

Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, Ministerie van Justitie en Veiligheid
via https://www.internetconsultatie.nl/modernisering_consumentenbescherming/reageren

Ons kenmerk 2020.075
Behandeld door Roel Kaljee
E-mail rkaljee@energie-nederland.nl
Datum 20 november 2020
Onderwerp Reactie Energie-Nederland op de internetconsultatie
Implementatiewetsvoorstel richtlijn modernisering
consumentenbescherming

Geachte mijnheer, mevrouw,

Energie-Nederland maakt graag gebruik van de mogelijkheid om te reageren op het Implementatiewetsvoorstel richtlijn modernisering consumentenbescherming (hierna: ontwerp-wetsvoorstel) dat op 23 oktober jongstleden als onderdeel van een internetconsultatie door de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat en de Minister voor Rechtsbescherming is gepubliceerd. Energie-Nederland is de branchevereniging voor alle partijen die stroom, gas en warmte produceren, leveren en verhandelen. Samen vertegenwoordigt Energie-Nederland nagenoeg de gehele markt met ruim 60 leden die actief zijn in de levering van energie en allerlei soorten dienstverlening.

Ontwerp-wetsvoorstel voorziet in een behoefte

Energie-Nederland heeft met interesse het ontwerp-wetsvoorstel gelezen en onderkent het belang daarvan. In het ontwerp-wetsvoorstel wordt onder andere een onderscheid gemaakt tussen een aanbieder van een onlinemarktplaats en een aanbieder van een online zoekfunctie. Leden van de laatstgenoemde groep worden in de Memorie van Toelichting gedefinieerd als handelaren die consumenten in staat stellen om te zoeken naar goederen en diensten, zoals reizen, accommodatie, recreatieve activiteiten of energie, die worden aangeboden door verschillende handelaren of consumenten.

Ook in de energiesector nemen aanbieders van energie via online platforms en zoekfuncties een belangrijke plaats in de vorm van bijvoorbeeld prijsvergelijkers, energie veilingen en energie collectieven. Dit soort platforms, bekend onder namen als PriceWise, Gaslicht.com en veilingen / collectieven via de Consumentbond en Vereniging Eigen Huis, zijn een steeds belangrijker bron van informatie voor consumenten geworden en vormen tevens een instrument om energiecontracten af te sluiten. Uit de meest recente Energiemonitor 2020 van de Autoriteit Consument & Markt (hierna: ACM) blijkt bijvoorbeeld dat het marktaandeel van vergelijkingssites al jaren toeneemt. Dit jaar werd naar schatting 27% van de

leverancierswisselingen door deze platforms verzorgd.¹ Ook organisaties die voorheen alleen de publieke belangen van consumenten vertegenwoordigden zijn commercieel zeer actief geworden in de energiemarkt en baseren hun financiële bestaansrecht in belangrijke mate hieraan. Het is belangrijk dat de informatie die aan consumenten door middel van online platforms en zoekfuncties wordt aangeboden, juist en volledig is, niet misleidend, en aansluit op de vragen en wensen van de consument. Uit een recente publicatie blijkt dat vergelijkingssites vaak helemaal niet de goedkoopste opties tonen.² Consumenten die meedoen aan veilingen en collectieve inkoop lijken te vertrouwen op de goede naam en faam van de Consumentbond en Vereniging Eigen Huis. Ook hiervoor geldt dat consumenten niet altijd beseffen dat deze manier van contracteren niet per sé leidt tot het voor hun beste aanbod. Vooraf is er geen goed inzicht in hoe het mechanisme van de veiling / selectie van de leverancier. Veel energiebedrijven investeren in een langdurige relatie direct met de klant, juist zonder tussenkomst van een platform. Behalve prijs zijn voor veel consumenten ook aspecten als betrouwbaarheid, service en duurzaamheid van belang. Bedrijfsvoering die is gebaseerd op een combinatie van maatschappelijke en commerciële belangen, op basis van een eigen verdienmodel van online platforms, draagt vaak niet bij aan transparantie voor de consument over wat hij mag verwachten van het energiecontract met een nieuwe leverancier.³

Gezien het toenemend belang van prijsvergelijkers, energieveilingen en gezamenlijke inkoopinitiatieven voor de consumenten in de energiesector, is het goed dat in het Burgerlijk Wetboek informatie ter bepaling van de rangschikking van een zoekopdracht naar een aanbieding op grond van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken als essentieel wordt beschouwd. Tevens is van belang dat in het ontwerpvoorstel informatieverplichtingen voor online marktplaatsen en aanbieders van online zoekfuncties zijn opgenomen, waaronder de verplichting om in de pre contractuele fase aan de consument informatie te verstrekken over de belangrijkste parameters ter bepaling van de rangschikking en uitkomst van een zoekopdracht, alsmede van hun relatieve belang ten opzichte van andere parameters. Consumenten die een zoekopdracht uitzetten voor een nieuw energiecontract en gebruikmaken van het marktmechanisme veiling / inkoop collectief dienen vooraf geïnformeerd te zijn over of (en de mate waarin) het marktmechanisme voor de consument succesvol kan zijn. De aanbieder van een online zoekfunctie wordt daarnaast verplicht consumenten in een beknopte, eenvoudig toegankelijke en begrijpelijke vorm te informeren over een directe of indirecte betaling voor een hogere rangschikking. Dergelijke informatieverplichtingen voorzien in een behoefte van consumenten aan duidelijke en volledige informatie over producten en diensten, zodat de consument een goede afweging kan maken over het aanschaffen van producten en diensten.

Meer duidelijkheid noodzakelijk over gehanteerde begrippen

In het ontwerpvoorstel wordt een aantal begrippen geïntroduceerd waarvan in een aantal gevallen de exacte reikwijdte niet helemaal duidelijk is. Dit geldt ten eerste voor een aanbieder van een online zoekfunctie. Voor Energie-Nederland is onduidelijk of een energieleverancier die op zijn website een zoekfunctionaliteit aanbiedt, ook onder deze definitie valt en de transparantieverplichtingen derhalve ook op deze bedrijven betrekking hebben. Energie-Nederland gaat er van uit dat dit niet het geval is, omdat in de Memorie van Toelichting bij het ontwerpvoorstel wordt gesteld dat aanbieders van online zoekfuncties handelaren zijn die consumenten in staat stellen om te zoeken naar goederen en diensten die

¹ Autoriteit Consument & Markt, Energiemonitor 2020, Consumentenmarkt elektriciteit en gas, <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-06/energiemonitor-2020.pdf>

² Vergelijkingssites tonen vaak helemaal niet de goedkoopste opties, <https://www.nu.nl/economie/6086711/prijsvergelijkers-tonen-vaak-niet-de-goedkoopste-optie.html>

³ Zie als voorbeeld van waar 'nietsvermoedende consumenten' de dupe van kunnen worden: <https://radar.avrotros.nl/uitzendingen/gemist/item/tienduizenden-de-dupe-van-faillissement-energieflex-klanten-naar-innova-energie/>

worden aangeboden door *verschillende* handelaren of consumenten. Aangezien energieleveranciers op hun website geen overzicht aanbieden van verschillende handelaren (alleen eigen proposities), kunnen zij niet worden aangemerkt als aanbieders van online zoekfuncties. Daarnaast zou Energie-Nederland graag duidelijkheid willen hebben of (online) veilingen en gezamenlijke inkoopinitiatieven/ inkoopcombinaties onder de definitie van een onlinemarktplaats vallen. Vooral nog gaat Energie-Nederland ervan uit dat dit wel het geval is.

Op bladzijde 4 van de Memorie van Toelichting wordt gerefereerd aan de verplichting voor een aanbieder van een marktplaats om consumenten voor het sluiten van een overeenkomst onder meer te informeren over de hoedanigheid (handelaar of particulier) van de derde die het product of de dienst op de onlinemarktplaats aanbiedt. Op dit punt moet ook duidelijk zijn in welke gevallen er sprake is van een handelaar en in welke gevallen er sprake is van een particulier, met name in het geval wanneer laatstgenoemde zijn activiteiten grootschalig invult. Is bijvoorbeeld een Kamer van Koophandel inschrijving een bruikbaar criterium om te hanteren om het onderscheid tussen handelaar en consument te maken? In het ontwerpvoorstel is een definitie van onlinemarktplaats opgenomen, namelijk “dienst die gebruikmaakt van software, waaronder een website, een deel van een website of een door of namens een handelaar beheerde applicatie, die consumenten in staat stelt een overeenkomst op afstand te sluiten met andere handelaren of consumenten”. Energie-Nederland vraagt zich af wat onder verstaan worden onder de bepaling “in staat stelt een overeenkomst af te sluiten”? Dient deze overeenkomst dan afgesloten te worden op het platform zelf of reikt dit zover als een offerte aanvraag?

Daarnaast mist Energie-Nederland een definitie van het begrip “personalisering” en/of een “gepersonaliseerd aanbod” in het ontwerpvoorstel. Helderheid op dit punt is noodzakelijk omdat het ontwerpvoorstel de verplichting bevat om de consument voor het sluiten van de overeenkomst te melden dat de prijs is gepersonaliseerd aan de hand van geautomatiseerde besluitvorming. Een definitie van “personalisering” en “gepersonaliseerd aanbod” is ook niet terug te vinden in de achterliggende Richtlijn Modernisering Consumentenbescherming. Ook pleit Energie-Nederland ervoor om in de Memorie van Toelichting een aantal concrete voorbeelden op te nemen van digitale diensten, digitale inhoud en zaken met digitale elementen. Voor dergelijke diensten en goederen dient de handelaar op basis van het ontwerpvoorstel voor de totstandkoming van de overeenkomst informatie over de functionaliteit, relevante comptabiliteit en interoperabiliteit aan de consument te verstrekken.

In het ontwerpvoorstel is de verplichting opgenomen dat, als een handelaar toegang biedt tot consumentenbeoordelingen van producten, hij informatie moet verstrekken over of en hoe hij verzekert (controleert) dat gepubliceerde consumentenbeoordelingen afkomstig zijn van consumenten die het product daadwerkelijk hebben gebruikt of aangekocht. In artikel I, onderdeel D, van het ontwerpvoorstel wordt gerefereerd aan “redelijke en proportionele” stappen die de handelaar moet hebben genomen om na te gaan of deze beoordelingen daadwerkelijk afkomstig zijn van de desbetreffende consumenten. Voor Energie-Nederland is niet duidelijk wat met “redelijke en proportionele” stappen wordt bedoeld en ontvangt graag een nadere toelichting op dit punt. De verplichting om de controle uit te voeren rust op handelaren die *toegang bieden tot* deze reviews. Toegang bieden tot klinkt vrij breed. Betekent dit dan ook dat dit van toepassing is op reviews van bijv. reviewwebsites als Trustpilot, al dan niet middels het tonen van deze reviews op de eigen website van de handelaar middels plug-ins? Immers heeft de handelaar geen invloed op deze reviews daar zij vrijelijk geplaatst kunnen worden.

Verhouding van aanbieders van vergelijkingsinstrumenten ten opzichte van aanbieders van online zoekfunctie

Voor Energie-Nederland is onduidelijk hoe de bepalingen uit het ontwerp wetsvoorstel ten aanzien van online zoekfuncties zich verhouden tot de verplichting inzake een vergelijkingsinstrument die is opgenomen in artikel 14 van de Europese Richtlijn betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot wijziging van Richtlijn 2012/27/EU (herschikking) (hierna: Elektriciteitsrichtlijn). In overweging (35) van de Elektriciteitsrichtlijn wordt gesteld dat met behulp van dergelijke vergelijkingsinstrumenten kleinere afnemers op een doeltreffende manier de verdiensten van de verschillende op de markt beschikbare energieaanbiedingen kunnen beoordelen en zulke zoekinstrumenten de opzoekkosten verlagen, aangezien de afnemers niet langer informatie hoeven te verzamelen van individuele leveranciers en dienstverleners. Aanbieders van vergelijkingsinstrumenten zijn te vergelijken met aanbieders van online zoekfuncties zoals opgenomen in de eerdergenoemde Richtlijn Modernisering Consumentenbescherming.

In overweging (35) van de Elektriciteitsrichtlijn wordt tevens vermeld dat onafhankelijke vergelijkingsinstrumenten ervoor kunnen zorgen dat de informatie die wordt geboden niet alleen duidelijk en beknopt, maar ook volledig en uitvoerig is. Zij moeten trachten een zo breed mogelijk scala aan op de markt beschikbaar aanbod te tonen en de markt zo volledig mogelijk te dekken, zodat de afnemer een representatief overzicht krijgt. Om dit te bewerkstelligen zijn in artikel 14 van de Elektriciteitsrichtlijn specifieke informatieverplichtingen opgenomen waar dergelijke vergelijkingsinstrumenten aan moeten voldoen, waaronder onder andere een onafhankelijke positie ten opzichte van marktdeelnemers en gelijke behandeling van elektriciteitsbedrijven, vermelden van de identiteit van de eigenaar en financiering, het vermelden van duidelijke en objectieve criteria als basis voor de vergelijking, gebruik van gewone en ondubbelzinnige bewoordingen, verstrekking van nauwkeurige en geactualiseerde informatie inclusief vermelding van het tijdstip van de meest recente actualisering.

De bepalingen van de Elektriciteitsrichtlijnen zullen in Nederland worden geïmplementeerd in de Energiewet, waarvan op 17 juli 2020 de contouren door het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat zijn gepubliceerd. In deze contouren wordt ten aanzien van het vergelijkingsinstrument gesteld dat in Nederland bieden reeds jarenlang diverse commerciële partijen vergelijkingsdiensten aanbieden met een hoge kwaliteit. Gelet op deze reeds bestaande situatie wordt er in de contouren niet voor gekozen om één 'centraal' vergelijkingsinstrument te ontwikkelen, maar kunnen aanbieders van vergelijkingsinstrumenten een vertrouwensmerk aanvragen bij toezichthouder ACM. Toegang tot vergelijkingsinstrumenten met vertrouwensmerk is gratis voor huishoudelijke afnemers en micro-ondernemingen met een verwacht jaarverbruik van minder dan 100.000 KWh elektriciteit of 10.000 m³ gas. Bij ministeriële regeling zullen de vereisten worden opgenomen om een vertrouwenskenmerk te verkrijgen. In de contouren wordt gesteld dat in ieder geval de meest voorkomende basisproducten die vindbaar zijn in openbare bronnen meegenomen worden in de vergelijking.

Gezien het feit dat de eisen die in artikel 14 van de nieuwe Elektriciteitsrichtlijn zijn opgenomen (en worden geïmplementeerd in de Energiewet), als *Lex Specialis* kunnen worden beschouwd, pleit Energie-Nederland ervoor dat de transparantie eisen voor aanbieders van vergelijkingsinstrumenten (inclusief vergelijkingen tot stand gekomen via een veiling of collectieve inkoop) als een verbijzondering moeten worden beschouwd van de generieke transparantieverplichtingen die in het ontwerp wetsvoorstel gelden voor aanbieders van aanbieders van online zoekfuncties. Dit betekent derhalve dat energieprijvergelijkers zowel moeten voldoen aan de generieke transparantie eisen die in het ontwerp wetsvoorstel zijn opgenomen, als aan de sectorspecifieke transparantie eisen die in artikel 14 van de nieuwe Elektriciteitsrichtlijn ten aanzien van

aanbieders van vergelijkingsinstrumenten zijn opgenomen en in de Energiewet zullen worden geïmplementeerd. Op dit punt kan een vergelijking met de privacywetgeving worden gemaakt, waarbij een specifieke groep bedrijven in de elektronische communicatiesector zowel moet voldoen aan de Algemene Verordening Gegevensbescherming (hierna: AVG) als aan de bepalingen van de Europese e-Privacy-richtlijn (en in de toekomst de Europese e-Privacy verordening).

Uitzondering voor informatieverplichting over gepersonaliseerd aanbod in geval van “dynamische” en “realtime” prijsaanbiedingen

In het ontwerpvoorstel is een informatieverplichting opgenomen voor handelaren om voor het sluiten van een overeenkomst de consument te informeren dat sprake is van een gepersonaliseerd prijsaanbod, dat tot stand is gekomen door middel van geautomatiseerde besluitvorming. Het betreft hier een implementatie van artikel 4, lid 4a), onder ii en overweging (45) van de richtlijn Modernisering Consumentenbescherming om ervoor te zorgen dat consumenten bij hun aankoopbesluit rekening houden met de potentiële risico's, zoals een hogere te betalen prijs in vergelijking met een niet gepersonaliseerd aanbod. In navolging van de richtlijn is in het ontwerp van de Memorie van Toelichting gesteld dat de informatieverplichting niet van toepassing is bij “dynamische” en “realtime” prijsaanbiedingen, waarbij de prijs zeer flexibel is en snel veranderd wordt naar aanleiding van de vraag op de markt, waarbij er bij die technieken geen sprake is van personalisering op basis van geautomatiseerde besluitvorming. Energie-Nederland steunt deze uitzondering. De komende jaren zal mede op basis van slimme meterdata en lokaal opgewekt vermogen (bijvoorbeeld zonnepanelen of batterijen van auto's) het voor de consument mogelijk zijn om elektriciteit af te nemen en terug te leveren op basis van flexibele en real-time tarieven. Doordat de tarieven kunnen verschillen, heeft een informatieverplichting dat de prijs is gepersonaliseerd weinig tot geen toegevoegde waarde. Energie-Nederland Pleit ervoor om de uitzondering voor “realtime” en “dynamische” prijsaanbiedingen niet alleen betrekking te laten hebben op gepersonaliseerd aanbod dat tot stand is gekomen door middel van geautomatiseerde besluitvorming, maar tevens op alle “realtime” en “dynamische” prijsaanbiedingen ongeacht of er sprake is van geautomatiseerde besluitvorming. Ook zonder dat er geautomatiseerde besluitvorming aan ten grondslag ligt, heeft een gepersonaliseerd aanbod dat is gebaseerd op “realtime” en “dynamische” prijsaanbiedingen geen toegevoegde waarde.

Tenslotte wordt in paragraaf 4.3 van de Memorie van Toelichting verwezen naar artikel 22 van de AVG dat een verbod bevat van (geheel) geautomatiseerde besluitvorming. Onduidelijk is hoe de verplichting in het ontwerpvoorstel ten aanzien van een gepersonaliseerd prijsaanbod zich verhoudt tot de verplichting in artikel 13, lid 2 onder f) van de AVG om betrokkenen informatie te verstrekken over het bestaan van geautomatiseerde besluitvorming, met inbegrip van profilering, alsmede over de onderliggende logica en de gevolgen daarvan. Verduidelijking op dit punt is gewenst. Daarnaast gaat Energie-Nederland er van uit dat op dit punt afstemming plaatsvindt tussen de verschillende bevoegde autoriteiten, in casu de Autoriteit Persoonsgegevens en de Autoriteit Consument en Markt.

Toestemming niet de enige AVG-grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens

Op bladzijde 25 van de Memorie van Toelichting van het ontwerpvoorstel worden de wijzigingen behandeld die samenhangen met de ontbinding van een overeenkomst tot levering van digitale inhoud of het verrichten van een digitale dienst. Ten aanzien van leden 5 en 6 wordt gesteld dat de handelaar moet voldoen aan de verplichtingen uit de AVG wanneer er sprake is van persoonsgegevens. De Memorie van Toelichting stelt vervolgens dat dit betekent dat een handelaar niet zonder de toestemming van de consument gebruik mag maken van de verzamelde persoonsgegevens. Op basis van de tekst kan abusievelijk de indruk worden gewekt dat toestemming van de consument de enige wettelijke grondslag is voor verwerking van persoonsgegevens. Voor alle duidelijkheid en om misverstanden te voorkomen wil

Energie-Nederland hier opmerken dat toestemming slechts één van de grondslagen van artikel 6, lid 1 AVG is op basis van verwerkersverantwoordelijken persoonsgegevens kunnen verwerken. Andere wettelijke grondslagen zijn bijvoorbeeld uitvoering van een overeenkomst of gerechtvaardigd belang. Deze nuancering kan aan de tekst worden toegevoegd.

Overige punten

- Artikel 230m wordt flink uitgebreid. Het is wenselijk om expliciet de huidige jurisprudentielijn ook onder dit nieuwe wetsvoorstel van kracht te laten zijn. Immers, e-mail wordt nu als een verplichting opgeworpen terwijl in het huidige wetsartikel nog de zinsnede “indien beschikbaar” staat. In de jurisprudentie die zowel door de Nederlandse rechter als door de Europese rechter is gewezen wordt aangegeven dat e-mail techniek neutraal dient te worden uitgelegd.⁴
- Artikel 230t derde lid en 230v achtste lid wordt gesproken van “de overeenkomst volledig is nagekomen” in de context van energielevering is er vrijwel geen volledige nakoming mogelijk, immers wordt de levering gewoon voortgezet.
- Toevoeging artikel 2b eerste lid Prijzenwet In artikelsgewijze hoofdstuk van de Memorie van Toelichting opnemen, dat de prijzen voor stroom en gas, ook de niet dynamische tarieven, afhankelijk zijn van de inkooprijzen/ dus vaker per maand (afgelopen 30 dagen) anders kunnen zijn.

Met het vorenstaande gaan wij ervan uit u voldoende geïnformeerd te hebben. Energie-Nederland is natuurlijk graag bereid om een uitgebreide (technische) toelichting te geven op deze consultatiereactie.

Met vriendelijke groeten,



Roel Kaljee
Programmamanager

⁴ Zie de meest recente uitspraak waarin ook verwijzingen naar de Europese jurisprudentie zijn terug te vinden. Uitspraak Rechtbank Rotterdam dd. 25-06-2020.

<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBROT:2020:5682>