



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De 'prosument' in de platformeconomie: startpunt voor herijking van het privaatrecht

Mak, V.

Citation

Mak, V. (2022). De 'prosument' in de platformeconomie: startpunt voor herijking van het privaatrecht. *Nederlands Juristenblad*, 97(25), 1978-1984. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3513505>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3513505>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De ‘prosument’ in de platformeconomie

Startpunt voor herijking van het privaatrecht

Vanessa Mak¹

Duurzaamheid, digitalisering en de opkomst van online platforms geven aanleiding tot een herijking van het consumentbeeld in het privaatrecht. De consument als ‘zwakke partij’ in verhouding tot handelaars is een te eenzijdige benadering geworden. Op online platforms is de consument juist aan de aanbodzijde actief geworden als ‘prosument’, en ook op het vlak van duurzaamheid heeft de consument een actieve rol. Tegelijk zijn in digitale markten nieuwe kwetsbaarheden ontstaan doordat bedrijven met gebruik van persoonsgegevens ongemerkt de aankoopbeslissingen van consumenten beïnvloeden. Het huidige consumentenrecht biedt met een ‘one-size-fits-all’-benadering weinig ruimte voor het faciliteren van deze ontwikkelingen. Tijd dus voor een herijking. Welk consumentbeeld geeft handvatten voor passende regelgeving en beleid?

1. Inleiding

De consument is een held, zo leren we uit een recent redactioneel artikel in dit tijdschrift.² Met ‘held’ wordt bedoeld op de hoofdrol die de consument speelt in de herijking van het privaatrecht in het licht van duurzaamheid. Het aanpassen van gedrag kan een gunstige invloed hebben op het klimaat, bijvoorbeeld als consumenten bewust ‘groenere’ keuzes maken bij het kopen van producten en minder gebruik maken van het recht om op afstand bestelde producten zonder opgaaf van redenen terug te sturen. Om dat te bereiken zou het consumentencontractenrecht kunnen worden aangepast. Zo zouden consumenten kunnen worden voorzien van betere informatie over de duurzaamheid van producten door de wettelijke informatieplichten van handelaars verder uit te breiden, en zou kunnen worden overwogen om het herroepingsrecht bij koop op afstand in te perken of zelfs af te schaffen.³

De gedachte van de consument als held is interessant, omdat de consument in het privaatrecht in het algemeen juist wordt gekwalificeerd als ‘zwakkere partij’.⁴

Die kwalificatie heeft geleid tot de invoering van bijzondere regels voor B2C-verhoudingen in het Burgerlijk Wetboek (BW), naast de algemene regels die gelden voor contractspartijen in gevallen waar geen machtsongelijkheid wordt gepercipieerd. Het consumentenrecht dat op die manier sinds de jaren zestig van de vorige eeuw tot ontwikkeling is gekomen wordt als een groot goed beschouwd, dat heeft bijgedragen aan eerlijke markten en economische bescherming van consumenten. Dat de bescherming van consumenten als categorie soms te ver doorschiet – d.w.z. dat sprake is van overregulering – wordt voor lief genomen.⁵

Inmiddels staan we op een keerpunt. Vanuit de gelederen van het consumentenrecht zelf komt de laatste jaren de roep op tot herijking.⁶ De ‘one-size-fits-all’-benadering van B2C-verhoudingen in het privaatrecht sluit niet meer goed aan bij de verwachtingen van deze tijd. De verwachting dat consumenten door regelgeving worden aangespoord om duurzame keuzes te maken is daar een voorbeeld van. Daarnaast heeft de opkomst van digitale markten en de platformeconomie de positie van consu-

De prosument is, kort gezegd, een consument die naar de aanbodzijde van de markt is geschoven en daar bijvoorbeeld actief is met de online verkoop van producten via een platform

menten ingrijpend veranderd. In die context zien we nieuwe kansen voor consumenten – groter aanbod van zaken en diensten en de kans om zelf op platforms actief te zijn – maar ook nieuwe risico's die de informatiebenadering van het huidige consumentenrecht ver te buiten gaan. De consument van digitale producten of diensten is kwetsbaar doordat bedrijven zijn persoonsgegevens gebruiken om zijn aankoopgedrag te beïnvloeden, maar hoe zij dat doen is niet inzichtelijk.⁷

In dit artikel ga ik in op een specifiek punt waarvoor een herijking van het privaatrecht wenselijk is, namelijk de positie van de 'prosument'. De prosument is, kort gezegd, een consument die naar de aanbodzijde van de markt is geschoven en daar bijvoorbeeld actief is met de online verkoop van producten via een platform. Ik bespreek de maatschappelijke definitie van de prosument (par. 2), de juridische kwalificatie van de prosument (par. 3) en de vraag of het wenselijk is een nieuwe categorie 'prosument' toe te voegen in het privaatrecht, naast de consument en de handelaar (par. 4). Deze analyse is voornamelijk op doctrinaire leest geschied, waarbij het Nederlandse privaatrecht als kader wordt gehanteerd en de wisselwerking met Europees recht wordt besproken. Op basis van de analyse van de positie van de prosument zal dit artikel worden afgesloten met een aantal algemenere observaties over de herijking van het privaatrecht in het licht van een gewijzigd consumentbeeld (par. 5). Geconcludeerd wordt dat de tijd rijp is voor het verkennen van specifieke benaderingen voor verschillende typen consumenten en consumentenmarkten, zonder dat de categorische bescherming van 'de consument' direct wordt losgelaten.

2. De prosument: van 1980 tot de opkomst van de digitale economie

De term 'prosument' werd door Alvin Toffler bedacht. Toffler was een Amerikaanse futuroloog, die met name in de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw bekendheid genoot als duider van maatschappelijke trends en voorspeller van toekomstige uitdagingen op het terrein van economie, politiek en samenleving. In zijn boek *The Third Wave* uit 1980 benoemt hij de opkomst van de prosument als zijnde de consument die in het eigen huishouden productie realiseert, bijvoorbeeld in de vorm van huishoudelijk werk of thuis klussen.⁸

De term 'prosument' behoeft verdere uitleg. In simpele vorm gaat het hier om een samentrekking van de termen 'consument' en 'producent'. Daarmee dekt de term inderdaad gevallen waarin de consument, gedefinieerd als 'een natuurlijke persoon, niet handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf',⁹ geen zaken of diensten afneemt maar ze juist zelf produceert. Het begrip past daarmee in Tofflers referentiekader van de consument die binnen het eigen huishouden productie realiseert. Door dat te doen verschuift productie van de economische markt waarop zaken en diensten worden verhandeld, meestal voor betaling in geld, naar de sector van het huishouden, waarin de beginselen van economische uitwisseling niet van toepassing zijn.¹⁰

In zijn moderne verschijningsvorm heeft de prosument nog andere kenmerken gekregen. De opkomst van online platforms zoals Marktplaats.nl, Amazon en Airbnb stelt consumenten in staat om zelf zaken en diensten aan te bieden. Het kan gaan om nieuwe producten of tweedehands zaken. In digitale markten kunnen consumenten voorts ook zelf digitale producten aanbieden, zoals door henzelf ontwikkelde apps. In dat geval kunnen zij zelf wel weer als producent worden gekwalificeerd. Hun activiteiten vinden echter niet slechts binnen het eigen huishouden plaats; zij zijn deelnemers aan de economische markt.

De opkomst van de prosument is in de economische literatuur al aanleiding geweest voor een herijking van het consumentbegrip. In de neoklassieke economie is in navolging van Toffler onderscheid gemaakt tussen productieve consumenten en onproductieve consumenten, waarbij productieve consumptie ziet op activiteiten die bijdragen aan het behoud van arbeidsvermogen ten behoeve van inkomstenverwerving.¹¹ Met dat perspectief wordt het mogelijk om activiteiten in het huishouden – zoals schoonmaken of koken – te beschouwen als onderdeel van economische productieprocessen. Nog verdergaand kan worden gesteld dat productie en consumptie in elkaar overlopen en slechts nog modelmatig kunnen worden onderscheiden, maar empirisch nauwelijks meer.¹²

Deze korte schets van economische theorievorming over prosumenten biedt aanknopingspunten voor een herijking van het consumentenrecht. In plaats van een consumentbeeld dat enkel zicht heeft voor de positie van de consument als marktdeelnemer, kan ook rekening wor-

Auteur

1. Prof. mr. V. Mak is als hoogleraar Civiel recht verbonden aan de Universiteit Leiden.

Noten

2. T. Hartlief, 'De boer en de consument als helden in nieuw privaatrecht', *NJB* 2022/91, afl. 2; C. Goanta, 'European Consumer Law: The hero of our times', *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)* 2021, vol. 10, p. 177-179.

3. Vgl. C.M.D.S. Pavillon, 'Herijking van consumentencontractenrecht: duurzaamheid als nieuw ijkpunt?', in: C.M.D.S. Pavillon & W.H. van Boom, *Privaatrechtelijke bescherming herijkt. Preadviezen* (Neder-

landse Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 14 e.v.

4. Kritisch daarover, J. Rinkes, 'De consument als zwakke partij', *AA* 2009, afl. 6, p. 384.

5. V. Mak, 'De "gemiddelde consument": van fictie naar feit?', *AA* 2017, afl. 7/8, p. 592.

6. Zie Pavillon 2021; H.-W. Micklitz, *Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts? Gutachten A zum 69. Deutschen Juristentag*, München: CH Beck 2012; V. Mak, *Legal Pluralism in European Contract Law*, Oxford: OUP 2020, p. 119. Vgl. m.b.t. commerciële partijen H.N. Schelhaas, *Com-*

merciële contractanten – consistentie differentiëren? (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2018.

7. Over deze 'digital asymmetry', zie N. Helberger, O. Lynskey, H.-W. Micklitz, P. Rott, M. Sax & J. Strycharz, *EU Consumer Protection 2.0. Structural Asymmetries in Digital Consumer Markets* (BEUC Report, March 2021), beuc.eu/publications/beuc-x-2021-018_eu_consumer_protection_0_0.pdf.

8. A. Toffler, *The Third Wave*, New York: Bantam Books 1980, p. 280.

9. Vgl. art. 6:230g BW; art. 2:1 Richtlijn 2011/83/EU betreffende consumentenrechten, *PbEU* 2011 L304/64.

10. In het werk van Toffler zijn dit Sector A (het huishouden) en Sector B (de markt); zie Toffler 1980, p. 266 e.v.

11. M.-B. Piorkowsky, 'Alfred Marshall's Konsumenten sind Prosumenten', in: M.-B. Piorkowsky & K. Kollmann (red.), *Vergessene und verkannte Vordenker für eine Kritische Konsumtheorie*, Wiesbaden: Springer VS 2019, p. 40.

12. M.-B. Piorkowsky, 'Konsum im Fokus der Alltags- und Lebensökonomie', in: C. Fridrich, R. Hübner, K. Kollmann, M.-B. Piorkowsky & N. Tröger (red.), *Abschied vom eindimensionalen Verbraucher*, Wiesbaden: Springer Verlag 2017, p. 73.



© Shutterstock

den gehouden met andere aspecten, zoals de sociale bijdrage van de consument (bijv. voor zorgtaken in het huishouden) en zijn of haar bijdrage aan het verwezenlijken van maatschappelijke doelstellingen.

3. Kwalificatie van de prosument in het privaatrecht

Terug naar het juridische domein is het de vraag hoe de veranderde positie van de consument in markt en maatschappij doorwerkt in het recht. Ten aanzien van de prosument is deze vraag in het bijzonder relevant voor de platformeconomie, waarin consumenten aan de aanbodzijde actief zijn. Een platform als Marktplaats.nl geeft gebruikers bijvoorbeeld de mogelijkheid om zaken aan te bieden via een online advertentie. Vinted biedt dezelfde mogelijkheid, maar dan specifiek voor tweedehands kleding.¹³ Aanbieden kan eenmalig, maar ook met een grotere frequentie.

Wat betekent deze ontwikkeling voor de privaatrechtelijke positie van de consument? Biedt bestaande regelgeving voldoende handvatten voor de allocatie van rechten en verplichtingen tussen de betrokken partijen? Als voorlopig antwoord op deze vragen kan worden gesteld: ja, het

bestaande recht biedt handvatten, maar tegelijk is het de vraag of de prosument in de verhouding tot consument en online platform aan redelijke verplichtingen wordt gebonden.

Het bestaande privaatrecht biedt een kader voor de rechten en verplichtingen van handelaars en consumenten. Indien een handelaar professioneel handelt is sprake van een B2C-verhouding en gelden bijzondere regels van consumentenbescherming. In andere gevallen is sprake van een C2C-verhouding, die wordt beheerst door de algemene regels van het verbintenissenrecht. Mogelijk zijn ook regels van bijzonder contractenrecht van toepassing, zoals voor koop, ruil, huur of opdracht. Met toepassing van deze regelgeving kan een afweging worden gemaakt tussen de belangen van partijen. Daarbij geldt als hoofdregel dat een online platform, als derde-partij, in beginsel buiten de rechtsverhouding tussen gebruikers staat. Uitzonderingen op die regel zijn mogelijk indien de wet zo bepaalt, bijvoorbeeld de informatieplicht van het platform om consumenten te informeren of een handelaar professioneel handelt of als particulier,¹⁴ of op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid.¹⁵

Voor prosumenten betekent deze op categorieën gestoelde benadering dat zij in het privaatrecht ofwel als particulier, ofwel als professionele handelaar worden gekwalificeerd, met de daarbij behorende verplichtingen

Voor prosumenten betekent deze op categorieën gestoelde benadering dat zij in het privaatrecht ofwel als particulier, ofwel als professionele handelaar worden gekwalificeerd, met de daarbij behorende verplichtingen. Die categorisering is problematisch, ten eerste omdat er geen objectieve criteria bestaan om te bepalen wie als 'handelaar' kwalificeert. Weliswaar geeft de wet in algemene zin aan dat het gaat om een natuurlijke persoon of rechtspersoon, handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, maar de toepassing van die criteria biedt ruimte voor interpretatie. Weegt bijvoorbeeld mee met welke frequentie transacties worden gesloten en maakt het uit of de handelaar expertise heeft met betrekking tot de aangeboden producten?¹⁶ De bepalingen in de Nederlandse wet waarin de definitie is vastgelegd hebben hun origine in het Europese recht en de uitleg van het begrip op Europees niveau is daarom van belang. Die uitleg geeft iets meer handvatten, maar nog steeds geen objectief antwoord. In het *Kamenova*-arrest identificeert het Europese Hof van Justitie een aantal factoren die een nationale rechter moet meewegen bij de beoordeling of een aanbieder als 'handelaar' kwalificeert onder de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.¹⁷ Die lijst omvat onder andere de volgende factoren: of de verkoop op het online platform op georganiseerde wijze plaatsvindt, of deze verkoop een winsttoegmerk heeft, of de verkoper met betrekking tot de aangeboden goederen beschikt over informatie of technische vaardigheden waarover de consument niet noodzakelijk beschikt, of hij btw-plichtig is, en of de te koop aangeboden producten allemaal van hetzelfde type zijn.¹⁸ Het Hof benadrukt echter dat deze lijst noch uitputtend, noch uitsluitend bedoeld is.¹⁹ In de toepassing zal een oordeel over de kwalificatie afhangen van de wijze waarop de nationale rechter deze, en mogelijk andere, factoren weegt.²⁰

Een tweede probleem met het hanteren van slechts twee categorieën, handelaar en consument, is dat het recht daarmee in veel gevallen geen passende oplossingen biedt. Niet iedere afnemer is een kwetsbare consu-

ment – denk bijvoorbeeld aan miljardair Jeff Bezos die een jacht laat bouwen en voor het uitvaren daarvan de Rotterdamse brug De Hef laat ophalen²¹ – en niet iedere aanbieder is een groot bedrijf met economische macht en onderhandelingscapaciteit. De 'one-size-fits-all'-benadering van het huidige consumentenrecht biedt om die reden niet altijd een passend kader. Op zich is dat te verantwoorden, nu het consumentenrecht is gericht op het beschermen van de *collectieve* belangen van een groep die als kwetsbaar wordt gezien. De hantering van een algemene categorie versterkt de bescherming van deze groep door ze een eenduidig kader van regels te bieden waaraan handelaars zich moeten houden. Dat betekent dat consumenten niet voor iedere afzonderlijke transactie zelf in onderhandeling moeten treden met de handelaar. Mochten zij alsnog benadeeld worden, bijvoorbeeld door onredelijk bezwarende bedingen in de algemene voorwaarden van de handelaar, dan biedt de wet hun bescherming.²² De bescherming van consumenten als categorie bevordert dus een effectieve en efficiënte rechtsbescherming.

Aan de andere kant kan deze benadering minder eenvoudig worden gerechtvaardigd in markten zoals de platformeconomie, waar kleinere handelaars in grote mate actief zijn. Deze groep 'prosumenten' is juist zelf ook in zekere mate kwetsbaar, omdat zij niet dezelfde expertise of ervaring heeft als grote bedrijven, en niet dezelfde economische veerkracht voor het opvangen van bedrijfsmatige tegenvallers of mogelijke aansprakelijkheidsclaims.²³ Als de transacties die prosumenten en consumenten onderling aangaan als B2C-verhouding worden gekwalificeerd, dan zijn de verplichtingen die daarbij horen voor prosumenten in dat licht waarschijnlijk vaak buiten verhouding. Daar staat tegenover dat een kwalificatie als C2C-verhouding, waarop het algemene verbintenisrecht van toepassing is, ten koste gaat van het waarborgen van consumentenbelangen. Met die kwalificatie kunnen consumenten zich niet beroepen op de sterke rechten die zij jegens andere – dat wil zeggen professionele – handelaren hebben en zou juist weer afbreuk worden

13. Zie respectievelijk marktplaats.nl en vinted.nl.

14. Art. 6:230m lid 3 sub b BW. Deze bepaling is vanaf 28 mei 2022 ingevoerd in het BW, en maakt onderdeel uit van de implementatie van de Moderniseringsrichtlijn uit 2019. Zie art. 4 Richtlijn (EU) 2019/2161 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 hand-

having en modernisering van de regels voor consumentenbescherming in de Unie, *PbEU* 2019, p. 7-28.

15. In theorie zou ook een derdenbeding rechten kunnen creëren voor een derde (art. 6:253 BW), maar het is onwaarschijnlijk dat gebruikers een dergelijk beding opnemen ten gunste van een platform.

16. Vgl. art. 6:230g lid 1 sub b BW, art. 6:193a lid 1 sub b BW. Zie M. Schaub, 'Wie is handelaar?', *TvC* 2019, afl. 1, p. 5-13; M.

Schaub, *Onlineplatformen* (Monografieën *Privaatrecht* nr. 19), nr. 23.

17. HvJ EU C-105/17 *Komisija za zaštitu na potrobitelitel/Evelina Kamenova*, ECLI:EU:C:2018:808 (*Kamenova*); Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, *PbEU* 2005, p. 22-39.

18. Voor de volledige lijst, zie HvJ EU C-105/17 *Kamenova*, r.o. 38.

19. HvJ EU C-105/17 *Kamenova*, r.o. 39.

20. Voor voorbeelden, vgl. Schaub, *TvC* 2019, afl. 1, p. 9-10.

21. NRC 3 februari 2022, "'De Hef' in Rotterdam moet uit elkaar voor jacht Bezos'.

22. Vgl. Mak, AA 2017, afl. 7/8, p. 595-596.

23. Vgl. Schelhaas 2018.

gedaan aan het nastreven van effectieve en efficiënte rechtsbescherming van de consument als categorie. Bovendien blijft op online marktplaatsen de partij buiten schot die in economische zin veelal het meest verdient aan dit soort transacties: het online platform dat prosumenten en consumenten met elkaar in contact brengt. De vraag is of het in dit licht wenselijk is een andere aanpak te kiezen. Zou bijvoorbeeld in het privaatrecht een derde categorie, de prosument, moeten worden toegevoegd?

4. De prosument als derde categorie

In mijn Leidse oratie van oktober 2021 heb ik voorgesteld dat de regelgeving met betrekking tot de activiteiten van prosumenten op online platforms inderdaad anders moet.²⁴ De grondslag van die benadering zou moeten liggen in een herijking van de wijze waarop derdenverhoudingen in het privaatrecht zijn gereguleerd. Daarbij zal in eerste instantie naar nationaal privaatrecht moeten worden gekeken, omdat het een doctrinair kader biedt waarbinnen een zorgvuldige belangenafweging kan worden gemaakt tussen de betrokken partijen. De uitkomsten kunnen worden doorgetrokken naar het Europese recht, waarover hieronder meer.

De grondslag van die benadering zou moeten liggen in een herijking van de wijze waarop derdenverhoudingen in het privaatrecht zijn gereguleerd

In het Nederlandse recht geldt als beginsel dat een overeenkomst alleen verbintenissen schept tussen partijen.²⁵ Dat is anders indien de wet zo bepaalt, indien partijen een derdenbeding opnemen,²⁶ of indien uit ongeschreven normen volgt dat een derde rechten of plichten heeft op grond van de overeenkomst.²⁷ Een voorbeeld is het geval waarin de exploitant van een supermarkt in een winkelcentrum de huurovereenkomst opzegt met zijn verhuurder. Die opzegging kan tot gevolg hebben dat minder winkelend publiek naar het winkelcentrum komt. Onder omstandigheden kunnen kleine winkeliers schadevergoeding vorderen van de supermarktexploitant.²⁸

De ratio achter deze benadering is dat partijen vrij zijn om zelfstandig vorm en invulling te geven aan rechtsverhoudingen die zij met anderen aangaan. In het contractenrecht is dit autonomiebeginsel nog steeds leidend. Over de betekenis van autonomie in driepartijenverhoudingen bestaat overigens geen eenduidige opvatting in de literatuur. In de lijn van Vranken kan autonomie verder gaan dan de eigen (contracts)vrijheid en ook omvatten dat de zelfverwezenlijking van anderen wordt gerespecteerd.²⁹ Dat kan betekenen dat in driepartijenverhoudingen de rechten en plichten van partijen niet afzonderlijk

maar in onderlinge samenhang, of als netwerk, zouden moeten worden bekeken.³⁰ Deze opvatting heeft in het huidige recht nog geen algemene gelding gekregen.³¹ Volgens de heersende leer wordt de verhouding van contractspartijen tot derden, voor zover niet door de wet geregeld, beheerst door de regeling van onrechtmatige daad. Du Perron verklaart die benadering uit de relativiteit van het contract, gebaseerd op autonomie en vertrouwen. Hij voegt daar wel een belangrijke clausulering aan toe, namelijk dat het recht in sommige gevallen normen oplegt, bijvoorbeeld omdat de eisen van het rechtsverkeer of de redelijkheid en billijkheid dat vereisen. Deze 'heteronome normen' moeten volgens hem niet worden gezien als een doorkruising van de autonomie of het vertrouwensbeginsel, maar eerder als aanvulling voor wanneer de grenzen van die beginselen worden overschreden.³²

Toegepast op deelnemers aan de digitale economie, betekent dit dat zij in beginsel vrij zijn om zelf invulling te geven aan hun contractuele verhoudingen. Zoals hierboven gezegd kent die vrijheid weinig begrenzing in wettelijke regelingen. Mijns inziens is een andere aanpak gewenst.

Het uitgangspunt dat derden geen partij zijn bij contracten zou in deze context kunnen worden opgerekt. In de benadering van Du Perron zou dat kunnen via heteronome normen, zoals de goede trouw, of dwingend recht. De rechtvaardiging voor een dergelijke doorkruising van de contractsvrijheid van partijen kan erin worden gevonden dat autonomie twee kanten op werkt. Niet alleen contractspartijen zelf hebben recht op zelfverwezenlijking, maar ook derden die door hun contractuele relatie geraakt worden.³³ Daarmee is de autonomie van een online platform dat producten of diensten van derde-aanbieders aan consumenten adverteert begrensd door de autonomie van de derde-aanbieder. Overigens past deze benadering ook in de door Vranken voorgestane invulling van het autonomiebeginsel,³⁴ zij het dat mijn pleidooi niet strekt tot een netwerk-benadering in de digitale economie.

Concreet zou deze benadering aanleiding kunnen geven tot een aantal aanpassingen in de regelgeving met betrekking tot de activiteiten van prosumenten op online platforms. Ik trek de conclusies uit het Nederlandse recht door naar het Europese niveau, met de kanttekening dat deze uitkomsten zouden kunnen worden versterkt of aangepast op grond van rechtsvergelijkend onderzoek naar benaderingen in andere rechtssystemen.

Ten eerste zou op Europees niveau de *Kamenova*-definitie van handelaars verder kunnen worden uitgewerkt teneinde duidelijk te maken onder welke omstandigheden een prosument van kleur verschiet van particulier naar professioneel handelaar. Dat zou kunnen leiden tot de introductie van een nieuwe categorie 'prosument', tussen consument en handelaar in. Als elementen kunnen daarin meewegen: de omvang en frequentie van verkoop of dienstverlening, expertise van de prosument, de aard en de organisatie van het aanbod. Mogelijk moet onderscheid worden gemaakt tussen aanbieders op verschillende typen platforms, nu de verscheidenheid groot is.³⁵ De Europese wetgever kan inspiratie opdoen uit nationale rechtssystemen voor het vaststellen van een lijst van objectieve kenmerken.

Ten tweede kan, verband houdend met deze nieuwe categorisering, worden onderzocht welke rechten en verplichtingen aan de status van prosumant verbonden moeten zijn. De balans tussen de drie partijen – platform, prosumant en consument – zou daarbij kunnen worden verlegd zodat het platform deels verantwoordelijkheid neemt voor de prosumant. In het Europese voorstel voor een Digital Services Act (DSA) kan een invulling daarvan zijn om aansprakelijkheid voor prosumanten te beperken en te kanaliseren naar het platform.³⁶ De Model Rules on Online Platforms van de European Law Institute (ELI) kiezen die aanpak en lijken een aantal amendementen van het Europese Parlement bij het DSA-voorstel te hebben geïnspireerd.³⁷ Onder de ELI-regels zou een platform hoofdelijk aansprakelijk zijn naast de aanbieder voor onduidelijke of ontbrekende informatie (artikel 19) en kunnen worden aangesproken voor remedies indien het platform een ‘predominant influence’ heeft over de aanbieder (artikel 20).³⁸ Die laatste regel is gebaseerd op de Amerikaanse zaak *Oberdorf/Amazon*, waarin Amazon als verkoper werd aangemerkt, ondanks dat derde-aanbieders verantwoordelijk waren voor de verkoop en levering van zaken via het platform.³⁹ Verder zouden aanpassingen kunnen worden gemaakt in Europese Richtlijnen op het gebied van het consumentenrecht, zoals de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, de Richtlijn oneerlijke bedingen,⁴⁰ de Richtlijn consumentenrechten⁴¹ en de Richtlijn consumentenkoop.⁴² Voor zover deze Richtlijnen

van toepassing zijn op platformverhoudingen, kan worden bezien of de verantwoordelijkheid voor transparantie, eerlijkheid en het verzorgen van remedies niet alleen op prosumanten zou moeten rusten maar ook op platformbeheerders.

5. Vergezichten voor een herijking van het consumentbeeld in het privaatrecht

De analyse van de positie van prosumanten in privaatrechtelijke verhoudingen is één voorbeeld van een gebied waarop herijking van het consumentbeeld – en navenant het handelaarsbegrip – wenselijk is in het licht van maatschappelijke ontwikkelingen. Een herijking van het consumentbeeld kan ook op andere terreinen plaatsvinden. In de inleiding van deze bijdrage werd reeds gewezen op de verantwoordelijkheid van consumenten met betrekking tot duurzaamheid en de kwetsbaarheid van consumenten in digitale markten. Beide ontwikkelingen gaan de huidige B2C-benadering van het consumentenrecht te buiten. De vraag is echter of, en zo ja welke, alternatieven bestaan voor beter passende regulering. Met deze vraag is een onderzoeksagenda gegeven die de komende jaren verdere uitwerking zal gaan krijgen.⁴³ Om in grote lijnen aan te geven via welke lijnen de herijking van het consumentbeeld onderzocht zal worden, schets ik een paar vergezichten.

Ten eerste is het van belang dat op Europees niveau is erkend dat het bestaande consumentbeeld aan herziening toe is. Een beleidsdocument van de Europese Commissie uit 2016 geeft aan dat in de regulering van consumentenmarkten rekening moet worden gehouden met factoren die verder gaan dan de individuele kenmerken van consumenten. Kwetsbaarheid kan voor consumenten ook ontstaan uit ‘socio-demographic characteristics, behavioural characteristics, personal situation, or market environment’.⁴⁴ De vraag hoe dergelijke situationele of structu-

Een herijking van het consumentbeeld kan ook op andere terreinen plaatsvinden

24. V. Mak, *De prosumant en de digitale economie. Een verkenning van het privaatrecht van de toekomst* (oratie Universiteit Leiden, 15 oktober 2021). De navolgende alinea's van para. 4 zijn ontleend aan deze tekst.

25. Art. 6:213 jo. 6:261 BW.

26. Art. 6:253 BW.

27. Asser-Sieburgh 6-III 2018/523 e.v.

28. Vgl. HR 24 september 2004, *NJ* 2008/587, m.nt. C.E. du Perron, ECLI:NL:HR:2004:AO9069 (*Vleesmeesters/Alog*).

29. J.B.M. Vranken, ‘Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht’, in: M.A.B. Chao-Duvis & H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginselen van het contractenrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 145-155.

30. J.B.M. Vranken, ‘Overeenkomst en derden na tien jaar nieuw BW: een kritische evaluatie’, *WPNR* 2002/6472, p. 39.

31. Zie over netwerken S. van Gulijk, ‘Con-

tractual Networks in Construction Services: a Dutch building block?’, *European Review of Private Law (ERPL)* 2017, vol. 25, afl. 5, p. 859-880; T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Networks and Informal Contract Law’ in: R. Brownsword, R.A.J. van Gestel & H.-W. Micklitz (red.), *Contract and Regulation*, Cheltenham: Edward Elgar 2017, p. 235-256.

32. C.E. Du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), 1999; Asser/Sieburgh 6-III 2018/523; Vranken, *WPNR* 2002, p. 42.

33. Du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), 1999.

34. Zie Vranken 2000, p. 145.

35. Vgl. B. Devolder, *Gebruikersbescherming in de deeleconomie. Een nieuw evenwicht in de contractuele driehoek* (diss. Leuven), 2021, p. 221-224 over kwalitatieve en kwantitatieve criteria. Een eenduidige oplossing bestaat nog niet.

36. Bijvoorbeeld middels een koppeling van art. 22 (verificatieplicht) aan art. 5 lid 3 (platformaansprakelijkheid bij schijn van

handelen in naam van het platform). Zie C.

Busch & V. Mak, ‘Putting the Digital Services Act in Context’, *Journal of European Consumer and Market Law* 2021, vol. 10, afl. 3, p. 109. Vgl. C.A.N.M.Y. Cauffman & C. Goanta, ‘A New Order: The Digital Services Act and consumer protection’, *European Journal of Risk Regulation* 2021, vol. 12, afl. 4, p. 758-774.

37. De DSA is inmiddels aangenomen. De definitieve tekst is ten tijde van het schrijven van dit stuk nog niet beschikbaar.

38. Voor de toepasselijkheid van deze bepalingen is het niet relevant of de aanbieder een particulier of een professionele handelaar is (art. 21 Model Rules). Dat is een verstrekende bepaling, die verder gaat dan andere bestaande regels van EU-recht. Zie bijvoorbeeld HvJ EU C-149/15 *Sabrina Wathelet/Garage Bietheres & Fils SPRL*, ECLI:EU:C:2016:840 (*Wathelet*).

39. *Oberdorf/Amazon.com*, 930 F3d 136 (3d Cir 2019) en toelichting op art. 21 ELI Model Rules.

40. Richtlijn 1993/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PbEEG* 1993, p. 29-34.

41. Richtlijn 2011/83/EU betreffende consumentenrechten, *PbEU* 2011, p. 64-88.

42. Richtlijn (EU) 2019/771 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, *PbEU* 2019, p. 28-50. Deze richtlijn vervangt Richtlijn 1999/44/EG betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, *PbEU* 1999, p. 12-16.

43. NWO Vici-project ‘These Shoes Don’t Fit! – How can consumer interests be protected when consumer identities are increasingly diffuse?’ (2022-2027).

44. Europese Commissie, ‘Understanding Consumer Vulnerability in the EU’s Key Markets’ (januari 2016), ec.europa.eu/info/publications/understanding-consumer-vulnerability-eus-key-markets_en. Zie ook P. Siciliani, C. Riefa & H. Gamper, *Consumer Theories of Harm*, Oxford: Hart Publishing 2019.

rele⁴⁵ factoren moeten worden geïntegreerd in regulering en beleid is nog niet beantwoord. Wel is duidelijk dat de Europese wetgever een herziening van consumentenrecht en -beleid hoog op de agenda heeft staan. Dat is inmiddels ook zichtbaar geworden in het DSA-voorstel, waarin bepalingen zijn opgenomen ter bescherming van consumenten op online platforms, en voor wat betreft duurzaamheid in de EU Green Deal en aanverwante initiatieven voor regelgeving.⁴⁶

De start van een herijking op Europees niveau is in meerdere opzichten gunstig. Op deze manier worden alle EU-lidstaten meegenomen in een proces van herijking en wordt voorkomen dat sommige landen, waar consumentenbescherming pas recent tot bloei kwam, achterblijven bij de meer vooroplopende landen in de Unie. Ter illustratie: in een aantal Midden- en Zuid-Europese landen wordt al een aantal jaren geprocedeerd over wisselkoersbedingen in consumentenhypotheeken, die de eigen valuta koppelden aan een sterke munt als de euro of de Zwitserse frank. In de praktijk bleek het risico van een koersval contractueel bij de consument te liggen. Over de vraag of sprake is van oneerlijke bedingen zijn nationale rechters het niet eens en op dit punt worden grote verschillen gezien in de invulling van het 'gemiddelde consument'-begrip uit het Europese recht, die afwijken van de benadering die in andere EU-landen wordt gevolgd.⁴⁷

Een Europese benadering past verder bij de rol die de EU wereldwijd opzoekt als voortrekker in de regulering van digitale markten. In dat opzicht wordt de DSA gezien als een eerste grote stap in het aan banden leggen van de macht van BigTech.⁴⁸ Ook in andere delen van de wereld worden stappen gemaakt in de herijking van consumentenrecht en -beleid, maar die zijn in het algemeen bescheidener van omvang en de ontwikkeling ervan gaat minder snel. Zo is in een aantal van de Verenigde Staten regelgeving aangenomen over een 'right to repair' voor consumentenzaken, ter bevordering van duurzame consumptie. Europa heeft dergelijke regelgeving nog niet, al wordt eraan gewerkt, maar gaat voortvarender te werk in het uitzetten van een brede strategie voor duurzame productie en consumptie.⁴⁹

Als op het EU-niveau wordt begonnen met de herijking, dan is een belangrijke vraag of het beeld van de 'gemiddelde consument' dat in het EU-recht leidend is aanpassing behoeft en zo ja, in welke vorm. De gemiddelde consument wordt geacht een 'gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument' te zijn, die bewust de informatie of labels leest die hem word(t)en aangereikt en op basis daarvan een geïnformeerd besluit neemt of kan nemen over een overeenkomst.⁵⁰ Uit gedragsstudies is bekend dat dit begrip niet aansluit bij de realiteit, nu consumenten veelal informatie niet lezen of niet goed begrijpen.⁵¹ In wetgeving en rechtspraak wordt echter maar beperkt rekening gehouden met afwijkingen van de standaardnorm. Bij oneerlijke handelspraktijken wordt wettelijk grotere bescherming geboden aan consumenten die kwetsbaar zijn vanwege een mentale of lichamelijke handicap, hun leeftijd, of goedgelovigheid.⁵² Eveneens bij oneerlijke handelspraktijken wordt door de rechter in sommige gevallen rekening gehouden met de wijze waarop consumenten informatie verwerken, als blij-

De vragen op Europees niveau moeten worden beantwoord in wisselwerking met het nationale privaatrecht

kend uit gedragsstudies.⁵³ Buiten deze gevallen is het beeld van de 'gemiddelde consument' leidend. Zou het echter mogelijk zijn om dat beeld aan te passen zodat bijvoorbeeld rekening kan worden gehouden met situationele factoren of structurele factoren die ongelijkheid in de hand werken?

De vragen op Europees niveau moeten worden beantwoord in wisselwerking met het nationale privaatrecht. Zoals in de analyse van de positie van de prosument bleek, biedt een doctrinaire analyse van het nationale recht een toetsingskader voor de belangenafweging van verschillende partijen. De wijze waarop Europees privaatrecht en nationaal privaatrecht zich tot elkaar verhouden, en of sprake is van conflict, substitutie, hybride oplossingen, of convergentie, blijven in dat opzicht relevant.⁵⁴

Tot slot: met de roep om herijking is het niettemin van belang om in het achterhoofd te houden dat het consumentenrecht dat zich sinds de jaren zestig heeft ontwikkeld van grote betekenis is geweest voor de bescherming van zwakkere partijen in het recht. Ook als die term 'zwakte' nieuwe invulling krijgt, mag dat niet worden vergeten. De bescherming van de categorie moet misschien gewoon blijven bestaan. Dat sluit niet uit dat daarnaast nieuwe categorieën kunnen worden toegevoegd, zoals de prosument. •

45. Situationeel houdt in dat een consument onder bepaalde omstandigheden kwetsbaar kan zijn maar dat in andere gevallen niet is. Structureel houdt in dat in gegeven omstandigheden alle consumenten kwetsbaar zijn. Zie Europese Commissie 2016, p. 2.

46. Zie ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_nl.

47. Zie E. Mišćenić, 'Currency Clauses in CHF Credit Agreements: A "small wheel" in the Swiss loans' mechanism', *EuCML* 2020, vol. 9, afl. 6, p. 226-235.

48. 'Met historisch akkoord herschrijft Brussels de regels voor het internet', *NRC* 23 april 2022.

49. E. Terryn, 'A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law', *ERPL* 2019, vol. 27, afl. 4, p. 851-873.

50. Vgl. HvJ EU C-210/96 *Gut Springenheide GmbH en Rudolf Tusky/Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt – Amt für Lebensmittelüberwachung*, *Jur.* 1998, p. I-4657 (*Gut*

Springenheide), r.o. 31. Zie ook art. 5(2) Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken, en vooroverweging 18. Zie art. 6:193b lid 2 sub b BW.

51. Voor een overzicht, zie J.A. Luzak, 'Who Calls the Tune? Stocktaking of behavioural consumer protection in Europe', in: H.-W. Micklitz, A.-L. Sibony & F. Esposito (red.), *Research Methods in Consumer Law: A Handbook*, Cheltenham: Edward Elgar 2018, p. 239 e.v.

52. Art. 5(3) Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken. Zie art. 6:193a lid 2 BW.

53. HvJ EU C-195/14 *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e.V./Teekanne GmbH & Co.*, ECLI:EU:C:2015:361 (*Teekanne*).

54. Zie H.-W. Micklitz & Y. Svetiev, 'A self-sufficient European Private Law – A viable concept?', *Working Paper EU Law* 2012/31.