 6.3). Onze bijdrage wordt afgesloten in paragraaf 6.4.

6.2 INFORMATIEPLICHTEN IN HET CONSUMENTEN- EN GEGEVENSBESCHERMINGSRECHT

Op het gebied van informatieverplichtingen is de overlap tussen het consumentenrecht en het gegevensbeschermingsrecht heel duidelijk zichtbaar. Zoals Helberger e.a. treffend verwoorden is een kenmerk dat het consumentenrecht en het gegevensbeschermingsrecht verenigt de centrale rol van informatie als middel om informatieasymmetrieën te beperken en het individu mondiger te maken.³ Dat in het gegevensbeschermingsrecht boetes van grote omvang kunnen worden opgelegd wanneer informatie over privacy niet goed te begrijpen is,⁴ kan onzes inziens een prikkel vormen voor bedrijven om ook informatieplichten voortvloeiend uit het consumentenrecht beter na te leven en vice versa. Wij betogen dan ook dat de wisselwerking tussen informatieplichten in het consumenten- en gegevensbeschermingsrecht gunstig kan zijn voor de ontwikkeling van beide rechtsgebieden. Achtereenvolgens bespreken wij vanuit het perspectief van de consument die digitale

-
1. Considerans, overweging 37 Richtlijn (EU) 2019/770 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten.
 2. Considerans, overweging 42 AVG waar expliciet naar Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten wordt verwezen.
 3. Helberger, Zuiderveen-Borgesius & Reyna, *CMLR* 2017, p. 1427-1465.
 4. Zie ter illustratie de boete aan TikTok voor het schenden van de informatieverplichtingen jegens kinderen. Boetebesluit Autoriteit Persoonsgegevens, 9 april 2021: <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/boete-tiktok-vanwege-schenden-privacy-kinderen> (laatst geraadpleegd op 14 oktober 2022).

inhoud of digitale diensten afneemt belangrijke informatieplichten in het consumentenrecht en het gegevensbeschermingsrecht.

Informatieplichten in het consumentenrecht

Wanneer digitale inhoud of digitale diensten in ruil voor persoonsgegevens worden verstrekt, gelden er informatieplichten die voortvloeien uit consumentenrechtelijke regelgeving. De meest actuele richtlijn die regels geeft op (onder meer) dit terrein is de Moderniseringsrichtlijn (2019/2161).⁵ Het toepassingsbereik van bestaande regels is middels deze richtlijn uitgebreid. Artikel 6:230h lid 1 BW luidde voor de wijziging enkel dat de afdeling met bepalingen voor overeenkomsten tussen handelaren en consumenten van toepassing is op overeenkomsten tussen een handelaar en een consument. In het aangepaste artikel 6:230h lid 1 (onder a en b) BW is aangevuld dat een dergelijke overeenkomst zowel ziet op het geval waarin de consument een prijs betaalt als het geval waarin digitale inhoud niet wordt geleverd op een materiële drager of een digitale dienst verricht wordt in ruil voor persoonsgegevens.⁶ Enige onduidelijkheid over of, en zo ja de mate waarin, het dwingende consumentenrecht uit Boek 6 BW van toepassing is op overeenkomsten waarbij het gaat om (enkel) digitale diensten of waarbij het een 'gratis' dienst betreft maar toestemming voor gegevensverwerking wordt gegeven, is daarmee weggenomen.⁷

Daarnaast zijn op basis van de Moderniseringsrichtlijn wijzigingen aangebracht in artikel 6:230m BW. Dit artikel ziet op de informatie die aan de consument op een duidelijke en begrijpelijke wijze dient te worden verstrekt, voordat hij gebonden is aan een overeenkomst op afstand of buiten de verkooppriimte. Artikel 6:230m BW bevatte reeds voor implementatie van de Moderniseringsrichtlijn twee categorieën die specifiek zien op digitale inhoud, namelijk 'de functionaliteit van digitale inhoud met inbegrip van toepasselijke technische beveiligingsvoorzieningen' (onder r) en 'de relevante interoperabiliteit van digitale inhoud met hardware en software waarvan de handelaar op de hoogte is of redelijkerwijs kan worden verondersteld op de hoogte te zijn' (onder s). Deze zijn naar aanleiding van de implementatie van de Moderniseringsrichtlijn van toepassing op zowel een zaak met digitale elementen (embedded software⁸), digitale inhoud (zoals apps) als een digi-

5. Zie onder meer hierover: Loos, *NtEr* 2018, p. 153. Zie ook Den Butter, *Juridisch up to Date* 2020.

6. Dit is slechts anders wanneer de verstrekte persoonsgegevens enkel worden verwerkt voor het leveren van de digitale inhoud of de digitale dienst of om de handelaar in staat te stellen te voldoen aan de wettelijke vereisten en de gegevens voor geen ander doel worden verwerkt.

7. Let wel op de uitzondering in art. 6:230h lid 1 onder b BW: '(...) tenzij de door de consument verstrekte persoonsgegevens uitsluitend worden verwerkt door de handelaar voor het leveren van de digitale inhoud die niet op een materiële drager wordt geleverd of voor het verrichten van de digitale dienst of om de handelaar in staat te stellen te voldoen aan de op hem van toepassing zijnde wettelijke vereisten, en de handelaar die gegevens voor geen ander doel verwerkt'.

8. Een voorbeeld is een wasmachine met ingebouwde software.

tale dienst (toegang tot een gestreamde film). Er zijn ook specifieke informatieplichten opgenomen indien het een overeenkomst op afstand of een overeenstemmend aanbod op een onlinemarktplaats⁹ betreft.¹⁰ Voorbeelden zijn informatie over de belangrijkste rangschikking van aanbiedingen¹¹ en de vraag of de derde die de zaken, diensten of digitale inhoud aanbiedt wel of geen handelaar is¹² en of dus het EU-consumentenbeschermingsrecht van toepassing is. Het niet verstrekken van deze informatie leidt tot een misleidende omissie en dus een oneerlijke handelspraktijk.¹³ Ook essentieel is informatie over of en hoe de handelaar verzekert dat de gepubliceerde beoordelingen (reviews) afkomstig zijn van consumenten die het product daadwerkelijk hebben gebruikt of aangekocht (in de zin van art. 6:193d lid 2 BW).¹⁴ Deze wijziging betreft een belangrijke vernieuwing die gehoor geeft aan het belang van (eerlijke) reviews voor consumenten in de hedendaagse maatschappij.

Informatieplichten in het gegevensbeschermingsrecht

Een van de kernbeginselen van de AVG is dat persoonsgegevens moeten worden verwerkt op een wijze die ten aanzien van de betrokkene rechtmatig, behoorlijk en transparant is.¹⁵ Het transparantiebeginsel roert zich op drie kerngebieden:¹⁶

1. de verstrekking van informatie aan betrokkenen in verband met een behoorlijke verwerking;
2. de wijze waarop verwerkingsverantwoordelijken communiceren met betrokkenen over hun rechten uit hoofde van de AVG; en
3. de wijze waarop verwerkingsverantwoordelijken betrokkenen helpen om hun rechten uit te oefenen.

Hier wordt uitwerking aan gegeven in met name de artikelen 12 t/m 14 AVG die zien op de informatieverstrekking aan de betrokkene en in artikelen 15 t/m 22 AVG ten aanzien van de communicatie over de rechten van betrokkenen en in artikel 34 AVG betreffende de melding van een datalek aan betrokkene.¹⁷ We concentreren ons op de informatieverplichtingen die de verwerkingsverantwoordelijke

9. De definitie van onlinemarktplaats is opgenomen in art. 6:230g lid 1 onder u BW: 'dienst die gebruikmaakt van software, waaronder een website, een deel van een website of een door of namens de handelaar beheerde applicatie, die consumenten in staat stelt een overeenkomst op afstand te sluiten met andere handelaren of consumenten'.

10. Aanvulling art. 6bis in de Richtlijn consumentenrechten (2011/83/EU).

11. Art. 6:193e lid 2 BW.

12. Art. 6:193e lid 1 onder f BW.

13. Loos, *NtEr* 2019, p. 141.

14. Art. 6:193e lid 3 BW.

15. Art. 5, lid 1, onder a) AVG.

16. WP29 Groep, Richtsnoeren inzake transparantie overeenkomstig Verordening (EU) 2016/679, p. 4.

17. Voor de vereisten met betrekking tot de melding aan de toezichthouder, zie art. 33 AVG.

(lees: de verkoper of dienstverlener) heeft in het geval van de verkoop van digitale inhoud of een digitale dienst waarbij deze persoonsgegevens verwerkt.¹⁸

De verwerkingsverantwoordelijke moet passende maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat de consument de noodzakelijke informatie in ‘een beknopte, transparante, begrijpelijke en gemakkelijk toegankelijke vorm en in duidelijke en eenvoudige taal ontvangt, in het bijzonder wanneer de informatie specifiek voor een kind bestemd is’.¹⁹ Kinderen worden namelijk als een kwetsbare groep gezien in de AVG.²⁰ Dit heeft ook gevolgen voor de uitleg van wat dient te worden verstaan onder het in begrijpelijke taal informeren van de betrokkene. Zo legde de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) in 2021 nog een bestuurlijke boete op aan TikTok voor het schenden van de informatieverplichtingen uit de AVG.²¹ Onder ‘begrijpelijk’ wordt verstaan dat de informatie begrepen moet kunnen worden door een gemiddeld lid van het beoogde publiek.²² Hierbij wordt aangesloten bij de uitleg die aan begrijpelijke taal moet worden gegeven in het consumentenrecht.²³ Ook het vereiste van ‘duidelijke en eenvoudige taal’ is het consumentenrecht niet vreemd.²⁴

De specifieke gegevens die moeten worden verstrekt aan de consument die in ruil voor persoonsgegevens een overeenkomst voor digitale inhoud of een digitale dienst aangaat, zien (in de vorm van een privacybeleid / privacy policy²⁵) onder meer op de informatie met betrekking tot de identiteit en contactgegevens van de verwerkingsverantwoordelijke,²⁶ de doeleinden van de verwerking²⁷ en de rechtsgrond van de verwerking.²⁸ Hierbij moet duidelijk worden gemaakt dat de doeleinden van de verwerking, wanneer het gaat om de verwerking van persoonsgegevens in ruil voor een dienst of digitale inhoud, verschillen van de doeleinden van

18. Al dan niet in de vorm van verwerking als tegenprestatie.

19. Art. 12 lid 1 AVG.

20. Considerans, overweging 75 AVG.

21. Autoriteit Persoonsgegevens, Boetebesluit TikTok, 9 april 2021. De boete van € 750.000 werd opgelegd omdat TikTok twee jaar lang kinderen niet in begrijpelijke taal informeerde over de verwerking van hun persoonsgegevens. Het privacybeleid van TikTok was gedurende die twee jaar alleen beschikbaar in het Engels en niet in het Nederlands.

22. WP29 Groep, Richtsnoeren inzake transparantie overeenkomstig Verordening (EU) 2016/679, p. 8. Overweging 60 AVG spreekt over dat rekening moet worden gehouden met de ‘specifieke omstandigheden en de context waarin de persoonsgegevens worden verwerkt’.

23. Dit wordt nog bevestigd door de richtsnoeren van de WP29 Groep waarin staat dat als een verwerkingsverantwoordelijke onzeker is over de mate van begrijpelijkheid hij of zij dit kan testen met behulp van ‘bijvoorbeeld (...) consumentenorganisaties’.

24. Zie bijvoorbeeld art. 5 Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (geconsolideerde versie).

25. Ook deze mag geen oneerlijke bedingen inhouden. In de AVG wordt daarvoor nog expliciet verwezen naar de Richtlijn oneerlijke bedingen, zie Considerans, overweging 42 AVG.

26. En in voorkomend geval de vertegenwoordiger daarvan. Art. 13 lid 1 onder a jo. art. 14 lid 1 onder a AVG.

27. Art. 13 lid 1 onder c jo. art. 14 lid 1 onder c AVG.

28. Art. 13 lid 1 onder c jo. art. 14 lid 1 onder c AVG. Wanneer de rechtsgrond het gerechtvaardigd belang van de verwerkingsverantwoordelijke of een derde is, dan een specificatie van de desbetreffende gerechtvaardigde belangen (art. 13 lid 1 onder d jo. art. 14 lid 2 onder b AVG).

de verwerking van persoonsgegevens die nodig zijn ter uitvoering van de overeenkomst die wordt aangegaan tussen consument en wederpartij. Het zal in voorkomend geval ook gaan om andere persoonsgegevens dan die worden verwerkt ter uitvoering van de overeenkomst.²⁹

Met betrekking tot de vorm waarin de informatie wordt weergegeven wordt in de AVG overwogen dat gebruik kan worden gemaakt van gestandaardiseerde icoontjes.³⁰ Een voorbeeld is de door Apple eind 2020 toegevoegde icoontjes en informatie in zijn App Store waarin informatie over het gebruik van persoonsgegevens inzichtelijk wordt gemaakt. Hiermee kwam Apple tegemoet aan de oproep van 27 internationale consumententoezichthouders, waaronder de Autoriteit Consument & Markt (ACM).³¹ Wanneer deze icoontjes elektronisch weergegeven worden, moeten ze ook machineleesbaar zijn.³² In voorkomend geval kunnen aanvullend visualisaties worden gebruikt om een en ander duidelijker te maken.³³ De verstrekking van de informatie die bijvoorbeeld tot het publiek is gericht mag via een website worden weergegeven.³⁴

Zowel het consumentenrecht als het gegevensbeschermingsrecht kennen informatieverplichtingen voor de aanbieder respectievelijk verwerkingsverantwoordelijke. De inhoud van de bepalingen komt in grote mate overeen, waardoor de maatstaf die moet worden aangelegd in beide gevallen gelijk is. Of het nu gaat om essentiële informatie uit hoofde van het consumentenrecht of gegevens betreffende de verwerking van persoonsgegevens: de informatie moet voor de consument/betrokkene in duidelijke en eenvoudige bewoordingen worden verstrekt. Deze overlap maakt het mogelijk dat voor de interpretatie van deze bepalingen ook de afbake-

29. De meest passende grondslag voor die verwerking is immers art. 6 lid 1 onder b AVG ('de verwerking is noodzakelijk voor de uitvoering van een overeenkomst waarbij de betrokkene partij is, of om op verzoek van de betrokkene vóór de sluiting van een overeenkomst maatregelen te nemen;') en niet toestemming van de betrokkene (art. 6 lid 1 onder a) AVG). Zie ook Richtsnoeren 2/2019 betreffende de verwerking van persoonsgegevens op grond van art. 6 lid 1 onder b AVG in het kader van de verlening van onlinediensten aan betrokkenen.

30. Zie ook Considerans, overweging 166 AVG. ('teneinde op goed zichtbare, begrijpelijke en duidelijk leesbare wijze de zin van de voorgenomen verwerking weer te geven.')

31. De International Consumer Protection and Enforcement Network (ICPEN), zie <https://icpen.org/news/1129> (laatst geraadpleegd op 14 oktober 2022).

32. Considerans, overweging 60 AVG.

33. Considerans, overweging 58 AVG.

34. Ibid. 'Dit geldt in het bijzonder voor situaties waarin het vanwege zowel het grote aantal actoren als de technologische complexiteit van de praktijk voor een betrokkene moeilijk is te weten en te begrijpen of, door wie en met welk doel zijn persoonsgegevens worden verzameld, zoals bij onlineadvertenties.'

ning en uitleg zoals gegeven aan die bepalingen uit het andere rechtsgebied relevant kunnen zijn.³⁵

6.3 DIGITALE INHOUD EN DIENSTEN IN RUIL VOOR PERSOONSGEGEVENS

Steeds vaker worden digitale inhoud en digitale diensten aan consumenten ‘gratis’ aangeboden. Gratis betekent dat er geen geldelijke tegensprestatie tegenover staat. Bij de levering van deze ‘gratis’ digitale inhoud of diensten wordt aan de consument om toestemming voor de verwerking van diens persoonsgegevens gevraagd. Het gaat dan niet om de persoonsgegevens die nodig zijn om te worden verwerkt ter uitvoering of totstandkoming van de overeenkomst,³⁶ maar om de toestemming voor de verwerking van diezelfde of andere persoonsgegevens ten behoeve van een ander (commercieel) doel van de aanbieder.³⁷ De verwerking van de persoonsgegevens van de consument is daarmee de tegenprestatie voor de digitale inhoud of digitale dienst geworden.³⁸ De verwerking van (die) persoonsgegevens is dus *niet nodig* voor het functioneren van de digitale inhoud of levering van de dienst.³⁹ Een voorbeeld is de zaklamp-app die toestemming vraagt om uw locatie bij te hou-

35. Zie in dit kader ook de ontwikkelingen op basis van een rapport van BEUC waarna een klacht bij de Europese Commissie volgde inzake de veranderingen van het privacy policy van Whatsapp die volgens BEUC ook het consumentenrecht raken, maar overduidelijk ook een gegevensbeschermingsrechtelijke component hebben. Zie BEUC, ‘What’s up with WhatsApp? An assessment of WhatsApp’s practices in the light of EU consumer protection rules’, BEUC-PR-2021-026 (juli 2021), De stand van zaken op het moment van afronden van deze bijdrage is te vinden via <https://perma.cc/S6TZ-7EWM> (laatst geraadpleegd op 28 oktober 2022).

36. Deze verwerking is gerechtvaardigd zonder toestemming van de betrokkene, namelijk op basis van art. 6 lid 1 onder b AVG. In dit geval valt deze verwerking ook buiten de werkingssfeer van de Richtlijn consumentenrechten, zie *Kamerstukken II 2021/22, 35940*, nr. 3 (MvT), p. 14.

37. Voorbeelden zijn het bundelen van persoonsgegevens die worden verzameld om te worden doorverkocht (Helberger, Zuiderveen-Borgesius & Reyna, *CMLR 2017*, p. 1427-1465) of gebruikt om de interactie met de digitale dienst te verbeteren of te intensiveren (‘misschien vind je dit ook interessant’) of de verwerking ten behoeve van het gericht reclame maken voor eigen soortgelijke diensten en producten (Helberger e.a., p. 4). In dit geval past de b-grondslag niet, zie ook EDPB, *Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects*, p. 14 e.v.

38. Zie hierover: Prins, *NJB 2016/339*. Voor een uitgebreidere weergave van de verschillende standpunten ten aanzien van de vraag of persoonsgegevens als handelswaar mogen of moeten worden gezien en of andersoortige bescherming nodig is, waarbij ook specifiek aandacht is voor de discussie zoals gevoerd in Nederland, zie Olsthoorn 2021.

39. Dit kan in sommige gevallen problematisch zijn; zo is de toestemming niet vrijelijk verleend indien de uitvoering van de overeenkomst, daaronder begrepen het verlenen van een dienst, afhankelijk is van de toestemming ondanks het feit dat dergelijke toestemming niet noodzakelijk is voor die uitvoering, het zogenoemde ‘koppelverbod’, van art. 7 lid 4 AVG en uitgelegd in Considerans, overweging 43 AVG. Zie uitgebreider over het koppelverbod Kostić & Vargas Penagos, *Computerrecht 2017/153*, p. 217-222.

den en te verwerken.⁴⁰ Een zekere juridische erkenning van deze praktijk heeft al plaatsgevonden in ons BW via het consumentenrecht. In het bijzonder kan dan worden gedacht aan de implementatiewetgeving betreffende de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten (Richtlijn (EU) 2019/770)⁴¹ en de reeds aangehaalde Moderniseringsrichtlijn (Richtlijn (EU) 2019/2161).⁴²

Vóór de implementatie van de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten werden bestaande bepalingen in het BW toegepast op overeenkomsten tot levering van digitale inhoud. Het toepassen van bestaande bepalingen in het BW op nieuwe technologieën heeft zowel voor- als nadelen. Een voordeel is dat de bepalingen reeds bekend zijn bij praktijkjuristen en dus rechtspraak voorhanden is die mogelijk analoog kan worden toegepast op nieuwe technologische innovaties. Anderzijds is er de vraag of een analoge toepassing niet tot te veel interpretatievraagstukken kan leiden. Er kan onzekerheid ontstaan in de toepassing van bestaand recht naar aanleiding van nieuwe technologische ontwikkelingen.⁴³ Op de periode waarin enkel bestaande regels uit het BW werden toegepast op overeenkomsten tot levering van digitale inhoud wordt hierna ingegaan. Daaropvolgend worden de regels uit de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten besproken. Vervolgens wordt gekeken naar de wijze waarop het gegevensbeschermingsrecht de praktijk van ‘betalen met persoonsgegevens’ met moeite lijkt te accepteren. In het bijzonder de toezichthouders op Europees en nationaal niveau hebben moeite met het omarmen van het betalen met persoonsgegevens, en zoeken – op eigen wijze – naar de inbedding daarvan in het gegevensbeschermingsrecht.

Vorstadium: introductie digitale inhoud in het BW

Met de inwerkingtreding van de implementatiewet Richtlijn consumentenrechten (2011/83/EU) op 13 juni 2014 werd het begrip ‘digitale inhoud’ in het BW geïntroduceerd. De definitie van digitale inhoud is neergelegd in artikel 6:230g lid 1 onder

40. Het enkele vragen om toestemming voor een verwerking ontslaat een verwerkingsverantwoordelijke er niet van om de overige vereisten die voortvloeien uit de AVG na te leven, zoals het hebben van een gerechtvaardigd doeleinde voor de verwerking en het toetsen van de proportionaliteit van de verwerking. Zie ook EDPB, *Guidelines 05/2000 on consent under Regulation 2016/679*, p. 5. Indien de gegevensverwerking heimelijk plaatsvindt, zonder voorafgaande toestemming van de gebruiker (of een van de andere grondslagen) is deze hoe dan ook onrechtmatig. Zie voor een Amerikaans voorbeeld bijv. www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2013/12/android-flashlight-app-developer-settles-ftc-charges-it-deceived-consumers (laatst geraadpleegd op 1 december 2022).

41. Hoewel in overweging 24 van de considerans expliciet is opgenomen: ‘Hoewel deze richtlijn volledig onderkent dat de bescherming van persoonsgegevens een grondrecht is en dat persoonsgegevens dan ook niet kunnen worden beschouwd als een goed, moet deze richtlijn waarborgen dat consumenten bij zulke bedrijfsmodellen recht hebben op contractuele remedies.’ Zie Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten (Richtlijn (EU) 2019/770). *Stb.* 2022, 164 (gepubliceerd op 26 april 2022)

42. Implementatiewet richtlijn modernisering consumentenbescherming, *Stb.* 2022, 157.

43. Vgl. Bennett Moses, *University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy* 2007, p. 250.

i BW: 'gegevens die in digitale vorm geproduceerd en geleverd worden'.⁴⁴ Er is toen ook aandacht besteed aan de vormgeving van artikel 7:5 lid 5 BW, op basis waarvan de consumentenkooptitel uit Boek 7 BW van toepassing werd verklaard op overeenkomsten tot levering van digitale inhoud.⁴⁵ In eerste instantie werd de passage over digitale inhoud in artikel 7:5 lid 5 BW zodanig geformuleerd dat hieronder ook gestreamde digitale inhoud (zoals films via Netflix of muziek via Spotify) zou vallen. Er wordt dan enkel toegang verschaft tot de gestreamde digitale inhoud. De toepasselijkheid van de consumentenkooptitel uit Boek 7 BW op gestreamde digitale inhoud werd kritisch ontvangen.⁴⁶ Uiteindelijk heeft de regering op 10 november 2014 een voorstel voor een reparatiewet van artikel 7:5 lid 5 BW ingediend.⁴⁷ Op basis van de aangepaste tekst viel nog enkel digitale inhoud die niet op een materiële drager wordt geleverd onder de consumentenkooptitel wanneer deze (i) is geïndividualiseerd en (ii) er feitelijke macht over kan worden uitgeoefend.⁴⁸ Deze vereisten sloten aan bij het arrest *Beeldbrigade* uit 2012 waarin standaardsoftware (die geïndividualiseerd was en waarover feitelijke macht kon worden uitgeoefend) onder de kooptitel werd gebracht.⁴⁹ De aanscherping van artikel 7:5 lid 5 BW had tot gevolg dat de consument die gebruikmaakte van gestreamde digitale inhoud niet werd beschermd door het dwingende consumentenkooprecht. Hij viel terug op de regels uit Boek 6 BW.⁵⁰

Regels uit de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten (Richtlijn (EU) 2019/770) en de implementatie in de nieuwe titel 7.1AA BW

Het toepassen van bestaande bepalingen uit Boek 6 en 7 BW op overeenkomsten over digitale inhoud en digitale diensten is recent gewijzigd naar aanleiding van de implementatie van de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten (Richtlijn (EU) 2019/770). De richtlijn is samen met de Richtlijn verkoop goederen (Richtlijn (EU) 2019/771) in werking getreden op 11 juni 2019.⁵¹ De datum waarop de regels in de nationale wetgeving moesten zijn geïmplementeerd was 1 juli 2021.⁵² In

44. Ter implementatie van art. 2 onderdeel 11 Richtlijn consumentenrechten (2011/83/EU).

45. *Kamerstukken II* 2012/13, 33520, nr. 3, p. 57.

46. Jeloschek & Van Druenen, *IR* 2013 p. 41; E. Neppelenbroek, *NJB* 2013/201; M.B.M. Loos, *NJB* 2013/2255, p. 2684-2685.

47. *Kamerstukken II* 2014/15, 34071, 2.

48. Op Heij, *TvC* 2015, p. 57.

49. HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301, *TvC* 2013, afl. 1, p. 49 m.nt. M.Y. Schaub, r.o. 3.5.

50. *Handelingen I* 2013/14, nr. 22, item 4, p. 2.

51. www.eumonitor.nl/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vkyq6dewm5xw (laatst geraadpleegd op 1 december 2022).

Zie over de verhouding tussen de richtlijn en de AVG: Spierings, *MvV* 2019.

52. www.eumonitor.nl/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vkyq6dewm5xw (laatst geraadpleegd op 1 december 2022).

Nederland is deze datum niet gehaald. De regels zijn op 26 april 2022 in het *Staatsblad* gepubliceerd.⁵³

De Richtlijn digitale inhoud bevat belangrijke regels over non-conformiteit en remedies in geval van gebrekkige digitale inhoud en digitale diensten en vult een juridische leemte zoals hierboven geschetst.⁵⁴ Gestreamde muziek en films, die niet onder de bescherming van de consumentenkooptitel van Boek 7 BW vielen, vallen daar nu wel onder. Zij worden gekwalificeerd als digitale diensten. Voor zowel digitale inhoud als digitale diensten geldt hetzelfde regime. Omdat een dienst geen goed is en digitale inhoud en digitale diensten ook in ruil voor persoonsgegevens kunnen worden verkregen, zijn de regels uit de richtlijn geïmplementeerd in een nieuwe titel (7.1AA) van het BW.⁵⁵

Het toepassingsbereik van de regels uit de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten (Richtlijn (EU) 2019/770) is daarmee breed. De regels uit de richtlijn zijn dus niet alleen van toepassing wanneer een prijs in geld is betaald, maar ook wanneer de consument in ruil voor de digitale inhoud persoonsgegevens verstrekt.⁵⁶ Dit is een belangrijke vernieuwing ten opzichte van het huidige BW waarin koop volgens de wettekst van artikel 7:1 BW de overeenkomst is waarbij de een zich verbindt een zaak te geven en de ander om daarvoor een prijs in geld te betalen. Hoewel op basis van de bestaande wetsartikelen in Boek 7 BW geredeneerd kon worden dat ook 'gratis' digitale inhoud onder de kooptitel kon worden geschaard,⁵⁷ wordt de toepasselijkheid van dwingende regels in geval van digitale inhoud en digitale diensten in ruil voor persoonsgegevens nu geëxpliciteerd.⁵⁸ De consument heeft dus ook wanneer in ruil voor persoonsgegevens digitale inhoud of een digitale dienst wordt verkregen recht op een deugdelijk product en hij moet aanspraak kunnen maken op rechtsmiddelen.⁵⁹ Die verduidelijking komt ten goede aan de rechtspositie van de consument. De toezichthouders op de naleving van het gege-

53. *Stb.* 2022, 164.

54. *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 3.

55. *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 6.

56. Art. 3 lid 1 Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten (Richtlijn (EU) 2019/770).

57. Op basis van art. 7:49 en 7:50 BW. Zie Loos, *NTBR* 2011/81, par. 3.2.

58. Art. 50ab lid 1 onder b van de nieuwe titel 7.1AA BW.

59. *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 10.

vensbeschermingsrecht⁶⁰ zijn echter minder enthousiast, zoals nader wordt besproken in de volgende paragraaf.

De kritische Europese en nationale toezichthouder

Met de Richtlijn digitale inhoud is vastgelegd dat de verwerking van persoonsgegevens van de consument, tevens betrokkene,⁶¹ als tegenprestatie voor de levering van digitale inhoud of diensten kan gelden. Dit gaat in tegen het advies van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming (EDPS) die adviseerde deze stap niet te zetten in zijn advies op de richtlijn.⁶² De 'commodificatie' van het fundamentele recht op de bescherming van persoonsgegevens leverde principiële bezwaren op vanuit het gegevensbeschermingsrecht. De bescherming van persoonsgegevens is een fundamenteel recht, en dat valt niet te vergelijken met geld of een geldelijke tegenprestatie, aldus de EDPS. Het enkele feit dat er een markt is gekomen voor persoonsgegevens betekent nog niet dat deze markt gelegitimeerd moet worden met regelgeving. Er bestaat immers ook een markt voor orgaandonatie.⁶³ Voorts wordt daarmee, zo stelt de Autoriteit Persoonsgegevens, de keuze voor de consument of deze zijn of haar geld wil besteden of een inbreuk op diens grondrechten toestaat. Daarmee ontstaat het risico dat mensen met minder geld onder druk komen te staan om de bescherming van hun persoonsgegevens op te

60. De Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming (EDPS) ziet toe op de naleving van Verordening (EU) 2018/1725 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2018 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door de instellingen, organen en instanties van de Unie en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 45/2001 en Besluit nr. 1247/2002/EG. De Autoriteit Persoonsgegevens ziet onder andere toe op de naleving van Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (AVG) en de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming (UAVG), *Stb.* 2018, 144. De verschillende nationale toezichthouders en de EDPS zijn verenigd in Europees verband in het Europees Comité voor gegevensbescherming (European Data Protection Board – EDPB).

61. De betrokkene is de natuurlijke persoon waarvan de persoonsgegevens worden verwerkt. Zie art. 4 onder a AVG.

62. EDPS Opinion 4/2017, p. 7. Zie in gelijke zin EDPB Statement 05/2021 on the Data Governance Act in light of the legislative developments (19 mei 2021), p. 4. EDPB-EDPS Joint Opinion 2/2022 on the Proposal of the European Parliament and of the Council on harmonized rules on fair access to and use of data (Data Act) (4 mei 2022), punt 15. EDPS Opinion 4/2017, p. 9. Hoewel de EDPS aanzienlijk positiever was over de moderniseringsrichtlijn aangezien deze de bescherming zoals die bestond onder de richtlijn digitale inhoud doortrok naar de levering van digitale diensten in ruil voor persoonsgegevens. Zie EDPS Opinion 8/2018 on the legislative package 'A New Deal for Consumers', punt 21.

63. EDPS Opinion 4/2017, p. 7.

geven.⁶⁴ Daarnaast weet de consument die betaalt met geld precies wat hij of zij geeft, maar hetzelfde kan niet worden gezegd over de consument die betaalt met persoonsgegevens.⁶⁵ Hij krijgt met de algemene voorwaarden en privacyvoorwaarden niet altijd een volledig beeld van wat er precies voor persoonsgegevens worden verzameld en wat daarmee verder gebeurt, althans niet zonder daar eens goed voor te gaan zitten. Laatstelijk kan geld maar één keer worden uitgegeven, terwijl persoonsgegevens in potentie oneindig vaak kunnen worden vermenigvuldigd en verwerkt.⁶⁶ Geld en persoonsgegevens zijn aldus niet hetzelfde en doen alsof dit wel zo is, kan de consument op het verkeerde been zetten.⁶⁷

De Autoriteit Persoonsgegevens adviseert dat als consumentenbescherming wordt uitgebreid naar overeenkomsten waarbij de tegenprestatie in de praktijk de levering van persoonsgegevens inhoudt, deze erkenning van de praktijk ook in het consumentenrecht dient te worden opgevangen en op dit punt extra bescherming moet worden geboden. Het uitgangspunt van het consumentenrecht is dat de consument bescherming verdient als zwakkere partij.⁶⁸ Wanneer persoonsgegevens over de consument worden verwerkt en het dwingende consumentenrecht van toepassing is, dan is de betrokkene niet 'zomaar' een betrokkene, maar een betrokkene *tevens* consument. Dat betekent dat, zo begrijpen wij de redenering van de AP, er wettelijke regels zouden moeten komen die verder (kunnen en moeten) gaan dan het gegevensbeschermingsrecht zou vereisen, omdat de positie van de betrokkene als consument dit vereist. Deze verdere bescherming moet dan worden geboden in het consumentenrecht.

Onredelijk bezwarende privacybedingen

Een vorm van dergelijke extra bescherming zou volgens de AP moeten worden gevonden in het opstellen van een lijst van onredelijk bezwarende privacybedin-

64. Autoriteit Persoonsgegevens, Advies wetsvoorstel Implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud, z2020-00162, p. 4. Met dien verstande dat dit risico met name bestaat als het gaat om een dienst of informatie die 'naar huidige maatstaven normaal gesproken beschikbaar is'. In dat geval zou eventueel het 'vrijelijke' karakter van de toestemming ook onder druk kunnen komen te staan, wanneer er geen alternatief wordt gegeven.

65. EDPS Opinion 4/2017, p. 9.

66. Zie over het punt van de oneindige vermenigvuldigingsmogelijkheid en de kwalificatie van persoonsgegevens in het recht ook Dommering, die daarom de discussie over eigendom over persoonsgegevens liever ziet gaan over *intellectuele* eigendom over persoonsgegevens. Zie onder andere Dommering, *MvV*, 2012, p. 22-26.

67. Zie ook Friedman, *New Mexico Law Review* 2008, afl. 1, p. 49-94. EDPS Preliminary Opinion on Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy, punt 80. EDPS Opinion 4/2017, p. 9-10; Zie Autoriteit Persoonsgegevens, Advies wetsvoorstel Implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud, z2020-00162, p. 5.

68. Zie ook hierover Rinkes, *AA* 2009, p. 380-386.

gen die de toestemming aantasten.⁶⁹ De AP is van oordeel dat het 'dringend gewenst is om vormen van toestemming als tegenprestatie te formuleren die vermoed worden onaanvaardbaar te zijn', in de zin van artikel 6:248 BW.⁷⁰ Een dergelijke invulling zou vernietigbaarheid van de toestemming/overeenkomst met zich meebrengen, wat, volgens de AP, een hogere mate van bescherming biedt dan alleen de mogelijkheid de toestemming in te trekken, de mogelijkheid die bestaat in het gegevensbeschermingsrecht (art. 7 lid 3 AVG).⁷¹ Het intrekken van de toestemming laat immers de rechtmatigheid van de verwerking op basis van toestemming tot het moment van intrekken in stand,⁷² in tegenstelling tot het inroepen van de vernietigbaarheid, aldus de AP.⁷³

Het voorstel van de AP raakt aan een van de weinige punten op het gebied van persoonsgegevensbescherming dat bij de totstandkoming van het NBW kort overwogen is, namelijk of een beding dat 'inbreuk maakt op het gebruiksrecht en/of de privacy van de consument' niet ook zou moeten worden toegevoegd aan de zwarte en/of grijze lijst.⁷⁴ Dit voorstel kwam destijds van de Consumentenbond en Stichting Konsumenten Kontakt, maar is afgewezen omdat van zodanige bedingen niet in het algemeen gezegd kan worden 'dat zij steeds of behoudens tegenbewijs onredelijk bezwarend zouden zijn'.⁷⁵

Het antwoord van de regering, ditmaal op het voorstel van de Autoriteit Persoonsgegevens, is in wezen niet anders. De regering stelt dat dit voorstel van de AP 'afbreuk [doet] aan andere overeenkomsten waarbij die toestemming als grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens geldt. Hiermee worden overeenkomsten bedoeld, waarvoor een gratis dienst of goed wordt geleverd in ruil voor het verstrekken van persoonsgegevens. Voorbeelden hiervan zijn het leveren van een

69. Specifiek zegt de AP: 'In het burgerlijk recht geldt als hoofdregel dat een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is, "voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn". Er zijn vormen van toestemming waarvan naar het oordeel van de AP op voorhand gesteld kan worden dat deze waarschijnlijk onaanvaardbaar zijn.' Autoriteit Persoonsgegevens, Advies wetsvoorstel Implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud, z2020-00162, p. 6.

70. De AP geeft meteen ook een lijst van vormen van toestemming die wellicht als onredelijk bezwarend kunnen worden gezien of vermoed: toestemming voor verwerkingen zonder duidelijke doelbeperking; toestemming voor de verwerking van bijzondere persoonsgegevens; toestemming die doorgifte aan derden niet begrenst in aantal en/of soort partijen; toestemming die doorgiften mogelijk maakt naar landen waar geen passend beschermingsniveau is; toestemming voor verwerkingen die niet of nauwelijks in de tijd zijn begrensd; toestemming waarbij de aard en omvang van de verwerkingen of van de daarbij betrokken derden onvoldoende duidelijk is gedefinieerd; en toestemming voor verwerking van bovenmatig veel persoonsgegevens, zie Autoriteit Persoonsgegevens, Advies wetsvoorstel Implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud, z2020-00162, p. 6-7.

71. Autoriteit Persoonsgegevens, Advies wetsvoorstel Implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud, z2020-00162, p. 6.

72. Art. 7 lid 3 AVG.

73. Die terugwerkende kracht heeft op grond van art. 3:53 BW.

74. Parl. Gesch. BW (Inv. 3, 5 en 6) Boek 6 1990, p. 1652.

75. Parl. Gesch. BW (Inv. 3, 5 en 6) Boek 6 1990, p. 1654.

“gratis” speelgoedauto, tennisballen of een zwangerschapsbox in ruil voor toestemming voor het verwerken van persoonsgegevens’.⁷⁶ Loos is, terecht, kritisch en vindt dat de regering daarbij het risico van de kans op misbruik bij digitale inhoud en dienstverlening ten opzichte van zwangerschapsboxen en tennisballen onderschat,⁷⁷ al was het maar vanwege het enorme verschil in de afnamemarkt voor digitale inhoud of diensten versus die voor zwangerschapsboxen en tennisballen.⁷⁸ Wij merken daarnaast op dat digitale inhoud en dienstverlening ook veelal het karakter draagt van een continue relatie tussen consument en aanbieder en niet enkel een eenmalige (en daarmee statische) verzameling van persoonsgegevens met zich meebrengt.⁷⁹ Een eenmalige verzameling kan weliswaar tot verwerkingen jaren daarna leiden,⁸⁰ maar is wezenlijk anders dan een stelselmatige verzameling en verwerking van persoonsgegevens die de verwerking van persoonsgegevens in het kader van digitale inhoud en diensten met zich mee kan brengen.⁸¹ Het potentiële risico is daarmee aanzienlijk groter in het kader van de levering van digitale inhoud dan bij de levering van fysieke goederen. Het antwoord van dertig jaar geleden herhalen voldoet heden ten dage dus wellicht niet meer. Wij zijn het met Loos eens dat de kans op misbruik bij digitale inhoud en dienstverlening niet moet worden onderschat.

Wij menen echter dat de suggestie van de AP om op voorhand vormen van toestemming vast te leggen in de wet die waarschijnlijk onaanvaardbaar zijn in de zin

76. *Kamerstukken II 2020/21*, 35734, nr. 3, p. 14. Zie ook *Kamerstukken II 2021/22*, 35940, nr. 3, p. 18.

77. Los van het punt dat het bij de verwerking van persoonsgegevens voor zwangerschapsboxen ook gaat om de verwerking van gezondheidsgegevens, een categorie van persoonsgegevens die als bijzonder wordt aangemerkt en in beginsel verboden is, zie art. 9 lid 1 AVG. De uitzondering op dit verbod zal overigens (in veel gevallen) worden gevonden in de uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene, zie art. 9 lid 2 onder a AVG.

78. Loos, *TvC 2021/4*, p. 225.

79. Zoals bij een zwangerschapsbox de verzameling van NAW-gegevens, e-mailadres en uitgerende datum en/of geslacht van de spruit; of in het geval van tennisballen, de NAW-gegevens, e-mailadres en de tennisclub waarbij men is aangesloten en op welk niveau men speelt. Er moet echter wel een onderscheid worden gemaakt tussen de verzameling van NAW-gegevens die nodig zijn om uitvoering te geven aan de overeenkomst en andere gegevens die niet noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de overeenkomst. Voor de eerste categorie is namelijk de grondslag niet toestemming ex art. 6 lid 1 onder a AVG maar art. 6 lid 1 onder b AVG: ‘de verwerking is noodzakelijk voor de uitvoering van een overeenkomst waarbij de betrokkene partij is, of om op verzoek van de betrokkene vóór de sluiting van een overeenkomst maatregelen te nemen’.

80. Denk aan het voorbeeld van het ontvangen van een gratis boterhammentrommel wanneer het kind vier jaar is geworden op basis van persoonsgegevens verwerkt in het kader van het aanvragen van een zwangerschapsbox, zie ‘Hoe een broodtrommel van Blue Band tot een bureaucratisch gevecht leidt over privacy’, *NRC* 29 mei 2020.

81. Waaronder ook het gebruik van de app, streamingsdienst en in sommige gevallen ook het gebruik van de rest van de telefoon/computer etc. Hierbij worden bij aanvang persoonsgegevens verzameld, maar ook tijdens het gebruik van de digitale inhoud of dienst. Ook hierbij dient weer een onderscheid te worden gemaakt naar persoonsgegevens die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de overeenkomst en persoonsgegevens die mogen worden verwerkt op grond van toestemming van de betrokkene.

van artikel 6:248 lid 2 BW niet het gewenste effect heeft.⁸² Allereerst is het gevolg van een dergelijk onaanvaardbaar beding in de zin van artikel 6:248 lid 2 BW dat het niet van toepassing is, en dus niet vernietigbaar zoals de AP meent.⁸³ Een dergelijk beroep zal ook niet snel slagen, omdat dit op gespannen voet staat met de contractsvrijheid van partijen.⁸⁴ Daarnaast is het wellicht niet het meest voor de hand liggende artikel om zich op te beroepen, omdat een dergelijk beding veelal is opgenomen in de algemene (privacy)voorwaarden. Daarom is onzes inziens artikel 6:233 onder a BW logischer. Het rechtsgevolg van een geslaagd beroep op dat artikel is dat het beding vernietigbaar is.⁸⁵ Vernietigbaarheid heeft echter volgens ons niet het door de AP gewenste effect. Het probleem is dat de vernietiging van de overeenkomst niet met zich mee kán brengen dat de toestemming in de zin van de AVG ook wordt vernietigd. De toestemming gegeven in het kader van de AVG kan niet worden vernietigd, enkel ingetrokken.⁸⁶ Het aansluiten bij de rechtsgevolgen in het burgerlijk recht zal dus enkel gevolgen hebben voor de overeenkomst, maar niet voor de grondslag voor de verwerking van de persoonsgegevens;⁸⁷ de toestemming van de betrokkene ex artikel 6 lid 1 onder a AVG. Het is belangrijk om in de gaten te houden dat het geven van toestemming voor een verwerking en een handtekening onder een overeenkomst zetten twee verschillende rechtshandelingen betreft met zelfstandig rechtsgevolg.⁸⁸ Het inroepen van vernietigbaarheid van de overeenkomst kan onzes inziens wel worden geïnterpreteerd als een intrekking van de toestemming.⁸⁹ De terugwerkende kracht kan echter niet worden bewerkstelligd. Het dwingende consumentenrecht kan daarmee dus maar beperkt

82. Los van de vraag of dit wel op lidstatelijk niveau geregeld kan worden. De regering toont zich echter bereid om de zorgen van de AP in Europa onder de aandacht te brengen. *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 16.

83. Zoals volgt uit art. 6:248 lid 2 BW en HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659, r.o. 3.7.

84. Art. 6:248 lid 2 BW dient terughoudend te worden toegepast, zie recent: HR 29 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:153, r.o. 3.2.1.

85. Het lijkt erop dat de AP daar op doelde, aangezien de AP de vernietigbaarheid van de overeenkomst en het beding noemt in het kader van een onaanvaardbare toestemming.

86. Daar lijkt wellicht wel ruimte voor in het kader van de overeenkomst gesloten met een kind voor een dienst in de informatiemaatschappij, ex art. 8 lid 3 AVG, waarin expliciet is opgenomen dat de bepalingen in de AVG het algemene overeenkomstenrecht van de lidstaat zoals de regels inzake de geldigheid, de totstandkoming of de gevolgen van overeenkomsten ten opzichte van kinderen, onverlet laat. Een dergelijke bepaling bestaat niet inzake toestemming in de zin van art. 7 AVG.

87. Dit kan evenwel anders zijn in het geval dat de verwerking is gebaseerd op de grondslag van art. 6 lid 1 onder b AVG: 'de verwerking is noodzakelijk voor de uitvoering van een overeenkomst waarbij de betrokkene partij is, of om op verzoek van de betrokkene vóór de sluiting van een overeenkomst maatregelen te nemen'. Deze grondslag wordt wel aangetast indien de overeenkomst wordt vernietigd.

88. Zie ook EDPB, *Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects*, p. 7.

89. Net als in het geval van het ontbinden van de overeenkomst.

een bijdrage leveren aan het gegevensbeschermingsrecht.⁹⁰ Daarmee kan een uitbreiding van de grijze en zwarte lijst *de consument* extra beschermen, maar dus niet *de betrokkene* die toestemming heeft gegeven voor de verwerking van persoonsgegevens als tegenprestatie, ook al zijn dit een en dezelfde persoon. De gevolgen voor de verwerking van persoonsgegevens zijn dus beperkt. Dit zou alleen anders kunnen zijn wanneer de lijst van gevallen waarin toestemming wellicht als onredelijk bezwarend kan worden gezien *eveneens* in de sleutel van de AVG geplaatst kan worden, en deze gevallen tevens het geven van rechtsgeldige toestemming in de zin van de AVG aantasten. De AVG definieert toestemming als ‘elke vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige wilsuiting waarmee de betrokkene door middel van een verklaring of een ondubbelzinnige actieve handeling hem betreffende verwerking van persoonsgegevens aanvaardt’.⁹¹

Het is dan ook de vraag of de voorstellen van de AP zien op enig element van toestemming. Wij zien daar slechts beperkte overlap. Zo geeft de AP in overweging dat toestemming voor verwerkingen ‘zonder duidelijke doelbeperking’ mogelijk onredelijk bezwarend kan zijn voor de consument-betrokkene. Het ontbreken van een duidelijke doelbeperking tast ook de rechtsgeldigheid van de gegeven toestemming aan, omdat de toestemming ‘specifiek’ moet zijn.⁹² De AP geeft echter ook als voorbeeld de toestemming voor verwerkingen van bijzondere persoonsgegevens,⁹³ zoals persoonsgegevens over iemands gezondheid, religie of seksuele gerichtheid.⁹⁴ Deze zeer gevoelige persoonsgegevens hebben een aparte plaats in de AVG en mogen in beginsel niet worden verwerkt.⁹⁵ Het verwerkingsverbod kan evenwel worden doorbroken door de uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene.⁹⁶ Het enkele feit dat toestemming voor de verwerking van bijzondere persoonsgegevens wordt gevraagd als tegenprestatie kan onzes inziens weliswaar wellicht onredelijk bezwarend zijn voor de consument, maar tast nog niet de rechtsgeldigheid van de gegeven toestemming zelf aan en zal daarmee dus gevolgen kunnen heb-

90. En wordt gereduceerd tot het vergemakkelijken van de al bestaande mogelijkheid om te allen tijde de toestemming in te trekken voor de verwerking, ex art. 7 lid 3 AVG, en het doen ontvallen van de grondslag van art. 6 lid 1 onder b AVG. Zie voetnoot 81.

91. Art. 4, punt 11 jo. overweging 32 considerans AVG.

92. Ook het doelbindingsbeginsel vereist een specifiek doel waarvoor de persoonsgegevens worden verwerkt; art. 5 lid 1 onder b AVG. Zie voorts EDPB, *Guidelines 05/2000 on consent under Regulation 2016/679*, p. 14.

93. Autoriteit Persoonsgegevens, Advies wetsvoorstel Implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud, z2020-00162, p. 6.

94. Art. 9 lid 1 AVG geeft een limitatieve opsomming van deze categorie persoonsgegevens.

95. Art. 9 lid 1 AVG.

96. Art. 9 lid 2 onder a AVG.

ben voor het consumentenrecht maar niet direct voor het gegevensbeschermingsrecht.⁹⁷

De door de AP gesignaleerde lijst van mogelijk problematische toestemmingen kan echter wel worden gezien als een stap tot nadere concretisering van wat 'vrijelijk' gegeven toestemming inhoudt tussen consument en wederpartij indien deze toestemming wordt gegeven als tegenprestatie. Zo kan in het algemeen worden gezegd dat toestemming niet wordt geacht vrijelijk te zijn gegeven indien er in een specifiek geval sprake is van een duidelijke wanverhouding tussen de betrokkene en de verwerkingsverantwoordelijke en dit het onwaarschijnlijk maakt dat de toestemming in alle omstandigheden van die specifieke situatie vrijelijk is verleend.⁹⁸ Een dergelijke wanverhouding bestaat bijvoorbeeld in de arbeidsrelatie en verhindert daarmee veelal de werkgever om een werknemer om toestemming te vragen voor de verwerking van persoonsgegevens.⁹⁹ Het uitgangspunt dat de consument de zwakkere partij is ten opzichte van de wederpartij is onvoldoende om te spreken van een duidelijke wanverhouding. De specifieke situatie dat het gaat om de verwerking van persoonsgegevens als tegenprestatie voor de levering van digitale inhoud of dienst kan wellicht een indicatie zijn voor het bestaan van een dergelijke wanverhouding, maar dit kan niet in het algemeen worden gezegd. De lijst van de AP kan daarnaast worden gebruikt om te bepalen of er een verdere indicatie bestaat dat er wellicht sprake is van een situatie die het onwaarschijnlijk maakt dat de toestemming in die specifieke situatie vrijelijk is gegeven. De lijst kan echter niet, indien opgenomen in nationaal recht, vastleggen dat bepaalde verwerkingen bij voorbaat categorisch en algemeen worden uitgesloten.¹⁰⁰

Kortom, de suggestie van de Consumentenbond bij de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek om een beding dat inbreuk maakt op het privacyrecht van de consument als onredelijk bezwarend te zien en de variant op dat idee van de Autoriteit Persoonsgegevens om de toestemming voor de verwerking van persoonsgegevens als onaanvaardbaar te zien in bepaalde gevallen kan een aanvulling van de bescherming van de *consument* met zich meebrengen, maar zal slechts beperkte invloed hebben op de rechtsgeldige verwerking van persoonsgegevens van de consument. Deze kan volgens ons alleen aanwezig zijn indien onredelijk bezwarende bedingen eveneens de geldigheid van de gegeven toestemming aantasten op grond van de AVG. De onredelijke bezwarendheid van een beding kan een indicatie zijn

97. Het *enkele feit* dat voor de verwerking van bijzondere persoonsgegevens die niet noodzakelijk zijn voor de levering van de dienst of digitale inhoud toestemming wordt gevraagd betekent nog niet dat de toestemming niet rechtsgeldig kan worden gegeven. De toestemming kan dus wel, omdat de toestemming niet vrijelijk is gegeven of onvoldoende specifiek is, maar de aard van de gegevens kan niet zelfstandig de rechtsgeldigheid van de toestemming aantasten.

98. Considerans, overweging 43 AVG.

99. EDPB, *Guidelines 05/2000 on consent under Regulation 2016/679*, p. 9. Dit hoeft niet in alle gevallen zo te zijn.

100. Zie in dat kader HvJ EU 24 november 2011, in gevoegde zaken C-468/10 en C-469/10, ECLI:EU:C:2011:777 (ASNEF).

dat de toestemming wellicht niet ‘vrijelijk’ is gegeven, maar loopt daarmee niet altijd gelijk op.

6.4 AFSLUITING

Wij hebben ons in deze bijdrage geconcentreerd op twee onderdelen waar het consumentenrecht en het gegevensbeschermingsrecht elkaar raken, namelijk (i) informatieplichten en (ii) digitale inhoud en digitale diensten in ruil voor persoonsgegevens. Ten aanzien van de informatieplichten geldt dat deze niet alleen aan de verkoper of dienstverlener ten behoeve van de consument worden opgelegd, maar ook aan de verwerkingsverantwoordelijke ten behoeve van de betrokkene wiens persoonsgegevens worden verwerkt. De consument neemt veel digitale inhoud en diensten af en hoeft dan niet alleen consumentenrechtelijk te worden beschermd (bijvoorbeeld ten aanzien van de kwaliteit), maar behoeft ook bescherming op het terrein van de gegevensbescherming. Op dit punt zien wij duidelijk overlap tussen het consumentenrecht en het gegevensbeschermingsrecht. Toch wil het ook nog wel eens ‘schuren’. Dit zien we met name terug in het geval van de onredelijk bezwarende bedingen en de toestemming van betrokkene als grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens als tegenprestatie voor de levering van digitale inhoud. Zo hebben wij beargumenteerd dat de mogelijke uitbreiding van de grijze en/of zwarte lijst van onredelijk bezwarende bedingen, dan wel het invoeren van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 2 BW, slechts geringe betekenis kan hebben in relatie tot de toestemming voor de verwerking van persoonsgegevens als tegenprestatie voor de levering van digitale inhoud. Al met al is de overlap tussen het consumenten- en gegevensbeschermingsrecht duidelijk aanwezig, maar wijken deze wel degelijk af van elkaar.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Bennett Moses, *University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy* 2007

L. Bennett Moses, ‘Recurring dilemmas: the law’s race to keep up with technological change’, *University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy* 2007, afl. 2, p. 239-285.

Den Butter, *Juridisch up to Date* 2020

L.E. den Butter, ‘Modernisering, aanscherping en handhaving – de implementatie van de Richtlijn modernisering consumentenbescherming’, *Juridisch up to Date* 2020, afl. 12, p. 8-12.

Dommering, *MvV* 2012

E.J. Dommering, ‘Property Rights in Personal Data: A European Perspective’, *MvV* 2012, afl. 1, p. 22-26.

Friedman, *New Mexico Law Review* 2008

D.A. Friedman, ‘Free Offers: A New Look’, *New Mexico Law Review* 2008, afl. 1, p. 49-94.

Op Heij, *TvC* 2015

D.J.B. Op Heij, "'Nakoming': Een geschikte remedie voor overeenkomsten tot levering van digitale inhoud?", *TvC* 2015, nr. 2, p. 55-62.

Helberger, Zuiderveen-Borgesius & Reyna, *CMLR* 2017

N. Helberger, F.J. Zuiderveen-Borgesius & A. Reyna, 'The perfect match? A closer look at the relationship between EU consumer law and data protection law', *CMLR* 2017, afl. 5, p. 1427-1465.

Jeloschek & Van Druenen, *IR* 2013

C. Jeloschek & V. van Druenen, 'De implementatie van het nieuwe regime voor overeenkomsten op afstand', *IR* 2013, afl. 2, p. 36-44.

Loos, *NTBR* 2011/81

M.B.M. Loos, 'Overeenkomsten over digitale inhoud', *NTBR* 2011/81.

Loos, *NJB* 2013/225

M.B.M. Loos, 'Onvolkomenheden bij de implementatie van de richtlijn consumentenrecht', *NJB* 2013/2255, afl. 38, p. 2684-2685.

Loos, *NtEr* 2018

M.B.M. Loos, 'Oude wijn in nieuwe zakken? Modernisering van het Europese consumentenrecht (I)', *NtEr* 2018, p. 150-156.

Loos, *NtEr* 2019

M.B.M. Loos, 'Modernisering van het Europese consumentenrecht: meer vlees op het bot (I)', *NtEr* 2019, nr. 5/6, p. 137-141.

Loos, *TvC* 2021/4

M.B.M. Loos, 'De (voorgestelde) omzetting van de Richtlijnen verkoop goederen en digitale inhoud', *TvC* 2021/4, p. 216-228.

Neppelenbroek, *NJB* 2013/201

E. Neppelenbroek, 'Stop het consumentenkooprecht voor digitale inhoud!', *NJB* 2013/201.

Olsthoorn 2021

P.J.C. Olsthoorn, *Baas over eigen data. Zelfbeschikking in bescherming van persoonsgegevens* (diss. VU), Den Haag: Boom juridisch 2021.

Prins, *NJB* 2016/339

C. Prins, 'Vooraf: Je geld of je gegevens', *NJB* 2016/339.

Rinkes, *AA* 2009

J.G.J. Rinkes, 'De consument als zwakke partij', *AA* 2009, p. 380-386.

Spierings, *MvV* 2019

C. Spierings, 'Het nieuwe goud: betalen met data', *MvV* 2019, afl. 6, p. 207-214.