



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Prijspersonalisatie en privaatrecht

Heidary, K.; Leuyerink, R.; Bartels, S.E.; Boom, W.H. van

Citation

Heidary, K. (2024). Prijspersonalisatie en privaatrecht. In R. Leuyerink, S. E. Bartels, & W. H. van Boom (Eds.), *Serie Onderneming en Recht* (pp. 369-388). Deventer: Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4170272>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4170272>

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

PRIJSPERSONALISATIE EN PRIVAATRECHT

K. Heidary¹

1. Inleiding

Wie op het internet een product of dienst aanschaft, betaalt lang niet altijd hetzelfde bedrag als anderen. Dit kan komen omdat de kosten verschillen of doordat er een verandering plaatsvindt in vraag en aanbod, maar het prijsverschil kan ook gebaseerd zijn op persoonlijke kenmerken van consumenten. Dat laatste is het fenomeen gepersonaliseerde prijzen, waarbij door middel van het analyseren van consumentendata door bedrijven een inschatting wordt gemaakt van de bereidheid van de consument om een product of dienst tegen een bepaalde prijs af te nemen.

De snel toenemende stroom van persoonsgegevens, in combinatie met technologische ontwikkelingen die het mogelijk maken om deze data te analyseren en op waarde te schatten, maakt het voor bedrijven steeds beter mogelijk om prijzen te personaliseren op basis van wat zij over consumenten (denken te) weten. Deze data worden geobserveerd, afgeleid uit gedrag of door de consument zelf aangedragen. Dit kan informatie zijn over iemands toesteltype of aankoopgedrag, maar ook het soort pagina's dat men bekijkt, *socialmediagegevens* en zelfs het batterijpercentage van het toestel waarmee op het internet wordt gesurft.² Vooral wanneer deze datapunten worden gecombineerd, kunnen bedrijven een aardig profiel

1 Mr. drs. K. (Kimia) Heidary is als promovenda verbonden aan de afdeling Bedrijfs-wetenschappen van de faculteit Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden.

2 In april 2023 vond de Brusselse krant *Dernière Heure* bewijs dat Uber hogere prijzen rekende voor toestellen met een laag batterijpercentage. Uber ontkende alle beschuldigingen. In 2016 deelde Uber overigens zelf al de observatie dat consumenten een hogere betalingsbereidheid tonen wanneer hun toestel bijna uitvalt. Het bedrijf beweerde ook toen stellig niet op basis van deze observatie te handelen. Zie voor het onderzoek: Y. Natelhoff, 'Différents tarifs pour une même course: Uber ne met pas tout le monde sur un même pied d'égalité!', *La DH Les Sports+* 10 april 2023, www.dhnet.be/conso/auto-moto/2023/04/10/differents-tarifs-pour-une-meme-course-uber-ne-met-pas-tout-le-monde-sur-un-meme-pied-degalite-CE3CGQL3EVH6HAJN33NRKM36Q4/.

opbouwen en naargelang experimenteren met prijzen.³ Idealiter zijn de gegevens zo veel mogelijk *realtime*, om een zo accuraat mogelijk beeld te geven van de soms veranderlijke identiteiten van consumenten.

Onderscheid maken tussen consumenten en de prijs die zij betalen, is niet nieuw. Zo betalen studenten en ouderen al sinds jaar en dag een lagere prijs als gevolg van studenten- en seniorenkorting. Ook op plekken waar niet alle producten van vaste prijzen zijn voorzien, zoals bijvoorbeeld op de stadsmarkt of bij een autodealer, zullen consumenten met sterke onderhandelingsvaardigheden vaak met een betere deal weglopen dan consumenten die hun interesse in het product niet goed genoeg kunnen verhullen. Of denk aan loyale klanten die speciale kortingen aangeboden krijgen. Op het eerste gezicht vrij onschuldige en doorgaans geaccepteerde manieren om onderscheid te maken tussen consumenten.

Alle andere vormen van prijsdiscriminatie kunnen op minder acceptatie rekenen. Uit anekdotisch bewijs en empirisch onderzoek blijkt dat de praktijk vaak weerstand oproept bij consumenten; zij beschouwen de praktijk over het algemeen als oneerlijk en onwettig.⁴ Er zijn voorbeelden denkbaar die, hoewel zij een diepgeworteld onderdeel uitmaken van onze dagelijkse levens, nog steeds discussies over aanvaardbaarheid oproepen. Een daarvan is het onderscheid maken op basis van geslacht, waarbij vrouwen vaak aan het kortste eind trekken en een hogere prijs betalen: de zogeheten *pink tax*.⁵ Een ander voorbeeld is het selectief rekenen van

3 Voor een overzicht van soorten data die kunnen worden verzameld voor prijspersonalisatie, zie OESO, *Personalised Pricing in the Digital Era. Background Note by the Secretariat*, p. 11, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)13/en/pdf).

4 J. Turow, L. Feldman & K. Meltzer, 'Open to Exploitation: America's Shoppers Online and Offline', *Departmental Papers (ASC)* 2005, p. 1-40; J. Poort & F.J. Zuiderveen Borgesius, 'Does everyone have a price? Understanding people's attitude towards online and offline price discrimination', *Internet Policy Review* 2019, 8(1), p. 1-20.

5 Zo betalen vrouwen in de VS bijvoorbeeld gemiddeld 7% hogere prijzen dan mannen. Zie Department of Consumer Affairs, *From Cradle to Cane. The Cost of Being a Female Consumer*, www.nyc.gov/assets/dca/downloads/pdf/partners/Study-of-Gender-Pricing-in-NYC.pdf.

Zie voor onderzoek van eigen bodem L. Zoetekouw, 'Vrouwen betalen vaak meer voor hetzelfde product', *NRC* 28 december 2015, www.nrc.nl/nieuws/2015/12/29/vrouwen-betalen-vaak-meer-voor-hetzelfde-product-a1494167.

hogere prijzen, bijvoorbeeld voor consumenten die in een rijkere wijk wonen⁶ of een 'boete' voor vaste klanten.⁷

Naarmate de praktijk zich verder ontwikkelt, zullen de consumentenprofielen en de onderliggende technologie naar verwachting ook verfijnder worden. In de bestaande literatuur klinken in ieder geval al langere tijd geluiden die waarschuwen voor de potentiële risico's en uitdagingen die prijspersonalisatie met zich meebrengt. De uitdagingen die worden genoemd, zien met name op de potentieel negatieve consequenties die prijspersonalisatie zou kunnen hebben voor het vertrouwen van consumenten en de reeds asymmetrische relatie tussen bedrijven en consumenten. Hoewel die informatieasymmetrie tussen bedrijven en consumenten niet nieuw is en onze gegevens al langer voor allerlei soorten personalisatie worden gebruikt (zoals aanbevelingen of advertenties), raakt de personalisatie en bijbehorende informatieasymmetrie nu aan een fundamenteel aspect van de overeenkomst: de prijs.

Deze bijdrage gaat over de mogelijkheid en wenselijkheid om de juridische bezwaren die met prijspersonalisatie worden geassocieerd, via het privaatrecht in te perken. Is er sprake van een eerlijke transactie wanneer dit soort praktijken – veelal met behulp van algoritmen – worden gebruikt en hoe verhoudt dit zich tot de contractuele rechtvaardigheid die wij in het privaatrecht kennen? Kan (of: moet) het privaatrecht deze praktijk wel bijbenen? Om tot een uiteindelijke beantwoording van deze vraag te komen, zal ik een aantal tussenstappen nemen. In deze bijdrage begin ik met een korte uiteenzetting van wat prijspersonalisatie nu precies is – en misschien belangrijker: wat het niet is (paragraaf 2). Vervolgens behandel ik de juridische relevantie en de percepties rondom de praktijk (paragraaf 3) en het huidige wettelijk kader (paragraaf 4). Ik sluit af met de beoogde rol van het privaatrecht, inclusief bescheiden vooruitblik (paragraaf 5).

6 S. Maxwell & E. Garbarino, 'The identification of social norms of price discrimination on the internet', *Journal of Product & Brand Management* 2010-3, 19, p. 218-224.

7 Vooral ouderen, laagopgeleiden en mensen met een laaginkomen zijn de dupe van deze zogenoemde 'vasteklantboete'. Zie T. Voermans, 'Miljoenen Nederlanders stappen nooit over en betalen zich blauw aan energie en telecom', *AD.nl* 25 januari 2020, www.ad.nl/binnenland/miljoenen-nederlanders-stappen-nooit-over-en-betalen-zich-blauw-aan-energie-en-telecom~a997c39a/.

2. Wat is prijspersonalisatie?

Zoals in de inleiding reeds is besproken, behelst prijspersonalisatie het rekenen van verschillende prijzen voor consumenten voor hetzelfde product, op basis van consumentendata.⁸ Het verschil in prijs is daarbij niet te verklaren door een verschil in (marginale) kosten. Prijsverschillen door bijvoorbeeld hogere verzend- of leveringskosten, of door verzekeren die een hoger risico opleveren voor een verzekeraar, worden niet als prijspersonalisatie aangemerkt.⁹ De inschatting die door een bedrijf over de betalingsbereidheid van een consument wordt gemaakt, hoeft niet tot op de cent accuraat te zijn om van personaliseerde prijzen te kunnen spreken. De bereidheid om te betalen verandert namelijk ook regelmatig, mede doordat deze sterk afhankelijk is van levensfasen en op dat moment geldende voorkeuren.

De oplettende lezer zal opmerken dat de termen 'prijspersonalisatie' en 'prijsdiscriminatie' in deze bijdrage soms door elkaar heen worden gebruikt. Prijspersonalisatie is prijsdiscriminatie, maar prijsdiscriminatie is niet altijd prijspersonalisatie. Prijsdiscriminatie kent twee modi: direct en indirect onderscheid.¹⁰ In het geval van directe prijsdiscriminatie baseert het bedrijf de prijzen op waarneembare verschillen in consumentenkenmerken, afgeleid uit informatie die zij over de consument hebben. Dit kan eerstegraads, per individu de betalingsbereidheid vaststellen en naargelang prijzen rekenen, of derdegraads, het hanteren van prijsverschillen tussen globale segmenten. In sommige situaties zijn de verschillen niet direct waarneembaar; de aanbieder geeft consumenten dan de keuze uit een 'menu' met verschillende opties. In dat geval spreken we van tweedegraads prijsdiscriminatie. Denk bijvoorbeeld aan kwantumkortingen, met een lagere prijs voor grootverpakkingen dan reguliere verpakkingen. De consument selecteert dan zelf van welke optie hij of zij gebruik wil maken. Indirect delen zij zich daarmee zelf in bij segmenten van bijvoor-

8 Dit is een veelgebruikte definitie, zie bijvoorbeeld J. Poort & F.J. Zuiderveen Borgesius, 'Prijsdiscriminatie, privacy, en publieke opinie', AA 2019-7/8, p. 580-590 en P. Rott, J. Strycharz & F. Alleweldt, *Personalised Pricing*, november 2022, p. 8, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/734008/IPOL_STU\(2022\)734008_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/734008/IPOL_STU(2022)734008_EN.pdf).

9 Voor meer voorbeelden van prijsverschillen die geen prijspersonalisatie opleveren, zie H. Varian, 'Price Discrimination', in: R. Schmalensee & R.D. Willig (red.), *Handbook of Industrial Organization*, Amsterdam: Elsevier 1980, p. 598-654.

10 L.A. Stole, 'Price Discrimination and Competition', in: R. Schmalensee & R.D. Willig (red.), *Handbook of Industrial Organization*, Amsterdam: Elsevier 2007, p. 2223-2299.

beeld prijsgevoelige klanten of grootverbruikers; vandaar dat deze vorm de term 'indirecte prijsdiscriminatie' draagt.

Prijspersonalisatie is directe prijsdiscriminatie en begint bij het verzamelen van consumentendata. Om vervolgens tot verschillende segmenten en bijbehorende prijzen te kunnen komen, is het van belang om onderscheid te kunnen maken tussen consumenten en hun (geschatte) betalingsbereidheid. Als iedereen hetzelfde bereid is te betalen voor een product of dienst en er geen waarneembare verschillen zijn tussen consumenten, is het voor een bedrijf ook niet rendabel om een discriminerende prijsstrategie uit te rollen.¹¹ Ervan uitgaande dat er inderdaad verschillen zijn in de betalingsbereidheid van consumenten, kan de segmentatie in principe zo specifiek of algemeen mogelijk worden uitgerold als de aanbieder zou willen (en kunnen). Eerder werden eerste- en derdegraads prijsdiscriminatie genoemd. Samen vormen zij een spectrum waarlangs persoonlijke prijzen kunnen worden geclassificeerd. Aan de linkerkant van het spectrum bevindt zich de derdegraads prijsdiscriminatie: de segmentatie vindt dan plaats op groepsniveau en er is meestal sprake van een 'ja/nee'-vraag die beantwoord dient te worden. Ben je student? Woon je in land X? Ben je vrouw? Afhankelijk van het antwoord, wordt er een bijbehorende prijs aangeboden. Het gaat hier dus vaak om één datapunt (studentstatus, verblijfplaats, geslacht) en als resultaat vrij globale segmenten. Bewegen we ons meer naar de rechterkant van het spectrum, dan treffen we daar eerstegraads prijsdiscriminatie aan: een persoonlijke prijs voor ieder individu. Dat zou bijvoorbeeld betekenen dat binnen het segment 'student' iedere student zijn of haar eigen prijs gerekend zou krijgen, als resultaat van verfijnde profielen die uit een combinatie van meerdere datapunten bestaan. Wat we nu vooral zien, voor zover herleidbaar uit empirisch onderzoek en anekdotisch bewijs, is dat prijspersonalisatie zich ergens in het midden van dit spectrum bevindt, met een trend naar rechts: consumentendata wordt gebruikt om bestaande segmenten te verfijnen en te optimaliseren.¹²

Om van prijspersonalisatie te kunnen spreken, moet het verschil in prijs te wijten zijn aan verschillen in consumentendata. Een nauw verwante praktijk is dynamisch prijzen, het fluctueren van de prijs op basis van

11 Zie voor andere randvoorwaarden van rendabele prijsdiscriminatie Stole 2007, p. 2226.

12 Zie het eerdergenoemde OESO-rapport voor meer inzicht in deze trend naar rechts.

schommelingen in vraag en aanbod.¹³ Zo bieden bioscopen overdag en doordeeweeks vaak verlaagde ticketprijzen aan, kan men tijdens de daluren voor een lager tarief met het openbaar vervoer reizen en vragen luchtvaartmaatschappijen doorgaans een hogere prijs voor een ticket dat enkele dagen voor de vlucht is geboekt in plaats van een halfjaar van tevoren. Iedere consument die op een bepaald tijdstip een ticket, treinkaartje of vliegticket aanschaft, zou onder het regime van dynamisch prijzen dezelfde prijs gepresenteerd moeten krijgen. In principe leidt deze aanpak niet meteen tot verontwaardigde reacties, al zijn er wel anekdotische voorbeelden waarbij dynamische prijszetting niet goed viel bij het publiek. Zo reagerden consumenten onthutst op het nieuws dat er een Coca-Colamachine in het leven was geroepen die door middel van een temperatuursensor op hete zomerdagen een hogere prijs rekende voor een flesje cola.¹⁴ Ook taxiplatforms Uber en Lyft die na een schietincident in de New Yorkse wijk Brooklyn – waarbij mensen de wijk in paniek probeerden te ontvluchten – de prijzen voor een rit verhoogden, konden op weinig sympathie rekenen.¹⁵ In beide gevallen werden bedrijven ervan beschuldigd consumenten te exploiteren. De bedrijven riepen de betreffende praktijken snel een halt toe: Coca-Cola haalde de machines weg, Uber en Lyft schakelden het zogeheten *surge pricing* systeem uit tot het gevaar binnen de betreffende wijk was geweken.

In de praktijk zijn dynamische prijzen en prijspersonalisatie lang niet altijd uit elkaar te houden: zo kan het toch voorkomen dat twee personen die allebei op dezelfde dag om acht uur 's ochtends een vliegticket proberen te boeken, twee verschillende prijzen te zien krijgen. Bovendien kan men stellen dat er wel degelijk prijsdiscriminatie plaatsvindt, namelijk op basis van tijd. Treinreizigers die niet anders kunnen dan in de spits rijden, kunnen geen aanspraak doen op de lagere prijzen die in de daluren gelden. Families die in verband met schoolvakanties niet buiten het hoogseizoen kunnen reizen, betalen een hogere prijs dan laagseizoenreizigers. De tijd waarop men een product of dienst afneemt, is daarmee een datapunt in het consumentenprofiel.

13 OESO 2018, par. 17.

14 C.L. Hays, 'Variable-Price Coke Machine Being Tested', *New York Times* 28 oktober 1999, www.nytimes.com/1999/10/28/business/variable-price-coke-machine-being-tested.html.

15 L. Bever, 'Uber, Lyft Uber, Lyft refund prices that spiked amid Brooklyn subway shooting', *Washington Post* 13 april 2022, www.washingtonpost.com/nation/2022/04/13/uber-lyft-brooklyn-shooting/.

Een andere verwante praktijk is zoekdiscriminatie. Hier gaat dezelfde technologie en data-analyse aan vooraf als bij prijspersonalisatie of andersoortige personalisatietechnieken, alleen worden de verkregen inzichten gebruikt om de volgorde waarin de producten of diensten worden getoond te personaliseren. De prijs van de producten die worden getoond blijft dus hetzelfde, alleen krijgen consumenten met een volgens de aanbieder hogere betalingsbereidheid eerst de duurdere opties te zien.¹⁶ Consumenten die niet de moeite nemen om verder naar beneden te scrollen en prijzen te vergelijken, betalen de hoofdprijs. Deze praktijk verschilt van prijspersonalisatie, omdat de daadwerkelijke prijzen van het product of de dienst niet veranderen.

De laatste verwante praktijk is productdifferentiatie (Engels: *versioning*). Hierbij worden ook verschillende prijzen gerekend, alleen vloeien deze voort uit (subtiele) verschillen in het aangeboden product. Het gaat dus niet om hetzelfde product, zoals dat bij prijspersonalisatie wel het geval is. De onderliggende gedachte is wel vergelijkbaar met prijspersonalisatie, namelijk dat consumenten verschillen in hun voorkeuren en betalingsbereidheid. Zo worden aan softwarepakketten functies toegevoegd of weggelaten en worden smartphones vaak met verschillende niveaus van opslagcapaciteit uitgebracht. Voor ieder wat wils: hogere kwaliteit voor een hogere prijs, of andersom. Om het verschil tussen segmenten te bewaken, gaan aanbieders soms ver. Het oudste voorbeeld hiervan dateert uit 1849: de Franse spoorwegen. Er werden drie reisklassen aangeboden, waarbij de derde klas op zijn zachts gezegd nogal karig was: de rijtuigen hadden geen dak en de reizigers moesten op houten planken zitten. Hoewel er breed werd geklaagd over het ongemak, was het doel bereikt: voorkomen dat de passagiers die het tarief van de tweede klas konden betalen, derde klas zouden reizen. Een ander voorbeeld stamt uit de jaren tachtig, toen IT-bedrijf IBM opzettelijk microchips toevoegde aan een deel van hun printers om de afdruksnelheid te vertragen. Deze printers verkochten zij namelijk voor een lagere prijs aan consumenten; het zou niet winstgevend zijn als deze printers net zo snel zouden printen als de (veel duurdere) printers die door bedrijven werden afgenomen. Bedrijven zouden dan immers overstappen naar het consumentenmodel.

Er zijn meerdere wegen die leiden naar verschillende prijzen voor verschillende consumenten. Wanneer het gaat om gelijke producten of diensten en het prijsverschil gebaseerd is op consumentendata, spreken we van prijspersonalisatie of -discriminatie. In de volgende paragraaf zal aan-

16 J. Mikians e.a., 'Detecting price and search discrimination on the Internet', *Proceedings of the 11th ACM Workshop on Hot Topics in Networks* 2012, p. 79-84.

dacht worden besteed aan wat nu precies de uitdagingen zijn die prijspersonalisatie met zich meebrengt, alsmede de juridische relevantie van de problematisering van deze praktijk.

3. Waar maken we ons precies zorgen om?

Prijspersonalisatie kan vanuit bedrijfseconomisch perspectief van grote toegevoegde waarde zijn voor bedrijven. Onderscheid maken tussen consumenten en hun betalingsbereidheid stelt bedrijven in staat om consumenten met verschillende niveaus van betalingsbereidheid te bedienen. Dit resulteert in een toename van de verkoop en grotere winstmarges; bovendien krijgen consumenten met een lagere betalingsbereidheid toegang tot een product of dienst, dat zij onder een regime van één vaste prijs waarschijnlijk niet zouden kunnen afnemen.¹⁷ Het begrip 'discriminatie' kent in de economie een neutrale connotatie: het gaat hier om onderscheid maken tussen verschillende consumenten, om zo de winst te optimaliseren. Niets aan de hand, aldus de economen.

Die schijnbaar neutrale discriminatie kan echter wel degelijk verboden discriminatie opleveren, indien er direct of indirect gronden worden gebruikt voor de personalisatie die wettelijk verboden zijn. Vooral wanneer algoritmes worden ingezet om deze prijzen vast te stellen, kan dit leiden tot stelselmatige benadeling van consumenten op basis van wettelijk beschermde kenmerken.¹⁸ Om dit te illustreren, maken we een korte uitstap naar een voorbeeld uit de Verenigde Staten. Onlinebijlesbedrijf The Princeton Review hanteerde verschillende prijzen voor verschillende geografische gebieden binnen de Verenigde Staten. Het verschil in prijs was niet te verklaren door een verschil in kosten, omdat het ging om onlinebijlessen. Uit secundair onderzoek bleek dat er in de wijken waar een hogere prijs werd gerekend, vooral families met een Aziatische achtergrond woonden.¹⁹ Het bedrijf werd er al snel van beschuldigd in te spelen op

17 Zie voor deze argumentatie o.a. B. Shiller, 'Personalized Price Discrimination Using Big Data', *Working Paper Brandeis University* 2016, p. 1-38; F.J. Zuiderveen Borgesius & J. Poort, 'Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law', *Journal of Consumer Policy* 2017, 40, p. 347-366.

18 T. Barocas & A.D. Selbst, 'Big Data's Disparate Impact', *California Law Review* (104) 2016-3, p. 671-732.

19 J. Larson, S. Mattu & J. Angwin, 'Unintended Consequences of Geographic Targeting', 1 september 2015, <https://static.propublica.org/projects/princeton-review/princeton-review-methodology.pdf>.

een stereotype dat in de Verenigde Staten heerst, namelijk dat Aziatische moeders relatief veel belang hechten aan de academische excellentie van hun kinderen.²⁰ The Princeton Review reageerde ontkennend op deze geluiden en gaf aan dat er wel degelijk sprake was van verschillende kosten per locatie, niet van voorbedachte discriminatie op basis van kenmerken als inkomen of afkomst.

Ongeacht of de waargenomen verschillen inderdaad een onbedoeld neveneffect waren van de voorgenomen discriminatie op locatie, toont dit voorbeeld aan dat 'ongevoelige' (lees: niet-wettelijk verboden) gronden voor discriminatie sterke verbanden kunnen tonen met gevoelige gegevens, zoals geslacht, religie of etniciteit. Zelfs als bedrijven zich inspanssen om dergelijke gevoelige gegevens niet in hun analyses mee te nemen, kan er door de gebruikte technologie toch indirecte, wettelijk verboden discriminatie en stelselmatige benadeling van bepaalde (groepen) consumenten plaatsvinden.²¹

Voordat andere uitdagingen aan bod komen, nog een voorbeeld. Ditmaal een geval van *offline* prijsdiscriminatie. Het College voor de Rechten van de Mens oordeelde in 2020 over verschillende kapperstarieven voor mannen en vrouwen, naar aanleiding van een klacht die door een consument was ingediend. De desbetreffende kapperszaak voerde aan dat behandelingen voor vrouwen nu eenmaal uitgebreider en tijdsintensiever zijn dan voor mannen, wat de hogere prijs voor vrouwen zou verklaren. Nu is dat argument niet meteen onhoudbaar, maar het kwam in deze zaak neer op de vrijheid om te kiezen voor een bepaalde behandeling: vrouwen konden namelijk in principe niet kiezen voor een kortere, minder omvangrijke en goedkopere behandeling, terwijl mannen wel voor een duurdere behandeling konden kiezen. Vrouwelijke klanten die niet het gesprek aangingen over de prijs, werden in de richting van een uitvoerigere behandeling gedwongen, ook als hun kapsel een dergelijke behandeling eigenlijk niet nodig had. Direct wettelijk verboden onderscheid op grond van geslacht, aldus het College.²² Dat neemt niet weg dat sommige producten of dien-

20 J. Williams, 'It's Called the Tiger Mom Tax: Test Prep Companies Charge Asian Americans More', 4 september 2014, www.takepart.com/article/2015/09/04/tiger-mom-tax-test-prep-companies-charge-asian-americans-more.

21 T. Calders & I. Žliobaitė, 'Why Unbiased Computational Processes Can Lead to Discriminative Decision Procedures', in: B. Custers, T. Calders, B. Schermer & T. Zarsky (red.), *Discrimination and Privacy in the Information Society. Data Mining and Profiling in Large Databases*, Berlijn: Springer 2013, p. 43-57.p

22 CRM 29 oktober 2020, 2020-94.

sten daadwerkelijk meer kosten met zich meebrengen en een prijsverschil kunnen rechtvaardigen. Kapperszaken deden er volgens het College beter aan om hun prijslijsten aan te passen op de inhoud van de behandelingen, in plaats van geslacht.

Waarom is dit voorbeeld relevant, als we het in deze bijdrage hebben over de uitdagingen van *online*prijspersonalisatie? Het antwoord is dat dit voorbeeld raakt aan een tweede uitdaging van de praktijk: het herkennen en opsporen hiervan. In het voorbeeld van de kapperszaak werd het onderscheid op basis van geslacht snel opgemerkt door een consument. De prijslijsten hangen immers in de etalage van de kapperszaak, met daarop twee kolommen met prijzen: één voor mannen en één voor vrouwen. De consument die daar iets van vindt, kan in principe aan de bel trekken en de casus voorleggen aan het College voor de Rechten van de Mens, zoals hier ook was gebeurd. Hoewel het College voor de Rechten van de Mens geen juridisch bindende uitspraken doet en enkel adviseert, wordt wel feitelijk vastgesteld wat de oorzaak van het onderscheid is en of daarmee sprake is van wettelijk verboden onderscheid. Online, daarentegen, is het veel lastiger om vast te stellen wat de oorzaak van een geobserveerd prijsverschil is – als een prijsverschil überhaupt wordt opgemerkt.²³ De onderliggende technologieën worden met de dag complexer en de hoeveelheid data die bedrijven in theorie tot hun beschikking hebben, neemt toe. Waar het in het voorbeeld van de kapperszaak ging om één discriminatiegrond, geslacht, zal de onlinesegmentatie vaak verfijnder zijn en zullen meerdere discriminatiegronden worden gecombineerd om tot segmenten te komen.²⁴

De ondoorzichtigheid van onlineprijspersonalisatie en de complexiteit van de onderliggende technologie, leidt tot een grotere informatieasymmetrie tussen bedrijven en consumenten. Bedrijven hebben in feite een dubbele informatievoorsprong: zij hebben niet alleen zicht op de consumentendata en de inzichten die hieruit kunnen worden verkregen, maar beschikken ook over de kennis dát er prijspersonalisatie plaatsvindt. Zoals Strycharz & Duivenvoorde terecht opmerken zal de trend naar meer ge-

23 Zie over de complexiteit van het opsporen van prijsverschillen bijvoorbeeld Mikians e.a. 2012; Europese Commissie, *Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union*, 19 juli 2018, https://commission.europa.eu/publications/consumer-market-study-online-market-segmentation-through-personalised-pricingoffers-european-union_en.

24 OESO 2018, p. 14.

personaliseerde marketingcommunicatie op basis van consumentendata hoogstwaarschijnlijk leiden tot de exploitatie van verschillende kwetsbaarheden van consumenten, zoals bijvoorbeeld hun emotionele toestand of gebrek aan kennis over bestaande praktijken.²⁵ Die exploitatie uit zich in het consumentensurplus dat door bedrijven wordt afgeroomd. Waar de consument offline of voor de intrede van prijsdiscriminatie een deel van de informatie over de betalingsbereidheid voor zichzelf kon houden, kunnen bedrijven deze betalingsbereidheid nu met steeds meer precisie benaderen.

In het hypothetische geval²⁶ dat de gemiddelde consument een redelijk niveau van kennis over prijspersonalisatie zou hebben én voor iedere transactie – hoe triviaal dan ook – eerst grondig prijzen vergelijkt, zal de informatieasymmetrie alsnog blijven bestaan. Die oplettende consument zal dan misschien wel kunnen opmerken dat prijzen fluctueren, maar zal in de meeste gevallen met moeite kunnen achterhalen waar dat prijsverschil op is gebaseerd. Dat ligt niet aan de consument, maar betreft een bredere trend die is terug te zien in empirisch onderzoek: in gevallen waarin een prijsverschil wordt gevonden, is het vaak lastig om met volledige zekerheid te zeggen dat er sprake is van prijspersonalisatie en welke gronden daaraan ten grondslag liggen.²⁷ Bovendien kunnen bedrijven zich ook verschuilen achter een andere rechtvaardiging voor het prijsverschil, zoals (vermeende) kostenverschillen of schommelingen in vraag en aanbod.

De gevallen waarin prijspersonalisatie wél kan worden geïsoleerd en de redenen voor het prijsverschil met bijna volledige zekerheid kunnen worden geïdentificeerd, gaan gepaard met flink wat consumentenweerstand.

25 J. Strycharz & B. Duivenvoorde, 'The exploitation of vulnerability through personalised marketing communication: Are consumers protected?', *Internet Policy Review* 2021, 10(4), p. 1-27.

26 Hypothetisch, omdat er inmiddels tal van argumenten naar zijn voren gebracht die denkbaar maken dat de gemiddelde consument minder 'redelijk geïnformeerd, omzichtig en oplettend' is dan aanvankelijk werd gedacht. Zie bijvoorbeeld V. Mak, 'De 'gemiddelde consument': van fictie naar feit?', *AA* 2017-7/8, p. 592-599; B. Duivenvoorde, 'De gemiddelde consument als standaard bij misleiding: een kritische blik vanuit de gedragswetenschappen', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita civilologie: handboek voor empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom 2013, p. 147-168.

27 Mikians e.a. 2012; A. Hannak e.a., 'Measuring Price Discrimination and Steering on E-commerce Web Sites', *Proceedings of the 2014 Conference on Internet Measurement Conference (IMC '14)* 2014, p. 305-318.

Consumenten vinden de praktijk oneerlijk en onethisch.²⁸ Bedrijven zijn zich daar maar al te goed bewust van, wat verklaart waarom anekdotisch bewijs van prijspersonalisatie in Europa vooralsnog gelimiteerd is – of, wellicht realistischer, goed wordt verhuld.²⁹ Nu hoeft niet alles wat consumenten oneerlijk vinden ook een juridisch relevante kwestie op te leveren, maar bij prijspersonalisatie gaan er toch alarmbellen rinkelen. Prijspersonalisatie zou het vertrouwen van consumenten in de digitale markt namelijk flink kunnen aantasten, als gevolg van die negatieve percepties. Vooral als de praktijk op een niet-transparante of misleidende manier wordt uitgevoerd, kan dit een gevoel van oneerlijkheid bij consumenten oproepen en mogelijk de deelname van consumenten aan digitale merken belemmeren.³⁰

4. Wettelijk kader

Voorop moet worden gesteld dat prijsdiscriminatie vooralsnog niet wettelijk verboden is. Het staat een bedrijf in principe vrij om consumenten verschillende prijzen aan te bieden – ervan uitgaande dat de data rechtmatig is verkregen en de prijs niet wordt gebaseerd op wettelijk beschermde anti-discriminatiegronden. Deze notie is recent bevestigd in het arrest *123inkt/Prindo*.³¹ Prindo, een onlineaanbieder van inkt- en tonercartridges, bood inktcartridges via Google Shopping voor een lagere prijs aan dan wanneer een klant rechtstreeks de Prindo-website zou bezoeken. Zo was Prindo altijd de goedkoopste aanbieder op Google Shopping. Eenmaal aangekomen op prindo.nl via Google Shopping, kon de klant maar één product voor die lagere prijs kopen. Concurrent 123inkt meende dat er sprake zou zijn van misleiding en deze wijze van adverteren als oneerlijke handelspraktijk zou moeten worden bestempeld. Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde dat er geen sprake was van misleiding en dat deze vorm van

28 Poort & Zuiderveen Borgesius 2019; J. Turow, L. Feldman & K. Meltzer, 'Open to Exploitation: America's Shoppers Online and Offline', *Departmental Papers (ASC)*, p. 1-40.

29 K. Heidary, B. Custers, H. Pluut & J.I. van der Rest, 'A qualitative investigation of company perspectives on online price discrimination', *Computer Law & Security Review* 2022, 46, p. 1-16.

30 A. Miller, 'What do we worry about when we worry about price discrimination?', *Journal of Technology Law Policy* 2014, p. 41-104; OESO 2018.

31 Rb. Midden-Nederland (vzr.) 25 februari 2019, IEF18263, Rb. 3284, C/16/4772285; Hof Arnhem-Leeuwarden 18 februari 2020, ECLI:NL:HR:2021:1040; HR 2 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1040.

verschillende prijzen rekenen op zich is toegestaan.³² Bovendien bestaat er geen verplichting voor ondernemers om te vermelden dat hun producten via andere routes goedkoper te verkrijgen zijn, aldus het hof.³³

Bij verkoop op afstand dient een consument krachtens art. 6:230m lid 1 sub e BW, voor het sluiten van een overeenkomst, te worden geïnformeerd over de totale prijs. Het 'oude' regime bevatte geen bepaling die stelde dat bedrijven consumenten moeten informeren wanneer een prijs op gepersonaliseerde wijze tot stand is gekomen.³⁴ Die informatieplicht kon volgens Neppelenbroek mogelijk wel worden ingelezen in art. 3:15d lid 2 BW jo. art. 3:15d lid 3 BW of art. 6:230m lid 1 sub e BW (art. 6 lid 1 sub e Richtlijn consumentenrechten³⁵), voor zover *big data* wordt gebruikt voor de prijspersonalisatie.³⁶ Eerder werd door verschillende auteurs gepleit voor het kwalificeren van het niet-vermelden dat je als bedrijf gebruikmaakt van deze praktijk, als een misleidende omissie.³⁷ De vraag die daarbij beantwoord dient te worden, is – voortvloeiend uit art. 6:193d lid 2 BW en art. 5 lid 4 sub a jo. art. 7 lid 1 en 2 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (Richtlijn OHP) – of dit essentiële informatie betreft en of de consument door het wegblijven van deze mededeling over prijspersonalisatie een besluit neemt dat hij anders niet had genomen.

De Europese wetgever haakt in op deze kwestie en introduceerde recent in de Europese Richtlijn modernisering consumentenbescherming³⁸ (voorts: Moderniseringsrichtlijn) een informatieverplichting. Deze zal worden toegevoegd als art. 6 lid 1 sub e bis Richtlijn consumentenrechten en als onderdeel 'u' aan art. 6:230m BW. Bedrijven die aan prijspersonalisatie doen en hiervoor prijsalgoritmen gebruiken (d.w.z. het proces automatiseren), dienen dit voorafgaand aan de transactie aan de consument te melden. De

32 Hof Arnhem-Leeuwarden 18 februari 2020, ECLI:NL:HR:2021:1040, r.o. 5.4 en 5.15.

33 Hof Arnhem-Leeuwarden 18 februari 2020, ECLI:NL:HR:2021:1040, r.o. 5.15.

34 M.E. Bulten, 'Online prijspersonalisatie in het Nederlandse consumentenrecht', *TvC* 2018-4, p. 186-187; A. de Streef & F. Jacques, 'Personalised pricing and EU law', *Proceedings of the 30th European Conference of the International Telecommunications Society (ITS)* 2019, p. 1-28.

35 Richtlijn 2011/83/EU (*PbEU* 2011, L 304/64) (geconsolideerde versie).

36 E.D.C. Neppelenbroek, 'Wat de gek ervoor geeft. Big Data en de bescherming van de contractuele wederpartij bij prijsdiscriminatie', *WPNR* 2016, afl. 7110, p. 447-448.

37 Bulten 2018, p. 188; Neppelenbroek 2016, p. 448, De Streef & Jacques 2019, p. 5.

38 Richtlijn wat betreft betere handhaving en modernisering van de regels voor consumentenbescherming in de Unie (Richtlijn (EU) 2019/2161) (geconsolideerde versie) (hierna: Moderniseringsrichtlijn).

achterliggende ratio is dat deze informatie de consument in staat stelt de potentiële risico's af te wegen bij het nemen van een aankoopbeslissing.³⁹ Consumenten die geen gebruik willen maken van het gepersonaliseerde aanbod of niet willen dat het bedrijf hen een gepersonaliseerde prijs aanbiedt, zouden in principe na het zien van de mededeling nog kunnen overstappen naar een andere aanbieder.

Ten tijde van schrijven heeft nog geen enkel bedrijf uit zichzelf laten weten dat er mogelijk gebruik wordt gemaakt van prijspersonalisatie. De Autoriteit Consument & Markt (hierna: ACM) bracht recent het nieuws naar buiten dat het e-commerceplatform Wish prijzen personaliseerde op basis van onder meer het aankoopgedrag en de vestigingsplaats van consumenten, zonder dit duidelijk te vermelden.⁴⁰ Toen Wish door de ACM werd gewezen op de informatieplicht die voortvloeit uit de Moderniseringsrichtlijn, besloot het bedrijf per direct te stoppen met gepersonaliseerde prijzen in plaats van transparantie te bieden. Hoewel Wish niet nader heeft toegelicht waarom zij de prijspersonalisatie – waar ongetwijfeld veel kapitaal en mankracht in zal zijn geïnvesteerd – liever geheel een halt toeroept dan daar transparant over te zijn, kan men voorzichtig raden welke (consumentgerelateerde) redenen er achter deze beslissing schuilt.

Er bestaat dus (nog) geen algemeen verbod op prijspersonalisatie. Naast de informatieverplichting uit de Moderniseringsrichtlijn zijn er een aantal rechtsgebieden die randvoorwaarden opleggen waaraan prijspersonalisatie moet voldoen, specifiek de data die hiervoor worden gebruikt. De eerste beperking op prijspersonalisatie kan worden gevonden in de Algemene wet gelijke behandeling (hierna: Awgb), die het maken van onderscheid op basis van een limitatieve lijst van gevoelige criteria in het maatschappelijk verkeer verbiedt. Deze gronden zijn terug te vinden in art. 1 Awgb: godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, seksuele geaardheid en burgerlijke staat. In latere, aanvullende wetgeving zijn aan deze lijst nog enkele discriminatiegronden toegevoegd, waaronder handicap of chronische ziekte,⁴¹ leeftijd⁴² en

39 Overweging 45 van de Moderniseringsrichtlijn.

40 'Wish stopt met schijnkortingen en prijspersonalisatie na actie ACM', ACM 26 juli 2022, www.acm.nl/nl/publicaties/wish-stopt-met-schijnkortingen-en-prijspersonalisatie-na-actie-acm.

41 Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ) van 2003.

42 Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid (WGBL) van 2004.

type arbeidscontract.⁴³ Niet alleen direct onderscheid, maar ook indirect onderscheid – zoals het geval was bij The Princeton Review – is in principe verboden.⁴⁴ Ten tweede is het op basis van art. 9 en 10 Algemene Verordening Gegevensbescherming (hierna: AVG) verboden zogeheten ‘gevoelige’ persoonsgegevens te verwerken en dus in de data-analyse mee te nemen. In aanvulling op de Awgb-criteria zijn dat onder meer gezondheidsgegevens en iemands strafblad. Ten derde is het krachtens art. 3 en 4 Verordening (EU) 2018/302 voor bedrijven niet toegestaan om consumenten op basis van hun locatie toegang te weigeren tot een website, of om te leiden naar een lokale versie van de website met andere prijzen.⁴⁵ Er zijn wel uitzonderingen op deze regel die een prijsverschil rechtvaardigen, zoals bijvoorbeeld een verschil in verzendkosten.⁴⁶

5. De rol van privaatrecht: hoe nu verder?

Onder het huidige regime is prijspersonalisatie toegestaan, mits de consument hierover wordt geïnformeerd en de randvoorwaarden voor het rechtmatig gebruik van data en segmentatiegronden in acht worden genomen. Wordt een mededeling over prijspersonalisatie inderdaad gekwalificeerd als ‘essentiële informatie’, dan is het ontbreken van deze informatie een misleidende omissie en kan het als oneerlijke handelspraktijk worden gekwalificeerd. Het is in dit geval aan EU-lidstaten om sancties vast te stellen die ‘doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend’ zijn.⁴⁷ Zo is het bijvoorbeeld denkbaar dat de consument de overeenkomst kan vernietigen op grond van art. 6:193j lid 3 BW.⁴⁸

43 Wet onderscheid arbeidsduur (WOA) van 1996 en Wet onderscheid bepaalde en onbepaalde tijd (WOBOT) van 2002.

44 Voor meer informatie en de behandeling van de het toepassingsbereik van de Awgb op prijspersonalisatie, zie K. Heidary & B.H.M. Custers, ‘Online prijsdiscriminatie. Algoritmische prijspersonalisatie in het licht van het discriminatieverbod en consumentenbescherming’, *NJB* 2021, afl. 30, p. 2507-2513.

45 Verordening (EU) 2018/302 (geconsolideerde versie).

46 Zie voor meer uitleg over deze uitzonderingen: ‘Geoblocking’, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/geoblocking>.

47 Zie bijvoorbeeld art. 24 Richtlijn consumentenrechten.

48 T.J. de Graaf, ‘Gevolgen van vernietiging van B2C-overeenkomsten bij conforme zaken en diensten, in het bijzonder in het geval van prijspersonalisatie’, *MvV* 2019, nr. 10, p. 344-353; L.B.A. Tigelaar, ‘Sancties en doelstellingen van Europese informatieplichten’, *NTBR* 2015/31, afl. 7, p. 206-213.

De vraag of een dergelijke remedie in de praktijk te realiseren is en doeltreffend, evenredig en afschrikkend is, is een gedachte-experiment dat de moeite waard is om verder te verkennen.⁴⁹ De zaak of dienst die wordt geleverd onder een overeenkomst die tot stand is gekomen op basis van prijspersonalisatie, is doorgaans conform – behoudens andere oorzaken die non-conformiteit met zich mee kunnen brengen. De Graaf analyseert twee mogelijke modi van vernietiging: volledige vernietiging met beperking van de gevolgen of vernietiging (volledig dan wel gedeeltelijk) met conversie, in de vorm van prijsverlaging.⁵⁰ De Graaf ziet mogelijkheid voor het retourneren van de zaak, tegen betaling van een gebruiksvergoeding.⁵¹ Hoewel deze voorgestelde sanctie vanuit de consument bezien hoger scoort op ‘evenredig’ dan ‘afschrikwekkend’, staat voor de consument in principe nog de route tot vordering van schadevordering open, op grond van 6:193b lid 1 BW jo. art. 6:162 BW. Hier kleven echter ook de nodige haken en ogen aan op het gebied van de stelplicht van de consument. Zo zal in de eerste plaats de gepersonaliseerde prijs moeten worden blootgelegd en, na voldoende gemotiveerde betwisting door de wederpartij, worden bewezen dat door het niet-vermelden van de prijspersonalisatie “het economische gedrag wezenlijk is verstoord of verstoord had kunnen zijn” en derhalve een oneerlijke handelspraktijk oplevert.⁵²

In het geldende recht wordt in overwegende mate aangenomen dat de prijs van een product of dienst alleen geen reden kan zijn om de koopovereenkomst aan te tasten. De *iustum pretium*-leer, het beginsel van de juiste prijs, wordt niet als zodanig aanvaard. De partijautonomie staat voorop en daaruit volgt dat de prijs in principe vrij tot stand komt. De koopprijs is tot op zekere hoogte wat de gek ervoor geeft, aldus Neppelenbroek.⁵³ Aangezien prijspersonalisatie, mits correct uitgevoerd, gebaseerd is op een benadering van de bereidheid te betalen, is er in die zin geen sprake van een oneerlijke prijs. Ook andere instrumenten, zoals dwaling, bedrog of misbruik van omstandigheden bieden daarom geen soelaas.⁵⁴ Daar komt ook

49 Zie ook W.H. van Boom, ‘Oneerlijke handelspraktijk is onrechtmatige daad. Maar wat schieten we daar mee op?’, *NTBR* 2008/3, afl. 15, p. 125.

50 Zie het volledige artikel van De Graaf voor een uitgebreide behandeling van beide routes van vernietiging.

51 De Graaf 2019, par. 3.

52 Zie bijvoorbeeld art. 2 onder e jo. art. 5 lid 2 onder b Richtlijn OHP.

53 Neppelenbroek 2016, p. 443; het citaat komt oorspronkelijk uit een uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam van 21 november 2002, zie concl. A-G Verkade bij HR 3 september 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO7821, 4.16 en voetnoot 17.

54 Neppelenbroek 2016, par. 4.

nog bij kijken dat prijsverschillen bij gepersonaliseerde prijzen, vaak toch vrij subtiel zijn. Soms gaat het om enkele centen. Van *laesio enormis*, buitensporig nadeel aan de kant van de koper, zal daarom niet gelijk sprake zijn.

Over het (niet-)vermelden van het gebruik van prijspersonalisatie nog het volgende. Eerder in deze bijdrage werd de informatieverplichting genoemd die voortvloeit uit de Moderniseringsrichtlijn en de bijbehorende observatie dat vooralsnog geen onlinebedrijf voorafgaand aan de transactie mededeelt dat er gebruik wordt gemaakt van prijspersonalisatie. Hoewel er het nodige is geschreven over de effectiviteit van het overspoelen van consumenten met informatie,⁵⁵ is de informatieplicht – nu de Europese wetgever voor deze route heeft gekozen – een van de concrete aanknopingspunten voor het reguleren van prijspersonalisatie. De informatieplicht is voor nu vrij simpel: bedrijven hoeven alleen mede te delen dat de prijs is gepersonaliseerd op basis van geautomatiseerde processen. Hoe de prijs tot stand is gekomen, oftewel wat de redenen zijn dat een consument een bepaalde prijs te zien krijgt, hoeven bedrijven nog niet te vermelden. Volgens de ACM mag de mededeling in ieder geval niet de indruk wekken dat een gepersonaliseerde prijs voordeliger is, als dat niet daadwerkelijk het geval is.⁵⁶

De manier waarop een mededeling is geformuleerd, kan uiteenlopende interpretaties oproepen bij de lezer. Als bedrijven bijvoorbeeld zouden vermelden dat er een ‘geschikte’ of ‘gepaste’ prijs is aangeboden op basis van consumentendata, zijn consumenten eerder geneigd om aan te nemen dat dit voor hen een goede uitkomst (lees: lagere prijs) betekent.⁵⁷ Met algemene bewoordingen en de vrijheid om de informatieverplichting naar wens te formuleren, kunnen bedrijven in principe flink aan de haal gaan met de mens eigen neiging om ervan uit te gaan dat derden sneller aan het kortste eind trekken dan wijzelf.⁵⁸ Het is dan ook noodzaak om het ont-

55 Zie bijvoorbeeld Duivenvoorde 2013; C. de Jager & C. Pavillon, ‘Consumentenrecht: Consumentenbescherming door informatie’, in: C. Bijleveld, A. Akkermans, M. Malsch, B. Marseille, & M. Smit (red.), *Nederlandse Encyclopedie Empirical Legal Studies*, Den Haag: Boom 2013, p. 293-330.

56 ACM, *Leidraad Bescherming van de online consument. Grenzen aan online beïnvloeding*, p. 26-27 (online, bijgewerkt 15 maart 2023).

57 W.H. van Boom e.a., ‘Consumers Beware: Online Personalized Pricing in Action! How the Framing of a Mandated Discriminatory Pricing Disclosure Influences Intention to Purchase’, *Social Justice Research* 2020, p. 331-351.

58 In de gedragswetenschappen bekend als *optimistic bias* en *third-person effect*; vgl. J.R. Chapin, ‘I Know You Are, but What Am I? Adolescents’ Third-Person Perception Regarding Dating Violence’, *The Journal of Educational Research* 2013, 106,

werp en de effectiviteit van dergelijke mededelingen empirisch te toetsen, aldus Van Boom e.a.⁵⁹ De informatieplicht kan in de meest simpele vorm in ieder geval gelden als een waarschuwing: let op, deze aanbieder personaliseert prijzen. Dat zal ongetwijfeld de nodige reacties oproepen. Dit verklaart in ieder geval waarom een bedrijf als Wish naar eigen zeggen is gestopt met hun praktijken.

Naast de individuele actie van vernietiging en schadevergoeding,⁶⁰ zouden ook collectieve acties⁶¹ of handhaving door toezichthouders⁶² eventueel soelaas kunnen bieden en een effectieve sanctie kunnen opleveren. Bij dat laatste kan de ACM niet alleen op het gebied van voorlichting een belangrijke rol spelen, maar ook op het gebied van opsporing. Zoals eerder uit deze bijdrage bleek, is het herkennen en opsporen van prijspersonalisatie een grote uitdaging. Van consumenten kan daarom redelijkerwijs niet worden verwacht dat zij kunnen nagaan wat de onderliggende oorzaken van een prijsverschil zijn – als zij het prijsverschil überhaupt opmerken. Voorlichting over (prijs)personalisatie en de technieken die bedrijven voorhanden hebben om data om te zetten in gepersonaliseerde marketingcommunicatie, kan in ieder geval een bepaalde mate van bewustzijn creëren bij consumenten. Wanneer zij een prijsverschil observeren, kunnen zij een melding maken bij de ACM, die bij meerdere, soortgelijke klachten tot actie (lees: nader onderzoek) kan worden bewogen.⁶³ Gezien de complexiteit van de praktijk, zal de actie hoogstwaarschijnlijk moeten plaatsvinden in samenwerking met de Europese Commissie dan wel andere nationale autoriteiten, zoals ook in het geval van Wish gebeurde.⁶⁴

Om wetgeving en handhaving effectiever te maken en eventuele risico's van prijspersonalisatie in te kunnen perken, is het van belang om meer inzichten te verkrijgen in deze praktijk en de rol die deze inneemt in de huidige digitale markt. Voor de komende jaren zou het meest wenselijke

p. 393-398; N.D. Weinstein, 'Why it won't happen to me: Perceptions of risk factors and susceptibility', *Health Psychology* 1984, 3(5), p. 431-457.

59 Van Boom e.a. 2020, p. 346-347.

60 De Graaf 2019; D.W.F. Verkade, *Ooneerlijke handelspraktijken jegens consumenten (Monografieën BW nr. B49a)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016/73a (schadevergoeding).

61 Verkade, *Ooneerlijke handelspraktijken jegens consumenten (Mon. BW nr. B49a)* 2016/75-80 (collectieve acties).

62 Verkade, *Ooneerlijke handelspraktijken jegens consumenten (Mon. BW nr. B49a)* 2016/81-87 (De Autoriteit Consument en Markt en de Autoriteit Financiële Markten).

63 Verkade, *Ooneerlijke handelspraktijken jegens consumenten (Mon. BW nr. B49a)* 2016/82 (Bestuursrechtelijke handhaving van burgerlijk recht).

64 Zie voetnoot 40.

plan zijn om empirisch-juridisch onderzoek te verrichten naar de markten, producten en segmentatiegronden die de grootste negatieve impact zouden kunnen hebben op het vertrouwen van de consument in de markt of de gewenste verdeling van goederen. Ook zou het lonen om – voor zover mogelijk – na te gaan welke gepersonaliseerde praktijken zouden kunnen leiden tot uitsluiting van kwetsbare groepen consumenten of uitkomsten die niet in het economisch belang van de consument zouden zijn.⁶⁵ Dit zouden geschikte plekken zijn om te beginnen met experimenteren met aangescherpte informatieverplichtingen, algehele verboden en/of een aanscherping van de verantwoordelijkheid *ex ante*, wat betreft de data die wordt gebruikt voor de totstandkoming van de gepersonaliseerde prijs.

6. Conclusie

Door ontwikkelingen in technologie zijn er vormen van personalisatie en onderscheid mogelijk die niet denkbaar waren toen (privaatrechtelijke) wetgeving werd opgesteld. Deze nieuwe vormen dienen tegen het licht te worden gehouden wat betreft wenselijkheid. Hoewel negatieve reacties van consumenten – volgens hen zijn bijna alle vormen van prijspersonalisatie immers onwenselijk – niet gelijk een rechtvaardiging bieden voor verdere regulering, wijzen zij wel de weg naar waar nu het pijnpunt ligt bij prijspersonalisatie. Dit pijnpunt lijkt in ieder geval tweeledig te zijn: het gebrek aan transparantie over dat prijspersonalisatie plaatsvindt én het gebrek aan kennis over de data die worden gebruikt voor de personalisatie.

De informatieverplichting die door de Europese wetgever in het leven is geroepen, zou hier verandering in kunnen brengen, zij het niet dat voorsnog geen bedrijven naar buiten zijn getreden en de algemene bewoording die wordt opgelegd verschillende interpretaties kan oproepen bij de ontvanger. Binnen het privaatrecht zouden individuele acties, collectieve acties en handhaving door toezichthouders eventueel soelaas kunnen bieden, maar deze weg moet nog worden bewandeld. De casus van Wish, waar de ACM erin was geslaagd om prijspersonalisatie te signaleren en Wish wees op de geldende informatieverplichting, is immers met een sisser afgelopen.

65 ACM, *EU Fitness Check on Digital Fairness Protecting Consumers in Digital Environments*, november 2022, www.acm.nl/system/files/documents/acm-reactie-op-eu-fitness-check-on-digital-fairness.pdf.

Prijspersonalisatie raakt aan verschillende rechtsgebieden, waarvan het privaatrecht er één is. Alleen privaatrechtelijke regulering verkennen zal daarom niet voldoende zijn. Wanneer middels empirisch-juridisch onderzoek omgevingen of scenarios kunnen worden afgebakend die extra aandacht verdienen in verband met de marktontwrichtende rol die oneerlijkheidspercepties daar kunnen spelen, zal er ook beroep moeten worden gedaan op antidiscriminatiewetgeving, mededingingsrecht en gegevensbeschermingsrecht.⁶⁶ Ook buiten het recht zullen zich mogelijke routes voor regulering presenteren: zo kunnen ook oplossingen worden gezocht in de technologie zelf. Het wettelijk verbieden van het gebruik van bepaalde data voor prijspersonalisatie hangt daar nauw mee samen, maar men kan ook denken aan een algoritme-audit, waarbij bedrijven verantwoording moeten kunnen afleggen voor de gepersonaliseerde prijs en hoe deze tot stand is gekomen. Al met al is het laatste nog niet gezegd over prijspersonalisatie en de beoogde rol van het privaatrecht. Naarmate de praktijk zich verder ontwikkelt, groeit hopelijk ook het inzicht in de pijnpunten en in hoeverre deze met klassiek privaatrechtelijke regulering te adresseren zijn.

66 Zie voor het samenspel tussen deze rechtsgebieden en prijspersonalisatie M. Bourreau, A. de Streel & I. Graef, *Big Data and Competition Policy: Market Power, Personalised Pricing and Advertising*, 16 februari 2017, <https://cerre.eu/publications/big-data-and-competition-policy/> (mededinging); K. Heidary & B.H.M. Custers, 'Online prijsdiscriminatie. Algoritmische prijspersonalisatie in het licht van het discriminatieverbod en consumentenbescherming', *NJB* 2021, afl. 30 (antidiscriminatie); Zuiderveen Borgesius & Poort 2017 (gegevensbescherming). Voor een overzichtartikel dat alle vier de rechtsgebieden behandelt, zie A.M. Sears, 'The Limits of Online Price Discrimination in Europe', *Columbia Science and Technology Law Review* 2020, 21(1), p. 1-52.