

## ONDERNEMING EN CONSUMENT

*Mr. T.A. (Tessa) van den Ende en mr. L.E. (Lisette) den Butter'*

# Netflix door de rechtbank in het gelijk gesteld: live-chatfunctie voldoet als elektronisch postadres

2020-0113

De Autoriteit Consument & Markt (ACM) heeft Netflix International (Netflix) in 2019 een last onder dwangsom opgelegd om Netflix te dwingen op haar website een e-mailadres te vermelden op een voor de consument duidelijke plek. De aanleiding voor deze last onder dwangsom waren handhavingsverzoeken van toezichthouders uit Duitsland, Oostenrijk en België. Netflix heeft bezwaar gemaakt tegen dit besluit waardoor de zaak uiteindelijk voor de Nederlandse rechter kwam.<sup>2</sup> Volgens Netflix was er geen sprake van een overtreding doordat de live-chatfunctie als 'elektronisch postadres' fungeert en daarmee voldoet aan Europese (en Nederlandse) consumentenwetgeving. De Rotterdamse bestuursrechter heeft Netflix in het gelijk gesteld en geoordeeld dat de door Netflix aangeboden live-chatfunctie voldoet aan de wettelijke verplichting om een elektronisch postadres te bieden dat gemakkelijk, rechtstreeks en permanent toegankelijk is zoals bepaald in artikel 3:15d lid 1 sub b van het Burgerlijk Wetboek (BW). In dit artikel staat dan ook de uitspraak van de Rotterdamse bestuursrechter in deze Netflix-zaak centraal.

Voordat er nader op de uitspraak wordt ingegaan, worden eerst kort de verschillende informatieverplichtingen voor dienstverleners van de informatiemaatschappij toegelicht die in de zaak aan de orde komen.

## **Informatieverplichtingen: welke informatie te verstrekken?**

In de Netflix-uitspraak staat artikel 3:15d BW centraal. Dit artikel is de implementatie van artikel 5 lid 1 sub c van Richtlijn 2000/31/EG (Richtlijn Elektronische Handel ook wel de e-commerce richtlijn genoemd). Artikel 3:15d BW bevat algemene informatieplichten die worden opgelegd aan dienstverleners van de informatiemaatschappij. Een dienst van de informatiemaatschappij is elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van de afnemer van de dienst wordt verricht zonder dat partijen gelijktijdig op dezelfde plaats aanwezig zijn. Dit volgt uit artikel 3:15d lid 3 BW. De

streamingdienst die Netflix aanbiedt, kwalificeert als een dienst van de informatiemaatschappij als bedoeld in dit artikel.

Artikel 3:15d lid 1 sub b BW bepaalt dat de partij die dergelijke diensten van de informatiemaatschappij aanbiedt onder andere toegankelijk moet maken de gegevens die een snel contact en een rechtstreekse en effectieve communicatie mogelijk maken, met inbegrip van een elektronisch postadres. De informatieplichten uit dit artikel kennen enige overlap met andere informatieplichten, waaronder de precontractuele informatieverplichtingen uit artikel 6:230m BW voor overeenkomsten op afstand. Artikel 6:230m BW betreft de implementatie van artikel 6 Richtlijn 2011/83/EU (Richtlijn Consumentenrechten). Uit artikel 6:230m lid 1 BW volgt dat een consument bij een koop op afstand, alvorens de consument gebonden is aan de overeenkomst, over verschillende onderwerpen geïnformeerd moet worden door de handelaar. De handelaar

moet de consument onder andere informeren over het geografisch adres waar de handelaar gevestigd is en het telefoonnummer, fax en e-mailadres van de handelaar, indien beschikbaar. Dit volgt uit artikel 6:230m lid 1 onderdeel c BW.

#### **Relevante informatieverplichtingen: wanneer en hoe te verstrekken?**

De gegevens opgesomd in artikel 3:15d lid 1 BW moeten gemakkelijk, rechtstreeks en permanent toegankelijk worden gemaakt voor degenen die gebruik maken van deze dienst, in het bijzonder om informatie te verkrijgen of toegankelijk te maken. Dit volgt uit artikel 3:15d aanhef BW. Wat dit in de praktijk betekent, heeft de Rotterdamse bestuursrechter in de Netflix-uitspraak toegelicht. In de volgende paragraaf wordt hierop nader ingegaan.

Iets anders geldt voor de informatie die moet worden verstrekt op grond van artikel 6:230m lid 1 BW.<sup>3</sup> Deze informatie dient niet per se permanent toegankelijk te zijn, maar dient voortvloeiend uit of tijdens het sluiten van de overeenkomst, bijvoorbeeld gedurende het onlinebestelproces, aan de consument te worden verstrekt. Vervolgens dient deze informatie na het sluiten van de overeenkomst op een duurzame gegevensdrager te worden verstrekt, zo volgt uit artikel 6:230v lid 7 onderdeel a BW. Enkel een verwijzing naar deze informatie achteraf is, in beginsel, niet afdoende omdat het doel van de informatieverplichtingen uit artikel 6:230m BW is het geven van de mogelijkheid aan de consument om een weloverwogen besluit te nemen over zijn aankoop.

Over de wijze waarop de informatie moet worden verstrekt, bepaalt artikel 6:230m lid 1 aanhef BW dat dit op duidelijke en begrijpelijke wijze dient te gebeuren. Uit artikel 6:230v lid 1 BW volgt verder dat deze informatie dient te worden verstrekt in duidelijke en begrijpelijke taal en op een wijze die passend is voor de gebruikte middelen voor communicatie op afstand. Uit recente rechtspraak volgt dat het onvoldoende passend, duidelijk en begrijpelijk is wanneer de

informatie op verschillende plaatsen op de website, zoals onder het kopje 'veelgestelde vragen' en 'klantenservice', en in de algemene voorwaarden van een handelaar is weergegeven.<sup>4</sup> De Rotterdamse bestuursrechter overweegt dat de consument hierdoor zelf de informatie op verschillende plaatsen moet opzoeken. Dit voldoet niet aan de precontractuele informatieverplichtingen. Dat geldt ook voor het alleen opnemen van deze informatie in de algemene voorwaarden. De bestuursrechter oordeelt dat een consument gedurende het verkoopproces "stap voor stap" langs de informatie dient te worden geleid "zodat er geen enkel misverstand kan ontstaan over de vraag of de gemiddelde consument deze informatie bewust onder ogen heeft gekregen".<sup>5</sup> Ten aanzien van de informatie die door de bestuursrechter wordt beschouwd als minder essentieel, waaronder het geografische adres van de handelaar,<sup>6</sup> volgt uit de rechtspraak dat het wel voldoende zou kunnen zijn om deze informatie te vermelden op de website of in de algemene voorwaarden.<sup>7</sup>

Wat betreft het verstrekken van de contactgegevens van de handelaar heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie al eerder in het Amazon-arrest<sup>8</sup> verduidelijkt dat artikel 6 lid 1 onderdeel c van de Richtlijn Consumentenrechten, waarvan dit artikellid onderdeel is, geen verplichting inhoudt om een telefoon- of faxaansluiting of een nieuw e-mailadres te activeren zodat de consument contact kan opnemen, maar slechts verlangt dat dit telefoon- of faxnummer of e-mailadres wordt verstrekt wanneer deze handelaar reeds over deze middelen voor communicatie met de consument beschikt. Voorts volgt uit het Amazon-arrest dat andere communicatiemiddelen kunnen worden aangeboden die voldoen aan de vereisten van de Richtlijn Consumentenrechten.

#### **Aanleiding procedure; onderzoek van ACM**

Het onderzoek van ACM in de Netflix-zaak is gestart naar aanleiding van handhavingverzoeken uit Duitsland, Oostenrijk en België. Voordat een last onder dwangsom is opgelegd,

heeft ACM Netflix eerst onder meer verzocht om een e-mailadres voor consumenten op de relevante websites te plaatsen. Netflix heeft aan dit verzoek gehoor gegeven door een e-mailadres op de pagina met bedrijfsgegevens beschikbaar te stellen. Volgens ACM was dit echter onvoldoende: het e-mailadres had moeten worden weergegeven op de pagina waar de contactmogelijkheden voor de consument worden weergegeven en niet op de pagina met de bedrijfsgegevens van Netflix.

Verder was de ACM van mening dat uit de formulering van het e-mailadres niet duidelijk zou blijken dat het e-mailadres ook door consumenten gebruikt zou kunnen worden. Hierdoor zou het e-mailadres niet gemakkelijk, rechtstreeks en permanent toegankelijk zijn voor consumenten, zoals wordt vereist in artikel 3:15d BW, en zou Netflix niet op de juiste wijze die gegevens verstrekken die voor rechtstreekse en effectieve communicatie vereist zijn, aldus de ACM. Netflix zou daardoor in strijd handelen met (in Nederland) artikel 3:15d lid 1 onderdeel b BW. De ACM heeft Netflix daarom een last onder dwangsom opgelegd.

Netflix heeft bezwaar gemaakt tegen het besluit van de ACM en verzocht om rechtstreeks beroep.<sup>9</sup> De ACM heeft met dit verzoek ingestemd, waardoor de zaak voor de Nederlandse rechter is gekomen. Netflix is door de Rotterdamse bestuursrechter op 2 juli 2020 in het gelijk gesteld. De bestuursrechter heeft geoordeeld dat het besluit van de ACM ongegrond is en daarom moet worden vernietigd. Hieronder wordt deze uitspraak nader toegelicht.

### **Nederlands recht staat centraal**

Voordat de Rotterdamse bestuursrechter ingaat op de inhoudelijke beoordeling van de vermeende overtreding, gaat zij eerst in op de vraag of Netflix alleen aan de in Nederland geldende nationale bepalingen dient te voldoen of ook aan de in België en in Oostenrijk geldende bepalingen (zie r.o. 5.2). De bestuursrechter oordeelt dat Netflix alleen aan de in Nederland geldende bepalingen moet voldoen nu haar Europese

hoofdkantoor in Nederland is gevestigd. Dit betekent dat in dit geschil uiteindelijk centraal stond of Netflix handelt in overeenstemming met de verplichtingen uit artikel 3:15d lid 1 onderdeel b BW. De rechtbank legt uit dat uit het oorsprongslandbeginsel en het home-state-control-beginsel van artikel 3 Richtlijn Elektronische Handel wel volgt dat de Nederlandse bepalingen conform de Richtlijn Elektronische Handel moeten worden uitgelegd voor zover zij strekken tot implementatie daarvan.

### **Inhoudelijke beoordeling**

#### *Standpunten van de partijen*

Netflix heeft zich op het standpunt gesteld dat de live-chatfunctie op haar platform, net als een e-mailadres, kwalificeert als een vorm van een elektronisch postadres (artikel 3:15d BW) (zie r.o. 8.1). Dit omdat er een directe verbinding tot stand komt tussen het IP-adres van Netflix en dat van de klant, waardoor communicatie mogelijk wordt. Doordat de live-chatfunctie voldoet aan de informatieplicht van artikel 3:15d lid 1 onderdeel b BW en artikel 5 lid 1 onderdeel c van de Richtlijn Elektronische Handel, is er volgens Netflix geen sprake van een overtreding en kan zij niet verplicht worden gesteld om een e-mailadres te verstrekken.

De ACM stelt daartegenover dat een live-chatfunctie niet als elektronisch postadres kan functioneren (zie r.o. 8.2). Dit omdat een live-chatfunctie bepaalde functionaliteiten mist om aan de in de Richtlijn Elektronische Handel en het BW gestelde eisen te kunnen voldoen, aldus de ACM. Een e-mailadres zou volgens de ACM wel over dergelijke functionaliteiten beschikken. De ACM wijst in dat kader op de onmogelijkheid om documenten – en dus bewijsstukken – te kunnen uploaden en de onmogelijkheid om direct op een eerder gesprek te kunnen reageren. Daarnaast impliceert een chatmogelijkheid dat de consument alleen actief in dialoog kan gaan met Netflix en niet zoals bij e-mail of een elektronisch contactformulier op een door hem gewenst tijdstip een bericht kan

sturen zonder zich op dat moment beschikbaar te houden om een reactie af te wachten. De consument krijgt daarmee ook geen reflectietijd, zo stelt de ACM. De ACM voegt daaraan, tot slot, nog toe dat de consument de correspondentie niet kan opslaan en alleen kan aantonen dat het gesprek heeft plaatsgevonden door een screenshot te maken die vervolgens niet kan worden geüpload in de live-chat.

#### *Precontractuele fase*

De Rotterdamse bestuursrechter gaat eerst in op de fase voordat het contract tot stand komt. In deze precontractuele fase dient de consument op grond van artikel 6 van de Richtlijn Consumenten rechten en het Amazon-arrest te worden voorzien van de beschikbare contactgegevens van de handelaar zodat de consument snel contact kan opnemen en efficiënt kan communiceren. Dit doel van de informatieverschaffing volgt overigens niet uit de Nederlandse wet (zie artikel 6:230m lid 1 onderdeel c BW), maar volgt wel uit de toelichting op de wet.<sup>10</sup>

De Rotterdamse bestuursrechter overweegt op basis van artikel 6 lid 8 Richtlijn Consumentenrechten (zie artikel 6:230i lid 4 BW) dat de bepalingen uit de Richtlijn Consumentenrechten gelden in geval van strijd met, onder andere, de bepalingen uit de Richtlijn Elektronische Handel ten aanzien van de inhoud en wijze waarop de informatie moet worden verstrekt. Dit betekent dat artikel 6:230m BW 'voorgaat' op artikel 3:15d BW ten aanzien van de vraag welke informatie moet worden verstrekt en hoe deze informatie moet worden verstrekt.

De Rotterdamse bestuursrechter oordeelt vervolgens in r.o. 7 dat in het kader van artikel 3:15d BW, op basis van artikel 6 van de Richtlijn Consumentenrechten en het Amazon-arrest, de stelling van de ACM, dat het verstrekken van een e-mailadres verplicht is in de precontractuele fase, geen stand kan houden. De bestuursrechter oordeelt dat uit het Amazon-arrest volgt dat het gekozen communicatiemiddel, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval,

de consument in staat moet stellen om snel contact op te nemen met de handelaar en om efficiënt met hem te communiceren. Omdat de telefoon hier in ieder geval aan voldoet, voldoet de live-chatfunctie (zie hieronder wat de Rotterdamse bestuursrechter overweegt over de functionaliteiten van de live-chatfunctie) ook aan de vereisten uit artikel 6 lid 1 onderdeel c Richtlijn consumentenrechten, aldus de bestuursrechter.

#### *Na contractsluiting*

De Rotterdamse bestuursrechter gaat vervolgens in op de fase nadat een overeenkomst tot stand is gekomen. De bestuursrechter concludeert eerst dat op grond van rechtspraak van het Europese Hof van Justitie kan worden opgemaakt dat de strekking van het begrip 'elektronisch postadres' is dat het "toegang geeft tot elektronische communicatie".<sup>11</sup> De technologische ontwikkelingen maken dat waar het "toegang geven tot elektronische communicatie" eerst (alleen) via een e-mailadres kon, dat inmiddels ook op andere wijze kan, aldus de rechtbank (zie r.o. 8.3). De bestuursrechter oordeelt dat artikel 3:15d lid 1 onderdeel b BW techniekneutraal moet worden uitgelegd. De nadruk dient volgens de bestuursrechter te liggen op het doel en niet op de techniek om het doel te bereiken. Een live-chatfunctie geeft ook toegang tot elektronische communicatie en is derhalve als een elektronisch postadres aan te merken, aldus de bestuursrechter. Anders dan de ACM lijkt te veronderstellen, gaat het er niet om of de live-chatfunctie dezelfde functionaliteiten heeft als een e-mailadres, maar of zijn functionaliteiten voldoen aan de eis dat het een snel contact en een rechtstreekse en effectieve communicatie met de dienstverlener mogelijk maakt in de zin van artikel 3:15d lid 1 onderdeel b BW, aldus de rechtbank.

De Rotterdamse bestuursrechter overweegt vervolgens dat uit een beschrijving van de live-chatfunctie door Netflix volgt dat de consument aan het einde van de chat de mogelijkheid krijgt om een transcript van de

chatsessie naar zijn e-mailadres gezonden te krijgen. Doordat de chatgesprekken kunnen worden opgeslagen, oordeelt de rechtbank dat doelmatig vervolcontact mogelijk is. Daarnaast speelt voor de bestuursrechter een belangrijke rol dat de medewerkers van de Netflix klantenservice chatgesprekken kunnen terughalen indien dit nodig is bij opvolgend contact. Dat daarmee niet direct kan worden gereageerd op een eerder gesprek, maakt niet dat de live-chatfunctie daarom niet voldoet aan de eis dat het een snel contact en een rechtstreekse en effectieve communicatie met de dienstverlener mogelijk maakt, aldus de bestuursrechter. Volgens de bestuursrechter betekent effectieve communicatie namelijk niet dat een vraag ogenblikkelijk moet worden beantwoord, maar dat de communicatie ertoe leidt "dat de juiste informatie binnen een termijn die strookt met de behoeften en gewettigde verwachtingen van de afnemer wordt verkregen" (r.o. 8.4). Met de mogelijkheid om chatgesprekken terug te kunnen halen en vervolgens voort te kunnen zetten, wordt naar het oordeel van de bestuursrechter voldaan aan deze eis. Verder biedt de mogelijkheid tot het opslaan van de live-chatsessie volgens de rechtbank ook de mogelijkheid van bewijsvoering. Die bewijsvoering is overigens niet altijd nodig, aldus de bestuursrechter, omdat de medewerkers alle benodigde informatie over het account, de betalingen en eerder contact met de klantenservice kunnen inzien. Indien de consument er toch op staat om verdere informatie aan te leveren, volgt uit de beschrijving van de live-chatfunctie dat de chatmedewerker de klant een speciaal escalatie e-mailadres kan toesturen zodat de klant een bijlage kan versturen. Op grond van voorgaande functionaliteiten voldoet de chatfunctie volgens de rechtbank aan de eis dat het een snel contact en een rechtstreekse en effectieve communicatie met de dienstverlener mogelijk maakt (zie r.o. 8.7).

Tenslotte komt het vereiste van permanente toegang uit artikel 3:15d BW aan de orde. De live-chatfunctie voldoet volgens de ACM niet aan het vereiste van een permanente toegang omdat

deze niet te allen tijde gemakkelijk bereikbaar is voor de consument die de Engelse taal niet beheerst. Uit het vonnis volgt namelijk dat de live-chatfunctie 24 uur per dag in het Engels beschikbaar is en er alleen tussen 9:00 uur en 22:00 uur volledig in het Nederlands kan worden gecommuniceerd. De Rotterdamse bestuursrechter stelt dat het niet relevant is dat de chatfunctie niet permanent beschikbaar is op een manier die gemakkelijk te gebruiken is voor de consument, omdat ingevolge artikel 3:15d lid 1 onderdeel b BW slechts de contactgegevens van de dienstverlener permanent toegankelijk moeten zijn. Nu de live-chatfunctie 24 uur per dag beschikbaar is, zijn de contactgegevens van Netflix volgens de rechtbank permanent toegankelijk (zie r.o. 9.2).

De Rotterdamse bestuursrechter oordeelt dat het besluit van de ACM om de last onder dwangsom op te leggen ongegrond is en vernietigt dit besluit. Netflix mag de live-chatfunctie dus als elektronisch postadres blijven aanbieden.

### **Grensoverschrijdende handhaving**

Het is tot slot nog interessant om kort in te gaan op de aanleiding van deze zaak. Dit is vooral van belang voor ondernemingen die in verschillende lidstaten van de Europese Unie producten of diensten aanbieden aan consumenten.

De aanleiding voor de last onder dwangsom van de ACM waren handhavingsverzoeken van de Duitse, Oostenrijkse en Belgische toezichthouders. Hoewel de relevante gedragingen ook in Nederland plaatsvonden, is het handhavingstraject niet aangevangen op initiatief van de ACM. De buitenlandse toezichthouders trokken bij de ACM aan de bel omdat verschillende gedragingen op de Duitse, Oostenrijkse en Belgische websites van Netflix in strijd zouden zijn met Europese consumentenwetgeving.

Deze wijze van handhaving is gebaseerd op Verordening (EU) 2017/2394 (CPC Verordening). In deze CPC Verordening is de samenwerking geregeld tussen de autoriteiten van verschillende lidstaten in geval van een inbreuk in verschillende

lidstaten, een intracommunautaire inbreuk. Omdat er volgens de toezichthouders sprake was van zo'n intracommunautaire inbreuk, was de ACM in dit geval de gevoegde instantie om handhavend op te treden omdat het Europese hoofdkantoor van Netflix in Nederland is gevestigd.<sup>12</sup>

### Tot slot

In de Netflix-zaak worden bepaalde informatieverplichtingen voor dienstverleners van de informatiemaatschappij nader toegelicht door de rechtbank en is verduidelijkt hoe deze verschillende informatieverplichtingen zich tot elkaar verhouden. Duidelijk is dat voor de bestuursrechter vrijheid van ondernemerschap en techniekneutraliteit van belang zijn. Tenzij de rechter in een eventueel hoger beroep tot een ander oordeel komt, voldoen bepaalde live-chat-functies, zoals de live-chatfunctie die Netflix aanbiedt, aan de wettelijke verplichting om een elektronisch postadres te bieden dat

gemakkelijk, rechtstreeks en permanent toegankelijk is.

### Noten:

1. Mr. T.A. van den Ende en mr. L.E. Den Butter zijn beide werkzaam bij Bird & Bird LLP, Den Haag.
2. Rb. Rotterdam 26 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5682.
3. Zie ook: M.Y. Schaub, 'Een stevig web van regels voor het sluiten van elektronische overeenkomsten', Tijdschrift voor Europees en Economisch recht 2014, afl. 10, p. 443-453.
4. Zie Rb. Amsterdam 26 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3213; Rb. Amsterdam 26 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3219, r.o. 10.
5. Zie Rb. Amsterdam 26 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3101, r.o. 4.
6. De herinnering aan het bestaan van de wettelijke waarborg dat de afgeleverde zaak aan de overeenkomst moet beantwoorden (conformiteitsrecht) en de geografische adresgegevens, het klachtafhandelsbeleid en gedragscodes worden door de rechtbank niet beschouwd als essentiële informatie of beschouwd als minder essentiële informatie, zie o.a. Rb. Amsterdam 26 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3213; Rb. Amsterdam 26 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3101, r.o. 9; Rb. Amsterdam 12 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2519, r.o. 8.
7. Zie Rb. Amsterdam 12 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2519, r.o. 8.
8. HvJ EU 10 juli 2016, C-649/17, ECLI:EU:C:2019:576.
9. Zie artikel 7:1a van de Algemene Wet Bestuursrecht.
10. Kamerstukken II 2012-2013, 33520, 3, p. 33.
11. HvJ EU 16 oktober 2008, C-298/0, ECLI:EU:C:2008:572, r.o. 20.
12. Zie artikel 2.3 lid 2 van de Wet handhaving consumentenbescherming in samenhang met artikel 3, aanhef en onderdelen b en c, en artikel 8 van de CPC-verordening.