

# Transparantie vereist: welke parameters bepalen de rangschikking van online zoekresultaten?

Bb 2022/77

Sinds 28 mei 2022 zijn aanbieders van online zoekfuncties verplicht richting consumenten transparant te zijn over de belangrijkste parameters die de rangschikking van online zoekresultaten bepalen. Bovendien moeten de aanbieders transparant zijn over de aanwezigheid van betaalde reclames. Dit alles naar aanleiding van de inwerkingtreding van de richtlijn modernisering consumentenbescherming.

## 1. Inleiding

Op internet heeft een consument ontelbare mogelijkheden om producten en diensten van verschillende handelaren en/of consumenten met elkaar te vergelijken om tot een voor hem optimale keuze te komen. Dergelijke online zoekfuncties worden door verschillende soorten online handelaren aangeboden, gedacht kan worden aan onlinemarktplaatsen, zoekmachines en vergelijkingswebsites voor reizen, accommodaties, recreatieve activiteiten of energie. Wanneer een consument een zoekopdracht invult en vervolgens de in dat kader relevante aanbiedingen verschijnen, wordt in die zoekresultaten een bepaalde rangschikking aangebracht. Een hogere rangschikking of een meer prominente plaatsing van commerciële aanbiedingen in de online zoekresultaten heeft een grote impact op consumenten, aldus het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie in hun overwegingen bij richtlijn modernisering consumentenrecht. Zij achtten het daarom noodzaak om de consumenten meer inzicht te laten krijgen in de wijze waarop zo'n rangschikking van zoekresultaten tot stand komt. Dit heeft geleid tot het opnemen van verschillende transparantieplichtingen voor aanbieders van online zoekfuncties in de richtlijn modernisering consumentenbescherming.<sup>2</sup>

## 2. Richtlijn modernisering consumentenbescherming

Op Europees niveau is geconcludeerd dat het consumentenbeschermingsrecht van de Europese Unie aan doeltreffendheid inboet. Als reden daarvoor wordt onder andere gegeven dat het Europese consumentenbeschermingsrecht onvoldoende bekend is bij handelaren en consumenten. Tevens is de conclusie getrokken dat de bestaande Unieregels inzake consumentenbescherming gemoderniseerd moeten worden gelet op de voortdurende ontwikkeling van digitale

instrumenten.<sup>3</sup> Reden om een grote Europese opschoningsactie te organiseren. Het Europees Parlement en de Raad publiceren in 2019 de richtlijn modernisering consumentenbescherming waarmee vier bestaande Europese richtlijnen worden gewijzigd: de richtlijn oneerlijke bedingen,<sup>4</sup> de richtlijn prijsaanduiding producten,<sup>5</sup> de richtlijn oneerlijke handelspraktijken<sup>6</sup> en de richtlijn consumentenrechten.<sup>7</sup> De nationale bepalingen ingevolge de implementatie van deze richtlijn modernisering consumentenbescherming dienden vanaf 28 mei 2022 in het betreffende land te worden toegepast.

In *Bedrijfsjuridische berichten* hebben dit jaar inmiddels al verschillende wetwijzigingen centraal gestaan. Zo is in aflevering 7 aandacht besteed aan de wijziging van de richtlijn prijsaanduiding producten en de in dat kader geldende nieuwe regels rondom het aankondigen van prijsverminderingen van producten ('van ... voor ...' prijzen).<sup>8</sup> Daarnaast is in aflevering 12 ingezoomd op de wijziging van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken in het kader van de regels rondom het publiceren van consumentenbeoordelingen.<sup>9</sup> In deze bijdrage wordt aandacht besteed aan de informatieverplichtingen die opgelegd worden aan aanbieders van online zoekfuncties, meer in het bijzonder in het kader van de rangschikking van commerciële aanbiedingen op hun platform. Ook dit betreft een wijziging van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

1 Mr. A.Z. (Anouk) Lankhaar is advocaat bij Van Benthem & Keulen B.V. te Utrecht.

2 Richtlijn (EU) 2019/2161 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en Richtlijnen 98/6/EG, 2005/29/EG en 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft betere handhaving en modernisering van de regels voor consumentenbescherming in de Unie, *PbEU* 2019, L 328 ("richtlijn modernisering consumentenbescherming").

3 Overweging 2 en 17 bij richtlijn modernisering consumentenbescherming.

4 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten *Pb EG* 1993, L 95 ("richtlijn oneerlijke bedingen").

5 Richtlijn 98/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 betreffende de bescherming van de consument inzake de prijsaanduiding van aan de consument aangeboden producten, *PbEG* 1998, L 80 ("Richtlijn prijsaanduiding producten").

6 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad, *PbEU* 2005, L 149 ("richtlijn oneerlijke handelspraktijken").

7 Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad, *PbEU* 2011, L 304 ("richtlijn consumentenrechten").

8 S.A. Krusinga, 'Kortingsacties ('van ... voor ...') aan banden gelegd door de EU', *Bb* 2022/38.

9 M.I. Nijenhof-Wolters, 'Consumentenbescherming: nieuwe regels voor consumentenbeoordelingen', *Bb* 2022/51.

### 3. **Bestaande transparantieplichtingen voor online zoekmachines**

#### *Transparantieplichting over parameters rangschikking*

Vooropgesteld zij dat een verplichting om transparant te zijn over de wijze waarop zoekresultaten worden gerangschikt niet nieuw is. De verordening ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten (hierna: de “P2B-verordening”)<sup>10</sup> kent al een verplichting om uiteen te zetten wat de belangrijkste parameters zijn die de rangschikking van goederen of diensten die worden aangeboden via onlinetussenhandelsdiensten of zoekresultaten bepalen en daarbij tevens de redenen voor het relatieve belang van die parameters ten opzichte van andere parameters toe te lichten (artikel 5). Voor zover de belangrijkste parameters de mogelijkheid omvatten om de rangschikking te beïnvloeden door het betalen van een (in)directe vergoeding, moet de aanbieder van een online zoekmachine tevens een omschrijving geven van die mogelijkheden en van de gevolgen van een dergelijke vergoeding voor de rangschikking.

De informatie die wordt gegeven, moet volstaan om de zakelijke gebruikers of bedrijfswebsitegebruikers in staat te stellen adequaat inzicht te krijgen in de vraag of en in hoeverre in het rangschikkingsmechanisme rekening is gehouden met a) de kenmerken van de goederen en diensten die via de onlinetussenhandelsdiensten of de online zoekmachine aan consumenten worden geboden, b) de relevantie van die kenmerken voor die consumenten, en c) wat online zoekmachines betreft, de ontwerpkenmerken van de door de bedrijfswebsitegebruikers gebruikte website.

#### *Normadressaten transparantieplichtingen*

Deze transparantieplichting rust op onlinetussenhandelsdienstverleners en aanbieders van online zoekmachines. De eerste categorie wordt gedefinieerd als elke natuurlijke of rechtspersoon die onlinetussenhandelsdiensten aan zakelijke gebruikers levert of aanbiedt die te leveren (artikel 2 lid 2). De onlinetussenhandelsdiensten betreffen diensten die voldoen aan de volgende vereisten:

- a) zij vormen diensten van de informatiemaatschappij in de zin van artikel 1, lid 1, onder b), van Richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad (12);
- b) zij geven zakelijke gebruikers de mogelijkheid om goederen of diensten aan te bieden aan consumenten, met het oog op het faciliteren van het initiëren van directe transacties tussen die zakelijke gebruikers en consumenten, ongeacht waar die transacties uiteindelijk worden uitgevoerd;
- c) zij worden aan zakelijke gebruikers geleverd op basis van contractverhoudingen tussen de aanbieder van

dergelijke diensten en zakelijke gebruikers die goederen of diensten aanbieden aan consumenten.”

De tweede categorie betreft elke natuurlijke of rechtspersoon die online zoekmachines aan consumenten levert of aanbiedt die te leveren (artikel 2 lid 6). Het betreft een digitale dienst die het gebruikers mogelijk maakt zoekvragen in te voeren om zoekacties uit te voeren op in beginsel alle websites of alle websites in een bepaalde taal, op basis van een zoekvraag ongeacht welk onderwerp, in de vorm van een trefwoord, een gesproken opdracht, een frase of andere input, en die resultaten in ongeacht welk formaat oplevert met informatie over de opgevraagde inhoud.

#### *Ratio transparantieplichtingen*

Ondanks de vastlegging van voornoemde transparantieplichtingen wensen het Europese Parlement en de Raad toch nog aanvullend in de richtlijn oneerlijke handelspraktijken en richtlijn consumentenrechten soortgelijke transparantieplichtingen vast te leggen. Waarom? De P2B-verordening is gericht op het informeren van de zakelijke gebruiker en de bedrijfswebsitegebruiker. Onlinetussenhandelsdiensten en online zoekmachines kunnen van cruciaal belang zijn voor het commerciële succes van ondernemingen die gebruikmaken van dergelijke diensten om consumenten te bereiken, hierdoor kan een grote mate van afhankelijkheid ontstaan. De P2B-verordening is gericht op het waarborgen van een eerlijk, voorspelbaar, duurzaam en betrouwbaar online ondernemingsklimaat. Een concurrerende, eerlijke en transparante onlineomgeving waar bedrijven zich verantwoordelijk gedragen is ook essentieel voor de consumentenwelvaart, maar de directe gevolgen van de ontwikkeling van de onlineplatformeconomie voor consumenten worden in andere unierechtelijke regelingen geregeld. Nu de P2B-verordening dus enkel transparantieplichtingen regelt die gelden tussen handelaren en online tussenpersonen, hebben het Europees Parlement en de Raad besloten dat vergelijkbare transparantieplichtingen moeten worden opgenomen in de richtlijn oneerlijke handelspraktijken om adequate transparantie naar consumenten toe te garanderen. Aanbieders van online zoekmachines zijn uitgezonderd van de transparantieplichtingen onder derichtlijn oneerlijke handelspraktijken omdat zij uit hoofde van de P2B-verordening al de verplichting hebben om de noodzakelijke informatie op hun website beschikbaar te stellen.<sup>11</sup> Die informatie is dan dus ook al beschikbaar voor consumenten.

### 4. **Europese transparantieplichtingen parameters rangschikking**

#### *Richtlijn oneerlijke handelspraktijken*

De richtlijn oneerlijke handelspraktijken reguleert het verbod op oneerlijke handelspraktijken, waaronder misleidende en agressieve handelspraktijken. Het Europese Parlement en de Raad hebben de bescherming van de consument

<sup>10</sup> Verordening (EU) 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten, *PbEU* 2019, L. 186 (“Platform-to-Business-verordening/P2B-verordening”).

<sup>11</sup> Overweging 21 bij richtlijn oneerlijke handelspraktijken; zie ook: *Kamerstukken II* 2021/22, 35940, nr. 3, p. 7 (MvT).

tegen oneerlijke handelspraktijken in het kader van het gebruik van online zoekfuncties via twee wegen vormgegeven. Allereerst is gekozen voor een uitbreiding van de definitie van essentiële informatie die aan een consument verstrekt moet worden. Er is sprake van een misleidende handelspraktijk als – kortgezegd – een handelaar bepaalde essentiële informatie onjuist, onduidelijk of niet aan een consument verstrekt die de consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen (artikel 7). Artikel 7 van de richtlijn beschrijft wat in ieder geval als essentiële informatie moet worden beschouwd is. Hieraan is lid 4bis toegevoegd, waarin wordt bepaald dat de aanbieder van online zoekfuncties wordt verplicht informatie te verstrekken over de belangrijkste parameters ter bepaling van de rangschikking en het relatieve belang van die parameters ten opzichte van andere parameters, zie hierna artikel 6:193e BW.

Daarnaast is bepaald dat er een meer specifieke noodzaak bestaat om transparant te zijn over de beïnvloeding van die rangschikking door een betaling door een handelaar. Om het belang hiervan te benadrukken, is er een extra handelspraktijk toegevoegd aan de lijst van handelspraktijken in bijlage I bij de richtlijn die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd en dus verboden zijn (artikel 5 lid 5), zie hierna artikel 6:193g BW.

### Richtlijn consumentenrechten

In de richtlijn consumentenrechten is de verplichting voor handelaren opgenomen om bepaalde precontractuele informatie aan een consument te verstrekken voordat de consumenten aan een overeenkomst dan wel een daarmee overeenstemmend aanbod gebonden is. In lijn met de aanvulling van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken is met de inwerkingtreding van de richtlijn modernisering consumentenbescherming deze precontractuele informatieplicht uitgebreid. In artikel 6 bis is verplichting voor de aanbieder van een onlinemarktplaats opgenomen om de consument te informeren over de belangrijkste parameters ter bepaling van de rangschikking en het relatieve belang van die parameters ten opzichte van andere parameters, zie hierna artikel 6:230m BW. Deze informatie moet op een duidelijke en begrijpelijke manier die passend is voor communicatie op afstand, verstrekt worden voordat een consument door een overeenkomst op afstand, of een overeenstemmend aanbod, op een onlinemarktplaats is gebonden.

## 5. Transparantieverplichting ter vermijding oneerlijke handelspraktijk

De (aanvullingen op de) richtlijn oneerlijke handelspraktijken zijn geïmplementeerd in afdeling 3.3A van boek 6 BW. Om de transparantieverplichtingen op te kunnen nemen in boek 6 BW is in artikel 6:193a lid 1 BW allereerst de definitie van 'rangschikking' opgenomen:

- “1. rangschikking: het relatieve belang dat wordt gegeven aan producten\* zoals gepresenteerd, georganiseerd of meegedeeld door de handelaar, ongeacht de

voor die presentatie, organisatie of mededeling gebruikte technologische middelen;”

- \* onder product wordt een goed of een dienst verstaan, met inbegrip van elektriciteit, digitale diensten en digitale inhoud (artikel 6:193a lid 1 sub c BW).

In artikel 6:193d BW is vervolgens bepaald dat sprake is van een misleidende handelspraktijk – en daarmee dus een verboden oneerlijke handelspraktijk – als essentiële informatie wordt weggelaten. Welke informatie als essentieel moet worden beschouwd en dus tijdig en duidelijk aan consumenten moet worden verstrekt, is vastgelegd in artikel 6:193e BW en artikel 6:193f BW. Ter implementatie van de richtlijn modernisering consumentenbescherming is een nieuw lid 2 toegevoegd aan artikel 6:193e BW:

“Indien consumenten de mogelijkheid wordt geboden om te zoeken naar producten die worden aangeboden door verschillende handelaren of door consumenten op basis van een zoekopdracht in de vorm van een trefwoord, zin of andere invoer, is, ongeacht het sluiten van de overeenkomst, het beschikbaar stellen van algemene informatie, in een specifiek deel van de online interface dat rechtstreeks en eenvoudig toegankelijk is vanaf de pagina waar de zoekresultaten worden gepresenteerd, over de belangrijkste parameters ter bepaling van de rangschikking van producten die aan de consument wordt gepresenteerd als resultaat van de zoekopdracht en het relatieve belang van die parameters ten opzichte van andere parameters, essentieel als bedoeld in artikel 193d lid 2. Dit lid is niet van toepassing op aanbieders van online zoekmachines als bedoeld in artikel 2, onderdeel 6, van verordening (EU) 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandeldiensten (*PbEU L 186/57*). [onderstreping AZL]”

De informatie moet beknopt worden weergegeven en op eenvoudige, prominente wijze rechtstreeks aan de consument beschikbaar worden gesteld. De parameters die de rangschikking bepalen zijn algemene criteria, processen en specifieke signalen die in algoritmes of andere aanpassings- of degradatiemechanismen zijn geïntegreerd, die in verband met de rangschikking worden gebruikt.<sup>12</sup> In de memorie van toelichting wordt benadrukt dat de aanbieder van de online zoekfunctie niet de gedetailleerde werking van zijn rangschikkingsmechanisme, waaronder de gebruikte algoritmes, bekend hoeft te maken.<sup>13</sup>

Met het opleggen van de transparantieverplichtingen wordt beoogd de consument in staat te stellen na te gaan hoe de rangschikking van het aanbod tot stand is gekomen. Naast voornoemde algemene informatie over de gebruikte parameters wordt daarbij van belang geacht dat aanbieders van

<sup>12</sup> Overweging 22 bij richtlijn modernisering consumentenbescherming.

<sup>13</sup> *Kamerstukken II 2021/22, 35940, nr. 3, p. 6-7 (MvT)*; zie ook: Overweging 23 bij richtlijn modernisering consumentenbescherming.

online zoekmachines transparant zijn over de mate waarin door een aanbieder van producten of diensten is betaald voor een hogere rangschikking of sprake is van een betaalde reclame. Door zo'n betaling kan het resultaat van de online zoekopdracht van de consument worden beïnvloed, waardoor de consument mogelijk een andere keuze maakt dan het geval was geweest als de zoekresultaten waren gerangschikt zonder dat deze waren beïnvloed door betalingen voor een hogere of prominentere plaats.<sup>14</sup> Dat het belang van deze transparantie groot wordt geacht, blijkt uit de uitbreiding van de lijst van artikel 6:193g BW – overeenkomstig bijlage I bij de richtlijn oneerlijke handelspraktijken – waarin handelspraktijken zijn opgenomen die onder alle omstandigheden misleidend en daarmee dus verboden zijn. Aan deze lijst is toegevoegd:

- “x. het verschaffen van zoekresultaten in reactie op een online zoekopdracht van een consument zonder duidelijk aan te geven dat het een betaalde reclame betreft of er een betaling is gedaan die specifiek was bedoeld om een hogere rangschikking voor producten te verkrijgen; [onderstreping AZL]”

Het betreft directe of indirecte betalingen aan de aanbieder van de online zoekfunctie. Van zo'n indirecte betaling kan bijvoorbeeld sprake zijn bij het betalen van een hogere commissie per transactie of als de handelaar aanvullende verplichtingen jegens de aanbieder van de online zoekfunctie aanvaardt met een hogere rangschikking als specifiek gevolg. Het verbod ziet niet op betalingen voor algemene diensten die betrekking hebben op een breed scala van functies die worden aangeboden door de aanbieder van de online zoekfunctie, zolang deze betalingen niet zijn gericht op een hogere of prominentere plaatsing in de rangschikking, zoals vergoedingen voor vermelding of abonnementskosten.<sup>15</sup>

## 6. Precontractuele informatieplicht

De (aanvullingen op de) richtlijn consumentenrechten zijn geïmplementeerd in afdeling 5.2B van boek 6 BW. Om de aanvullende precontractuele informatieverplichtingen op te kunnen nemen in boek 6 BW zijn in artikel 230g lid 1 BW allereerst de definities van 'onlinemarktplaats' en 'aanbieder van een onlinemarktplaats' opgenomen:

- “u. onlinemarktplaats: 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;
- v. aanbieder van een onlinemarktplaats: handelaar die consumenten een onlinemarktplaats aanbiedt;”

Vervolgens is in artikel 6:230m lid 3 BW bepaald dat de aanbieder van een onlinemarktplaats de consument, op een duidelijke en begrijpelijke wijze die passend is voor communicatie op afstand, bepaalde informatie moet verstrekken voordat de consument gebonden is aan een overeenkomst op afstand, of een overeenstemmend aanbod, op een onlinemarktplaats, waaronder:

“algemene informatie die beschikbaar wordt gesteld in een specifieke afdeling van de online interface die rechtstreeks en gemakkelijk toegankelijk is vanaf de pagina waarop de aanbiedingen worden gepresenteerd, over de belangrijkste parameters ter bepaling van de rangschikking, bedoeld in artikel 193a lid 1, onderdeel I, van de aanbiedingen die aan de consument worden gepresenteerd als gevolg van de zoekopdracht, en het relatieve belang van die parameters ten opzichte van andere parameters; [onderstreping AZL]”

In de memorie van toelichting is uitdrukkelijk opgemerkt dat het onvoldoende is deze algemene informatie enkel beschikbaar te stellen in de algemene voorwaarden.<sup>16</sup>

## 7. Handhaving

De nieuwe wetgeving is in werking getreden per 28 mei 2022. De Autoriteit Consument en Markt (ACM) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) zijn belast met de handhaving, zoals bepaald in de Wet handhaving consumentenbescherming. Bij overtreding kan onder meer een boete worden opgelegd. Bij het bepalen van de sanctie moet rekening worden gehouden met de aard, ernst, omvang en duur van de inbreuk, de maatregelen die de handelaar heeft getroffen om de geleden schade te beperken, recidive en door handhavingsautoriteiten van andere lidstaten opgelegde sancties voor dezelfde overtreding.

Wat betreft de P2B-verordening zij opgemerkt dat Nederland er tot voor kort voor had gekozen de handhaving daarvan via de civiele rechter te laten lopen. Wat betekent dat zakelijke gebruikers en bedrijfswebsitegebruikers zelf een vordering tegen een platform aanhangig kunnen maken. Er is nu een wetsvoorstel aanhangig gemaakt dat voorziet in publiekrechtelijk toezicht. Mocht dit wetsvoorstel doorgang vinden, zou het toezicht op en de handhaving van de P2B-verordening belegd worden bij de ACM.<sup>17</sup>

## 8. Relevantie voor de praktijk

Nu de nieuwe wettelijke transparantieverplichtingen inmiddels in werking zijn getreden (28 mei 2022), zijn niet meer alleen onlinetussenhandelsdienstverleners en online zoekmachines, maar alle aanbieders van online zoekfuncties – zoals onlinemarktplaatsen, zoekmachines en

<sup>14</sup> Kamerstukken II 2021/22, 35940, nr. 3, p. 7 (MvT).

<sup>15</sup> Overweging 20 bij richtlijn modernisering consumentenbescherming; zie ook: Kamerstukken II 2021/22, 35940, nr. 3, p. 7 (MvT).

<sup>16</sup> Kamerstukken II 2021/22, 35940, nr. 3, p. 5 (MvT).

<sup>17</sup> Wetsvoorstel wet tot invoering publiek toezicht en handhaving van de verordening nr. 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten.

vergelijkingswebsites – aan zet om te controleren of zij voldoende openheid geven over de wijze waarop zij aanbiedingen rangschikken. Niet alleen de belangrijkste, algemene parameters moeten worden gepubliceerd, maar ook moet vermeld worden als er sprake is van een betaalde reclame of anderszins een vergoeding is betaald voor een hogere rangschikking.