

Digitalisering, vermogensrecht, de platformeconomie en grondrechten

Digitalisering, vermogensrecht, de platformeconomie en grondrechten

Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk
Recht 2019

Prof. mr. A.C. van Schaick

Prof. mr. J.H. Gerards

Zutphen 2019



UITGEVERIJ *Paris*

ISBN 978-94-6251-209-2

NUR 820

© 2019 Prof. mr. A.C. van Schaick en Prof. mr. J.H. Gerards

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

DEEL 1

Digitalisering en vermogensrecht

*Bert van Schaick**

Inhoud

1. **Inleiding / 9**
2. **Vermogensrecht in maatschappelijk perspectief / 12**
 - (i) Inleiding / 12
 - (ii) Marginalisering van de landbouw / 17
 - (iii) Industrialisering: massaproductie van roerende zaken / 20
 - (iv) Het stijgende belang van dienstverlening / 22
 - (v) De consument en zijn wensen / 25
 - (vi) De veranderde betekenis van geld / 29
 - (vii) Digitalisering / 30
3. **Digitalisering in vermogensrechtelijk perspectief / 41**
 - (i) Inleiding / 41
 - (ii) Van koop naar dienstverlening / 41
4. **Vervaging van traditionele noties van contractenrecht / 47**
 - (i) De partijautonomie / 47
 - (ii) De tegenprestatie van de afnemer / 56
 - (iii) De digitale-dienstverlener / 63
 - (iv) De kenmerkende prestatie / 73
5. **Contractuele remedies / 77**
 - (i) Inleiding / 77
 - (ii) Een praktijkgeval / 79
 - (iii) De remedie 'ontbinding' / 80
 - (iv) De remedie 'nakoming' / 83
 - (v) De remedie 'schadevergoeding' / 85
 - (vi) De remedie 'opschorting' / 86
 - (vii) Remedies van de digitale-dienstverlener / 87

* Prof. mr. A.C. van Schaick, is advocaat, tevens cassatieadvocaat, te Tilburg, hoogleraar Privaatrechtelijke rechtshandhaving en rechtsvergelijking, Tilburg University.

- 6. Goederenrechtelijke implicaties van digitalisering / 89
- 7. Evaluatie en slotsom / 91

1 Inleiding

1. *Onderwerp van dit preadvies.* De geautomatiseerde verwerking en deling van elektronische informatie (data) beïnvloedt in steeds hoger tempo en steeds grotere omvang het functioneren van goederen, diensten en personen. Deze ‘digitalisering’ veroorzaakt een ingrijpende verandering van de inrichting en organisatie van het menselijke leven en de maatschappij. Die verandering is bij lange na niet voltooid, maar de contouren van de nieuwe maatschappij worden al wel zichtbaar. Digitalisering spreekt aan, niet alleen omdat haar gevolgen ingrijpend, soms zelfs adembenemend zijn en onze fantasie tarten, maar ook omdat ze ons dagelijkse leven raken en niet probleemloos verlopen. Er wordt veel over digitalisering nagedacht, geschreven en gediscussieerd, ook voor zover het om civielrechtelijke aspecten van digitalisering gaat: data, bitcoins, privacy, intellectuele eigendom, platforms, smart contracts, zelfrijdende auto’s enzo voort. Ook dit preadvies gaat over civielrechtelijke (vermogensrechtelijke) aspecten van digitalisering, maar ik probeer het fenomeen digitalisering vanuit een wat afstandelijker perspectief te bekijken.

Op YouTube staat een filmpje over een mevrouw bij een benzinepomp. Ze wil tanken, maar kan de tankdop van haar elektrische auto maar niet vinden. De twee mannen die vanuit hun auto stiekem het filmpje maken, brullen van het lachen. Uiteindelijk – als ze telefonisch om hulp lijkt te vragen – wordt de vrouw door een andere toeschouwer uit de droom geholpen.¹ Het filmpje illustreert (althans wat mij betreft) dat we soms zó vastzitten in een patroon, dat we pas in staat zijn om het vanzelfsprekende te zien als een ander ons erop wijst. De rode draad van dit preadvies is dat we in de afgelopen twee eeuwen zo gewoon zijn geraakt om vermogensrechtelijke problemen te benaderen als problemen van eigendom en koop, dat we instinctief ook de juridische problemen waar digitalisering ons voor plaatst, willen oplossen met behulp van de regels die we voor eigendom en koop hebben ontwikkeld. We proberen benzine in een elektrische auto te pompen en zien niet dat we andere brandstof nodig hebben als we vooruit willen.

1 www.bing.com/videos/search?q=you+tube+blonde+woman+tries+to+fill+tesla&view=detail&mid=5A30C5C0DE7F08A1197E5A30C5C0DE7F08A1197E&FORM=VIRE.



Ik beschrijf in dit preadvies hoe digitalisering ons dwingt tot bezinning op traditionele uitgangspunten van contractenrecht en goederenrecht.

2. *Digitalisering*. Volgens Wikipedia is digitalisering overgang van informatie naar een digitale vorm, dat is een vorm die toepasbaar is in elektronische apparatuur. De term kan betrekking hebben op de gegevens zelf, op de bijbehorende procedures of op de samenleving in het algemeen. In dit preadvies gaat het mij om het laatste: de ontwikkelingen in de maatschappij die in verband staan met de toenemende rol van data bij het gebruik van zaken. Als zodanig is digitalisering een proces dat al tientallen jaren gaande is, maar voor de consument is zij vooral zichtbaar sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw, toen de thuiscomputer en vervolgens het internet gemeengoed werden en communicatie langs elektronische weg ging verlopen.

Digitalisering bestaat bij de gratie van elektronische informatie (data), die in combinatie met computerprogramma's (software) een of meer functies verleent of toevoegt aan een zaak of zaken, die ten behoeve van die functies is respectievelijk zijn voorzien van elektronica, waaronder sensoren en chips (hardware). Het volle genot van gedigitaliseerde zaken (embedded systems) vergt dus data, software en hardware – die samen ook wel een (intelligent) systeem heten.

Er worden grofweg (dus niet volstrekt scherp) vier verschillende digitaliseringsniveaus onderscheiden. Op het simpelste niveau – waarop we ons in de jaren tachtig/negentig van de vorige eeuw hebben begeven – nemen we met behulp van gedigitaliseerde zaken kennis van informatie. Nog altijd zijn er gedigitaliseerde zaken die tot dit niveau beperkt blijven, zoals wanneer we gebruikmaken van zogenaamde *fitness wearables* of een applicatie op onze smartphone als *Runkeeper*, die bijhoudt waar en hoe hard we hebben gelopen en hoe onze prestatie zich verhoudt tot eerdere hardlooptrucs en prestaties van andere gebruikers. Een niveau hoger heeft het gedigitaliseerde systeem een zekere autonomie, doordat het de verzamelde data niet alleen rapporteert maar er ook iets mee doet. Zo kan een geautomatiseerd sporensysteem zichzelf in werking zetten omdat het waterbehoefte constateert in de tuin waarin het is geplaatst. Ook de auto die autonoom remt, accelereert, parkeert, navigeert en zo nodig contact legt met pech- of hulpdiensten, en in zoverre dus samenwerkt met zijn omgeving, zit op dit tweede niveau. Op het derde niveau analyseert het digitale systeem ook zijn eigen functioneren, onderkent en signaleert het zijn eigen onderhoudsbehoefte en gebreken, en draagt het eraan bij dat de gebruiker de werking en het nut van het systeem verbetert. Personal assistants als Google Home en Amazon Alexa functioneren op dit niveau. Op het vierde, hoogste niveau is de autonomie van het systeem volledig:

het functioneert zelfstandig. Het systeem leert, en onderhoudt en verbetert zichzelf.² Op het derde en vierde niveau is voor het goede functioneren van de gedigitaliseerde zaak een internetverbinding nodig omdat het systeem moet communiceren en samenwerken met andere, externe systemen.

Op zichzelf heeft dit alles geen juridische implicaties: het maakt niet zoveel uit of een koelkast of auto nu wordt bediend of geïnstrueerd door een mens of deels of zelfs geheel zelfstandig zijn taken vervult. Evenmin maakt het veel uit of een gedigitaliseerde stofzuiger of grasmaaier aan het werk gaat omdat een voorgeprogrammeerd tijdstip is aangebroken of omdat het apparaat waarneemt dat de situatie om hem heen om ingrijpen vraagt. Maar als gedigitaliseerde zaken functioneren met behulp van het internet – op het derde en vierde niveau – vergt dat goede functioneren een bundeling van verschillende vormen van dienstverlening. Dat ligt juridisch complex, en dat blijkt uiteraard in het bijzonder als de gedigitaliseerde zaak niet het genot geeft dat zij zou moeten geven. Problemen rijzen ook als het zelfstandige functioneren van het systeem rechtsgevolgen veroorzaakt, vooral als die rechtsgevolgen ongewenst zijn, hetzij in de vorm van schade, hetzij in de vorm van een verkeerde overeenkomst of een overeenkomst die niet of niet goed wordt nagekomen. En naarmate een gedigitaliseerd systeem autonomer functioneert, is de toerekening van rechtsgevolgen van de handelingen van dat systeem aan een mens of rechtspersoon minder vanzelfsprekend. Die toerekening kan het karakter krijgen van een fictie,³ wat problematisch kan zijn voor de legitimiteit van die toerekening.

3. *De uitdagingen van digitalisering.* Ons burgerlijk wetboek is – zoals praktisch nog alle burgerlijke wetboeken – geschreven in en met het oog op een ‘fysieke’ wereld, een maatschappij die draait om de verwerving en vervreemding van eigendom, om de uitruil van zaken tegen geld (koopovereenkomsten). Eigendom, bezit, feitelijke macht en verhaal zijn goederenrechtelijke kernwaarden. We beschikken over onze zaken door ze te vervreemden of te belasten met een beperkt recht. Maar in een gedigitaliseerde wereld ontlenen zaken hun functie aan hun digitale kern. Met de rode draad van dit preadvies hangt samen dat in een gedigitaliseerde wereld software de primaire materie is. Het fysieke aspect van de gedigitaliseerde zaak is ‘bijzaak’, een last als de digitale kern niet

2. M. Behar-Touchais, ‘Le contrat ayant pour objet l’objet connecté’, in: M. Behar-Touchais (red.), *Les objets connectés*, Parijs: IRJS 2018, p. 45 e.v., nr. 2.

3. J.E. Schirmer, ‘Rechtsfähige Roboter’, *JZ* 2016, p. 660 e.v.; N. Martial-Braz, ‘Les contrats conclus par un objet connecté’, in: Behar-Touchais (red.), *Les objets connectés*, a.w. (voetnoot 2), p. 29 e.v.

meer functioneert, de eigendom van de zaak als zodanig is vrijwel zonder zin. Bijgevolg gaat van verlies van eigendom, bezit of feitelijke macht als gevolg van verhaal, executie, natrekking of retentie geen dreiging meer uit. Contracten draaien niet langer in hoofdzaak om de verwerving respectievelijk het verlies van eigendom, maar om het verkrijgen respectievelijk verschaffen van het genot van de digitale functie van een zaak gedurende een zekere tijd. In het contractenrecht in een gedigitaliseerde wereld vervaagt het vertrouwde zicht op prestatie en tegenprestatie, op partij en tegenpartij. De koopovereenkomst, de belichaming van een eenmalig moment van uitwisseling van twee duidelijke (hoofd)prestaties, verliest relevantie. Dat kan niet zonder gevolgen blijven voor – bijvoorbeeld – onze uitlegregels en contractuele remedies, die zijn bedacht en uitgewerkt vanuit het perspectief van de koopovereenkomst. Ernstiger is dat digitalisering kernwaarden van ons vermogensrecht bedreigt: vrijheid, gelijkheid en zelfbeschikking. Data, gedigitaliseerde informatie, zijn voor digitalisering essentieel, maar de systemen die data verzamelen, opslaan, verwerken en analyseren, worden niet ten onrechte vergeleken met het paard van Troje.⁴

Het is al met al een dooddouner dat de digitalisering het vermogensrecht ‘niet onberoerd’ laat.

2. Vermogensrecht in maatschappelijk perspectief⁵

(i) Inleiding

4. *De oriëntatie van het vermogensrecht.* De Europese burgerlijke wetboeken berusten op, en beschermen en begunstigen een systeem dat bestaat van het ruilen van goederen en diensten, door rechtssubjecten die vrij en

4. S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Londen: Profile Books 2019, p. 260.

5. De cijfers die ik in deze paragraaf noem, ontleen ik aan de websites van CBS en CPB, bijvoorbeeld de CBS-publicatie van Hao Bui Van, Jan van Dalen & Frank Notten, *Economische groei en verdienstelijking 1969-2016*, www.cbs.nl/nl-nl/achtergrond/2017/27/economische-groei-en-verdienstelijking-1969-2016; de WRR-publicatie *Naar een lerende economie. Investeren in het verdienvermogen van Nederland (WRR-rapport 90)*, 2013, www.wrr.nl/publicaties/rapporten/2013/11/04/naar-een-lerende-economie, en het CPB-memorandum *De Economische Marginalisering van de Nederlandse Landbouw*, 2004, www.cpb.nl/sites/default/files/publicaties/download/memo91.pdf.



gelijk aan elkaar zijn, eigen verantwoordelijkheid dragen voor hun doen en laten en hun vermogen, en zelfstandig beslissen over het al dan niet uitwisselen van goederen en diensten. Kernbegrippen van het vermogensrecht zijn de contractsvrijheid, de partijautonomie, het zelfbeschikkingsrecht.⁶ Daarmee beschermt het vermogensrecht het egoïsme, het individuele streven naar behoeftebevrediging, de vervulling van het eigen belang en de vergaring van rijkdom.⁷ In dit vermogensrechtelijke systeem wordt de leer van het ‘iustum pretium’ verworpen,⁸ omdat de tegengestelde krachten van aanbod en aanvaarding door vrije en gelijke burgers vanzelf een contractueel evenwicht tussen prestatie en tegenprestatie creëren. Zolang partijen zich bewegen binnen de grenzen van de openbare orde en goede zeden en hun overeenkomsten zijn te herleiden tot hun wil, kan de overheid de inhoud van overeenkomsten aan partijen overlaten. De Franse Code civil bepaalt tot op de dag van vandaag dat alle rechtsgeldig gesloten overeenkomsten partijen tot wet strekken⁹ en dat ze niet eenzijdig kunnen worden herroepen.¹⁰ De taak van de overheid is dan beperkt tot het beschikbaar stellen van middelen waarmee het respect voor die overeenkomsten kan worden afgedwongen.¹¹ Achter dit

6. Zie J.B.M. Vranken, ‘Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht’, in: M.A.B. Chao-Duivis & H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginselen van contractenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 145 e.v., met verwijzingen.
7. R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 3. Teil, 1. Abteilung, 5. Aufl., Leipzig: Breitkopf und Härtel 1906, p. 327 e.v.
8. HR 13 november 1936, NJ 1937/433 (*Moorman/Bureau Materiaalstaat*); HR 11 januari 1957, NJ 1959/37 (*Bovag*). Vgl. E.M. Meijers, ‘Vernietiging van rechtshandelingen op grond van benadeling van een der handelende personen’, *WPNR* 3371/1934 e.v., *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen III (Verbintenissenrecht)*, Leiden: Universitaire Pers 1955, p. 210 e.v.
9. Art. 1134 lid 1 Cc 1804, art. 1103 Cc 2006: ‘Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.’ Zie ook art. 1374 lid 1 BW (oud): ‘Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen die dezelve hebben aangegaan tot wet.’
10. Art. 1134 lid 2 Cc 1804, art. 1193 Cc 2006: ‘Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.’ Zo ook art. 1374 lid 2 BW (oud): ‘Zij kunnen niet herroepen worden, dan met wederzijdsche toestemming, of uit hoofde der redenen welke de wet daartoe voldoende verklaart.’
11. Bundesverfassungsgericht 7 februari 1990, *BVerfGE* 81, 242 besliste in dezelfde zin: ‘Auf der Grundlage der Privatautonomie, die Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung ist, gestalten die Vertragspartner ihre Rechtsbeziehungen eigenverantwortlich. Sie bestimmen selbst, wie ihre gegenläufigen Interessen angemessen auszugleichen sind, und verfügen damit zugleich über ihre grundrechtlich geschützten Positionen ohne staatlichen Zwang. Der Staat hat die im Rahmen der Privatautonomie getroffenen Regelungen grundsätzlich zu respektieren. Von diesem Ansatz gehen die angegriffenen Entscheidungen zutreffend aus.’ Zie ook C. Hillgruber, ‘Das Prinzip der Selbstverantwortung – Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen’, in: K. Riesenhuber (red.), *Das Prinzip der Selbstverantwortung. Grundlagen und Bedeutung im heutigen Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, p. 165 e.v., p. 168 e.v.

systeem gaat de gedachte schuilen dat de maatschappij als zodanig ervan profiteert: contractsvrijheid stimuleert economisch initiatief, eigen verantwoordelijkheid leidt tot persoonlijk welbevinden.¹²

In dit preadvies ben ik ervan uitgegaan dat partijautonomie, zelfbeschikingsrecht, eigen verantwoordelijkheid en contractsvrijheid kernwaarden van het vermogensrecht zouden moeten blijven.

Burgerlijke wetboeken die het bestaande vermogensrecht codificeren, zijn natuurlijk niet waardenvrij. Ze weerspiegelen de maatschappij waarin ze tot stand worden gebracht. Het individuele streven naar rijkdom verandert niet, maar de visie op wat rijkdom is, verandert wel. Daarmee verandert ook de oriëntatie van het vermogensrecht. In de volgende paragrafen beschrijf ik – in grote lijnen – hoe in de afgelopen twee eeuwen de maatschappij en de oriëntatie van het vermogensrecht zijn veranderd en hoe ze nog altijd veranderen.

5. *Vermogensrecht: recht van de rijken.* De uitgangspunten die aan het contractenrecht ten grondslag liggen, staan op gespannen voet met de maatschappelijke werkelijkheid. Feitelijke ongelijkheid is aan de orde van de dag en door het menselijke egoïsme waaraan het systeem alle ruimte wil bieden, nemen feitelijke ongelijkheden eerder toe dan af. Als partijen niet feitelijk gelijk zijn aan elkaar, pleegt vrijheid niet tot evenwichtige overeenkomsten te leiden maar tot misbruik en uitbuiting. Twee eeuwen rechtsontwikkeling hebben geleerd dat aan het systeem inherent is dat

12. A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, The Glasgow Edition of the Works and Correspondance of Adam Smith, vol. II, Oxford: OUP 1976 (Lausanne: Metalibri Digital Library 2007), Boek IV, Hoofdstuk 2, p. 454-456: 'Every individual is continually exerting himself to find out the most advantageous employment for whatever capital he can command. It is his own advantage, indeed, and not that of the society, which he has in view. But the study of his own advantage naturally, or rather necessarily, leads him to prefer that employment which is most advantageous to the society (...). He generally, indeed, neither intends to promote the public interest, nor knows how much he is promoting it. By preferring the support of domestic to that of foreign industry, he intends only his own security; and by directing that industry in such a manner as its produce may be of the greatest value, he intends only his own gain, and he is in this, as in many other cases, led by an invisible hand to promote an end which was no part of his intention. Nor is it always the worse for the society that is was no part of it. By pursuing his own interest he frequently promotes that of the society more effectually than when he really intends to promote it.'; J.-E. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801 (heruitg. Bordeaux: Éditions Confluences 2004), p. 61 e.v.: 'Un homme qui traite avec un autre homme, doit être attentif et sage; il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables, et ne pas négliger ce qui est utile. L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison. S'il en était autrement, la vie des hommes, sous la surveillance des lois, ne serait qu'une longue et honteuse minorité (...).'

het voortdurend dreigt te ontsporen en bijsturing behoeft.¹³ Om die reden hebben we zwakke partijen, zoals werknemers, huurders en consumenten, door dwingendrechtelijke regels in bescherming genomen. Om die reden hebben we besloten dat partijen rekening moeten houden met elkaanders gerechtvaardigde belangen en wezenlijke informatie met elkaar moeten delen. Om die reden hebben we overeenkomsten onderworpen aan vormvoorschriften en sommige partijen gelegenheid geboden om op hun contracteerbeslissing terug te komen. Het zijn uitzonderingen die de regel bevestigen en aan het uitgangspunt niets afdoen; dankzij de geboden bescherming kunnen zwakkere partijen toch zo veel mogelijk in vrijheid en gelijkheid met hun sterkere wederpartij contracteren;¹⁴ intussen blijft het vooral een zaak van de partijen zelf of zij contracteren, waarover zij contracteren en tegen welke voorwaarden zij contracteren.

Doordat het contractenrecht in dienst staat van een systeem waarin eigen verantwoordelijkheid, egoïsme en het najagen van eigen belang een essentiële rol spelen, is het vooral het recht van en voor degenen die er het best in slagen om door middel van het sluiten van overeenkomsten hun eigen belang te realiseren. Het contractenrecht is het recht van de rijken. Het contractenrecht van de negentiende eeuw beschermt de *eigenaar*, het contractenrecht van de twintigste eeuw beschermt de *verkoper*. In het *huidige* contractenrecht wordt – mede door de EU-wetgever en het HvJ EU¹⁵ – ingezet op een hoog niveau van *consumentenbescherming*, óók in het kader van de digitalisering.¹⁶ Die bescherming wordt geëffectueerd door verplichte voorlichting van de consument, en ingrijpende, zwaar op de wederpartij drukkende remedies in de vorm van herroepings- en compensatierechten als de consument in zijn verwachtingen wordt teleurgesteld.

13. Bundesverfassungsgericht 7 februari 1990, *BVerfGE* 81, 242: ‘Vorschriften des Privatrechts, die zwingendes Recht enthalten und damit der Privatautonomie Schranken setzen (...) sind unentbehrlich, weil Privatautonomie auf dem Prinzip der Selbstbestimmung beruht, also voraussetzt, daß auch die Bedingungen freier Selbstbestimmung *tatsächlich* gegeben sind.’ (curs. toegev.) Bundesverfassungsgericht 15 juli 1998, *BVerfGE* 98, 365: ‘Der Staat ist allerdings verpflichtet, auch das Privatrecht so zu gestalten, daß die in den Grundrechten verkörperte objektive Ordnung gewahrt wird, die für alle Bereiche des Rechts gilt (...). Soweit die Privatautonomie ihre regulierende Kraft nicht zu entfalten vermag, weil ein Vertragspartner kraft seines Übergewichts Vertragsbestimmungen einseitig setzen kann, müssen staatliche Regelungen ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern.’

14. Vgl. B. Jakl, *Handlungshoheit*, Tübingen: Mohr Siebeck 2019, p. 23 e.v.

15. Vgl. C. Bertrand, ‘Le cadre juridique européen en matière de droit de la consommation’, in: Y. Picod (red.), *Le droit européen de la consommation*, Parijs: Mare & Martin 2018, p. 17 e.v.

16. Zie de considerans, sub 3, bij EU-Richtlijn 2019/770 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten, en de considerans, sub 5, bij EU-Richtlijn 2019/771 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen. Zie voor een uitvoerige beschrijving van de beide richtlijnen M.B.M. Loos, ‘Herziening regelingen kooprecht en digitale inhoud aanstaande’, *TvC* 2019, p. 106 e.v.

Daarmee is consumentenbescherming bescherming van de ontwikkelde, kapitaalkrachtige consument. Hij moet beschikken over voldoende financiële middelen om zaken en diensten af te nemen, over voldoende kennis om voorlichting te begrijpen, en over voldoende middelen én kennis om remedies in te zetten.¹⁷ Het fenomeen dat consumentenbescherming bescherming van de kapitaalkrachtige, ontwikkelde consument is, manifesteert zich in het bijzonder in een land als Zuid-Afrika, dat wel een land van twee economieën wordt genoemd. Alle goede bedoelingen ten spijt blijft de arme (vooral zwarte) meerderheid van de Zuid-Afrikaanse bevolking veelal van consumentenbescherming verstoken.¹⁸ Ook in de

17. T. Woker, 'Consumer protection: an overview since 1994', *Stellenbosch Law Review* 2019, p. 97 e.v., p. 103: 'An important factor about consumer protection is that consumers have to claim their rights – they do not just happen. It is a serious challenge in South Africa to ensure that consumers are sufficiently educated about their rights in order to be able to claim them.'
18. Woker, Consumer protection: an overview since 1994, t.a.p. (voetnoot 17), p. 103, verwijst naar de uitspraak van de National Consumer Tribunal van 30 oktober 2017, no. NCT/71714/2016/140(1) (www.saflii.org/za/cases/ZANCT/2017/146.html), waarin onder meer werd overwogen (rov. 90): 'There was no evidence of credit bureau reports and no evidence that the Respondent takes reasonable steps to assess the consumer's existing financial means, prospects and obligations. It is noted that in some of the files there are salary slips and bank statement but there is evidence before the Tribunal that consumers sign blank documents which are supposed to contain financial information. In addition section 81 requires the credit provider to take steps to ensure that the proposed consumer has a general understanding and appreciation of the risks and costs of the proposed credit and of his or her rights and obligations under the credit agreement. Given the fact that Ms Makungo admitted that she is unaware of her obligations under the legislation, it may be assumed that she is not explaining anything to consumers. The documents are for the most part in English and by her own admission, Ms Makungo is not proficient in English. The documents also contain complicated legal language such as "beneficial ordinis sue excursionist et divisions" "non cause debt" "error calculi and revision account". It is highly unlikely that these terms are explained to consumers given Ms Makungo's explanation regarding her knowledge of her responsibilities under the NCA. Ms Makungo also stated that many consumers ask her to complete the documents for them but that she tells them to complete the documents for themselves. Taking all this into account it is clear to the Tribunal that both the agents of the Respondent and consumers are unaware of what is contained in the documents that consumers are required to sign.' Volgens M. Saadia, *Treconomics*, San Francisco: Pipertext 2016, p. 222 e.v. dreigt de digitalisering grote delen van de bevolking van ontwikkelingslanden de toegang tot rijkdom te ontnemen: 'The danger lies in the transition to an economy where the cost of making stuff – industry – has become more or less like agriculture today (with very few people employed and a very low share of GDP) (...). In a world where machines produce most of the goods at a marginal cost, a just and adequate distribution of resources is a matter of life or death for billions of people yet to be born.'



Europese Unie veronderstelt consumentenbescherming financiële middelen en kennis.¹⁹ Wie niet of nauwelijks gebruikmaakt van het internet en gedigitaliseerde zaken, heeft niets aan wetgeving die de afnemer van gedigitaliseerde zaken in bescherming neemt. Hij dreigt in een maatschappij die steeds meer om gedigitaliseerde zaken draait, juist buitengesloten te raken.²⁰

(ii) *Marginalisering van de landbouw*

6. *De Code civil van 1804 draait om eigendom van onroerend goed.* In de Franse Code civil staat de eigendom van onroerend goed centraal. Het wetboek is geschreven in en voor een overwegend agrarisch ingerichte maatschappij, waarin de economie draait om de opbrengsten van het land. Er was aan het prille begin van de negentiende eeuw nog geen brede notie dat *industrie* maatschappelijke relevantie kon hebben, dat je ervan kon bestaan, er rijk van kon worden. Aan het eind van de achttiende en het begin van de negentiende eeuw ontleende men rijkdom en status aan eigendom van onroerend goed, dus van land dat opbrengst genereerde. De overeenkomst, de koopovereenkomst in het bijzonder, stond in het teken van die eigendom: in de Code civil wordt de overeenkomst – na de erfopvolging – beschreven als een van de manieren waarop men eigendom, dus rijkdom *vergaart*. Hoewel het de keerzijde is van de eigendomsverkrijging, is het typerend dat de koopovereenkomst niet is beschreven als een manier waarop men eigendom *verliest*.

19. Vgl. D.W.F. Verkade, *Ooneerlijke handelspraktijken jegens consumenten*, 2e dr., Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 29: 'Het door het Hof gehanteerde begrip "gemiddeld geïnformeerde consument" veronderstelt m.i. ten minste een behoorlijke scholing tot en met de leerplichtige leeftijd. De toevoeging *omzichtig en oplettend* veronderstelt m.i. een consument die uitkijkt wat hij doet, weet dat hij niet alles weet, en weet dat hij niet alles voor zoete koek moet aannemen.' (curs. orig.)

20. Zie A. Wennekers e.a. (red.), *De sociale staat van Nederland 2019*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau 2019, p. 356: 'De complexer wordende samenleving zal meer vaardigheden, zelfredzaamheid en eigen regie van mensen vergen. Niet iedereen zal dat kunnen opbrengen. Dat kan leiden tot een groeiende groep burgers die niet mee kunnen komen (zie Van den Broek et al. 2016). Het is belangrijk om te beseffen dat het hier gaat om zowel feitelijke achterstanden als subjectieve percepties van risico's en onzekerheden (en bv. ervaren eigen regie). We zien in de ssn door de jaren heen steeds een groep van 3% van de bevolking waarmee het objectief en subjectief slecht gaat en die mensen bevat die over het algemeen over weinig hulpbronnen beschikken, weinig regie over hun leven ervaren en pessimistisch zijn over hun kansen en mogelijkheden. Het is belangrijk om meer zicht te krijgen op de zelfredzaamheid van de groep met minder hulpbronnen of vaardigheden, zoals mensen met een verstandelijke beperking of chronische aandoening, en laaggeletterden. Hoe toegankelijk is en blijft de samenleving voor verschillende groepen?'

7. *Marginalisering van de landbouw.* Van het maatschappijbeeld dat ten tijde van de invoering van de Code civil heersend was, is nu, in het begin van de eenentwintigste eeuw, niets meer over. We spreken tegenwoordig van een ‘agrarische sector’, en dat onderstreept al dat landbouw niet langer de enig relevante oorzaak van het bruto binnenlands product is. Halverwege de vorige eeuw was het aandeel van de landbouw in het Nederlandse bruto binnenlands product gedaald tot krap 15%. In 2015 was dat aandeel nog slechts 1,6%. Tegenwoordig is nog maar 3% van de Nederlandse beroepsbevolking van 9 miljoen mensen werkzaam in de landbouw.²¹ De toename van de maatschappelijke welvaart heeft weliswaar geleid tot een stijging van de vraag naar landbouwproducten, maar innovatie en schaalvergroting hebben een nog snellere stijging van de productiecapaciteit en daarmee van het aanbod aan landbouwproducten veroorzaakt. Dat heeft weer geleid tot stagnerende productie, dalende prijzen en achterblijvende arbeidsproductiviteit. De inkomens in de landbouw zijn in de periode 1995-2002 met maar liefst 45% gedaald, terwijl de inkomens in de andere economische sectoren juist zijn gestegen. Tussen 2000 en 2018 is het aantal Nederlandse landbouwbedrijven bijna gehalveerd. In 2004 sprak het CPB al van ‘een versneld proces van economische marginalisatie’. Aan die marginalisatie is nog geen einde gekomen, zeker niet nu na de PAS-uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 29 mei 2019²² inkrimping van de veestapel een politiek bespreekbaar thema is geworden.

8. *Onroerend goed als last.* De maatschappelijke relevantie van onroerend goed is niet alleen sterk afgenomen doordat het als bron van inkomen sterk aan belang heeft ingeboet. Veel onroerend goed is in de afgelopen twee eeuwen versnipperd geraakt, doordat sinds de Franse revolutie, onder invloed van Verlichting en Liberalisme, wordt aangenomen dat alle kinderen een gelijk en onaantastbaar aandeel in de nalatenschap van hun ouders moeten hebben.²³ Intussen vergde het onroerend goed wél

21. Vergelijkbare cijfers voor de Verenigde Staten zijn te vinden op de website van de United States Department of Agriculture, in: C. Dimitri, A. Effland & N. Conklin, *The 20th Century Transformation of U.S. Agriculture and Farm Policy*, p. 2. Zie www.ers.usda.gov/webdocs/publications/44197/13566_eib3_1_.pdf.



22. ABRvS 29 mei 2019, AB 2019/308 en ABRvS 29 mei 2019, AB 2019/309.

23. Zie H. Coing, *Europäisches Privatrecht 1800 bis 1914, Bd. II, 19. Jahrhundert*, München: Beck 1989, p. 594 e.v.

onderhoud; het kostte geld.²⁴ Tegenwoordig worden landgoederen onderhouden met *subsidies*, vooral uit hoofde van de Natuurschoonwet 1928.²⁵ In de jongste economische crisis bleek goed dat de eigendom van een onroerende zaak een last kan zijn. In 2013 daalde de gemiddelde koopsom van een Nederlandse woning naar een dieptepunt van € 206.000 (2019: € 316.000); in 2014 had een derde van de 4,5 miljoen Nederlandse huishoudens met een ‘eigen woning’ een fiscale hypotheekschuld die hoger was dan de marktwaaarde van de woning. Bijna 2.200 woningen werden in dat jaar executoriaal verkocht (2018: ruim 800).²⁶ In diezelfde crisis bleek ook de woning die deel uitmaakte van een nalatenschap, tot hoofdbrekens te kunnen leiden, namelijk als de nagelaten woning niet of slecht verkoopbaar bleek maar wel leidde tot een aanslag voor de succesiebelasting. Ook zonder economische crisis voelt de eigenaar van een registergoed er steeds vaker de lasten van. De eigenaar van ernstig vervuilde grond kan gedwongen worden die grond te saneren (art. 43 lid 3 sub b Wet bodembescherming). Door middel van wetsvoorstel 34675 (Wijziging van de Wet milieubeheer (verwijdering asbest en asbesthou-

24. G. Mak, *De levens van Jan Six. Een familiegeschiedenis*, Amsterdam/Antwerpen: Atlas Contact 2016, p. 322-323, schrijft: ‘Bij andere families uit de oude elite namen de zorgen echter snel toe. Een groot deel van hun vermogen bestond vaak niet uit effecten, zoals bij andere welgestelde families, maar uit grondbezit. Zulke families waren daardoor veel kwetsbaarder toen in 1878 over heel Europa de grote landbouwcrisis uitbrak. De pachtopbrengsten en grondprijzen stortten in, in Engeland begon de adel massaal landgoederen te verkopen – het aantal gesloopte kastelen en landhuizen liep tegen de tweeduizend –, in Nederland daalden de adellijke inkomens tussen 1880 en 1890 soms wel met een kwart, nog afgezien van de inflatie.’

25. Zie voor een overzicht (47 pagina's) van de gesubsidieerde landgoederen per 1 oktober 2018 www.rvo.nl/sites/default/files/2017/09/Overzicht-opengestelde-nsw-landgoederen.pdf.



26. Zie <https://zakelijk.kadaster.nl/executieveilingen> en www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2015/44/minder-huizen-onder-water. Zie ook S.E. Bartels, ‘Crisis, huis onder water en coulance’, *NTBR* 2014/6, p. 35 e.v.



dende producten))²⁷ werd beoogd eigenaars van opstallen met asbesthoudende daken te verplichten om deze daken voor 1 januari 2025 te vervangen door asbestvrije daken. De Eerste Kamer heeft het wetsvoorstel op 4 juni 2019 verworpen, juist omdat zo'n 100.000 woningeigenaars op korte termijn voor hoge vervangingskosten dreigden te komen staan.²⁸ In de nabije toekomst zullen eigenaars van Nederlandse woningen niettemin rekening moeten houden met kostbare investeringen, vooral in verband met de volledig duurzame energievoorziening die in 2050 in Nederland gerealiseerd zou moeten zijn.²⁹

(iii) *Industrialisering: massaproductie van roerende zaken*

9. *Industrialisering en massaproductie. Uitwisseling van roerende zaken.* Door de industriële revolutie steeg het maatschappelijke belang van *roerend* goed. Voortaan konden zaken in massa geproduceerd en in de markt gezet worden. Voor de eigenaar van de productiemiddelen was de koopovereenkomst niet een middel om eigendom te *vergaren* en goederen te accumuleren, maar juist om eigendom, de door hem in massa geproduceerde goederen, te *verspreiden*. De belangrijkste *bron* van rijkdom werd het *verhandelen* van roerende zaken, dus de *koopovereenkomst*. Het stijgende belang van de koopovereenkomst heeft in de eerste helft van de twintigste eeuw bewerkstelligd dat het burgerlijk recht 'vercommercialiseerde'; handelsrecht en burgerlijk recht groeiden naar elkaar toe – wat in Nederland heeft geresulteerd in de wet van 2 juli 1934, *Stb.* 1934, 347, 'tot opheffing van de onderscheiding tusschen handelsdaden en niet-han-

27. <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-34675-2.html>.



28. www.eerstekamer.nl/verslagdeel/20190604/verwijdering_asbest_en.



29. Volgens een recent Frans onderzoek heeft nog 13% van de kopers van onroerende zaken als motief dat die eigendom status (réussite sociale) geeft (<https://www.dalloz-actualite.fr/flash/devenir-proprietaire-un-objectif-de-vie#.XZX1iGyP5EY>).

delsdaden en kooplieden en niet-kooplieden'.³⁰ Ik heb deze ontwikkeling elders gekarakteriseerd als een *objectivering* van het contractenrecht.³¹ De eerste helft van de twintigste eeuw kenmerkt zich door een concentratie op en begunstiging van de (*koop*)overeenkomst, waarin de uitwisseling en verschuiving van goederen centraal staan. In literatuur en rechtspraak werd het belang van de wil gerelativeerd ten gunste van objectievere factoren als verklaring en vertrouwen – wat de ondernemer in staat stelde om algemene voorwaarden te gebruiken en de inhoud van de overeenkomst verregaand eenzijdig te bepalen. De onderhandelingsfase, die de totstandkoming van de overeenkomst vertraagt, werd uitgebannen ten gunste van het model van aanbod en aanvaarding, de aantastbaarheid van de overeenkomst werd beperkt door het stellen van beperkingen (kenbaarheid, verschoonbaarheid) aan het beroep op dwaling, door een beperkte omschrijving van de 'inhoud' van de overeenkomst, door de aanvaarding van de mogelijkheid dat een overeenkomst partieel werd ontbonden of partieel nietig was, door een focus op het maatschappelijke verkeer (het economische deel van de maatschappij) en door de introductie en versterking van derdenbescherming. Industrialisering en massaproductie staan zo aan de wieg van de emancipatie van de koopovereenkomst ten opzichte van de eigendom.³²

Ook de makers van het Nederlandse BW, dat na de Tweede Wereldoorlog is ontwikkeld en op 1 januari 1992 is ingevoerd, zijn kinderen van hun tijd. Het BW is geschreven met het oog op een geïndustrialiseerde maatschappij. De eigendom heeft in het BW een veel minder centrale plaats dan in de Code civil, en de overeenkomst is niet geregeld als een wijze van eigendomsverkrijging, maar als een middel tot uitwisseling van prestaties (art. 6:213 respectievelijk art. 6:261 BW). Het is een teken des tijds dat het Nederlandse BW veel meer om het verbintenissenrecht draait dan de Code civil, waarin het zakenrecht een veel prominere plaats had.

30. Vgl. E.M. Meijers, 'De uitbanning der kooplieden en der handelsdaden uit ons recht', WPNR 3393/1935 e.v., p. 1 e.v. Zie reeds W. Molengraaff, *Is het noodzakelijk of wenschelijk tussen handelsrecht en burgerlijk recht te onderscheiden en ze tot voorwerpen van afzonderlijke wettelijke regeling te maken?*, Preadvies voor de Nederlandsche Juristen-Vereeniging, 1883, gedeeltelijk opgenomen in de Molengraaff-bundel, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978, p. 3 e.v. Zie hierover ook R.J.Q. Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi 1999, p. 165 e.v.; C.J.H. Jansen & C.D.J. Bulten, 'Een nieuw ondernemingsrecht in België. Tevens de ondergang van het Belgisch handelsrecht', *NJB* 2019, p. 2204 e.v.
31. A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid. Beschouwingen vanuit rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief over de overeenkomst zonder oorzaak*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 65 e.v.; A.C. van Schaick, *De ondernemer, de consument en hun overeenkomsten*, Preadvies van de Vereeniging voor Handelsrecht, Zwolle: Tjeenk Willink 2000, p. 83 e.v.
32. Zie hierover ook B. Akkermans, 'Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?', *TvP* 2018/4, p. 1437 e.v.

Dat neemt niet weg dat het BW van 1992 (boek 3, 5, 6 en 7) is geschreven met het oog op een analoge, fysiek ingestelde maatschappij. Het wetboek heeft nog vooral oog voor zaken als zodanig, de voor menselijke beheersing vatbare, stoffelijke objecten. Vermogensrechten komen op de tweede plaats (zie art. 3:1 en art. 7:47 BW), en als het om vermogensrechten gaat, gaat het vooral – begrijpelijk in een kredietmaatschappij – om vorderingen (art. 3:83 jo. art. 3:94 BW).

(iv) *Het stijgende belang van dienstverlening*

10. *Servitisation*. Ook de industriële sector is zijn hoogtepunt inmiddels ver voorbij. Massaproductie heeft het Westen welvaart gebracht, maar na de Tweede Wereldoorlog is veel industrie overgeheveld naar Aziatische, zogenaamde ‘lagelonenlanden’. Standaardisering van goederen en normen – de container is het schoolvoorbeeld – heeft bijgedragen aan internationalisering en versnippering van productieprocessen: elk onderdeel van het productieproces wordt uitgevoerd in het land waar dat het goedkoopst of best kan gebeuren. De Nederlandse industrie produceert relatief weinig; ze voegt vooral waarde toe: halffabrikaten worden ingevoerd, bewerkt en weer uitgevoerd. Dat geldt voor veel rijkere landen; ze hebben ingezet op internationale handel, waarin kredietverlening (inclusief de verlening van zekerheden), transport, bewaring (op- en overslag) en logistiek relevant zijn. De industrie zelf is overgegaan tot de uitbesteding van diensten: beveiliging, schoonmaak, administratie en catering zijn verzelfstandigd en geprofessionaliseerd, hetzelfde geldt voor allerlei vormen van advisering en bemiddeling, waaronder uitzenden en payrollen. Voorts zijn er de professionalisering en juridisering van sferen die eerder rechtens irrelevant werden gevonden – want niet behorend tot ‘het maatschappelijk verkeer’: door de toenemende welvaart kwam steeds meer vrije tijd beschikbaar, die zich leende voor exploitatie en dus vercommercialisering. Dienstverleningsovereenkomsten hebben tegenwoordig ook betrekking op entertainment, toerisme en reizen, lange en korte vakanties, horeca, sport en recreatie, sponsoring, onderwijs, kinderopvang en zieken- en ouderenzorg.

De industriële sector ‘verdienstelijk’ zelf ook. Producten worden steeds vaker niet meer gekocht, maar ‘geleast’, een ontwikkeling die ‘servitisation of products’ en ‘productization of services’ wordt genoemd.³³ Wie een auto least, is inmiddels per saldo goedkoper uit dan wanneer hij dezelfde auto zou kopen.³⁴ En ook het leasen van andere zaken met een

33. Hierover V. Mak, *Consumentenbescherming bij servitisation*, Preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 69 e.v.

34. NRC 28 juni 2019: ‘Private-leasing is in opkomst. Dit zijn de lusten en lasten’.

relatieve langetermijnbestemming, zoals witgoed, laptops en koffiema-chines wordt populair. De *verkoop* van nieuwe fietsen is de afgelopen tien jaar gedaald van circa 1,4 miljoen in 2007 naar circa 1 miljoen in 2018,³⁵ maar het *huren* van fietsen raakt steeds meer in zwang, niet langer uitsluitend voor recreatieve doeleinden, maar evengoed met het oog op de primaire vervoersfunctie ervan, voor een enkele rit (de ‘ov-fiets’, de ‘vélibs’ in veel Europese grote steden) of voor de langere termijn (de ‘swapfiets’). Voor een nieuwe fiets moet momenteel gemiddeld meer dan € 1.000 worden betaald; een swapfiets is te huren voor € 12,50 tot € 20 per maand, en dan zijn onderhoud en reparaties voor rekening van de verhuurder. De laatste haalt zijn winst niet langer uit de productie en verkoop van goederen, maar uit de verstrekking van een ‘all-inclusive’-pakket in een duurrelatie (full service). Daarin worden ook duurzaamheidsvoordelen gezien: het belang van de eigenaar/producent is niet meer dat zijn wederpartij de zaak zo snel mogelijk moet vervangen; zijn belang is het juist om zo veel mogelijk te werken met herbruikbaar, dus duurzaam materiaal (de circulaire economie).³⁶

11. *Full service*. Dienstverlening is, mede dankzij het internet, nog minder dan industriële productie plaatsgebonden, en internationaliseert en versnipperd daarom in hoog tempo. Softwareontwikkeling, webhosting, cloudservices, systeemonderhoud, reclamediens en telemarketing vinden vaak plaats in respectievelijk vanuit een ander land dan het land waarin de afnemer van de dienst zich bevindt. De praktische en juridische problemen die van deze versnippering een gevolg zijn, zijn van een andere aard dan de opdeling van industriële (fysieke) processen. Ook deze problemen worden wel ondervangen door full service-dienstverlening.

35. Zie bijvoorbeeld <https://bovagrai.info/tweewieler/2018/media/Mobiliteit-in-Cijfers-Tweewielers-2018-voor-download.pdf>.



36. Vgl. F. Gudín Rodríguez-Magariños, *Economía circular en la Unión Europea: un marco jurídico global para el Derecho medioambiental del siglo XXI*, Madrid (Las Rozas): Sepin 2019, p. 50 e.v.; R. Koolhoven, ‘Worden “slimme” zaken in de circulaire economie ook nagetrokken?’, *WPNR* 7194/2018, p. 396 e.v.; R. Koolhoven, ‘Gebouwen en hun bestanddelen in een meer circulair goederenrecht. Van een wegwerpeconomie naar een kringloop van hoogwaardige, modulaire producten die worden verdienenlijkt’, in: C.W. Backes e.a., *Circulair bouwen*, Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht, Den Haag: IBR 2018, p. 7 e.v.; V. Mak, ‘Van ownership naar access. Is toegang de nieuwe eigendom?’, *AA* 2018, p. 664 e.v.; Mak, *Consumentenbescherming bij servitisation*, a.w. (voetnoot 33), p. 70 e.v.

Het aanbod bestaat niet alleen uit het verkopen of verhuren van het product waarom het de afnemer is te doen, maar de verkoper/verhuurder of een derde biedt tegelijkertijd ondersteunende diensten aan of neemt daarvoor verantwoordelijkheid: installatie, instructie en training, onderhoud en herstel of vervanging. De afnemer weet zich aldus verzekerd van een centraal aanspreekpunt en een duurzaam contractconform resultaat tegen vaste, inzichtelijke kosten. De full service-dienstverlener heeft het voordeel dat hij de klant aan zich bindt, zich gedurende langere tijd verzekerd weet van inkomsten en zijn omzet vergroot.

12. De overwegende maatschappelijke relevantie van de dienstensector. Door deze ontwikkelingen is het aandeel van de industrie in het bruto binnenlands product sterk gedaald, en het aandeel van de dienstensector daarin juist sterk gegroeid. In 1970 bedroeg het aandeel van de industriesector in het Nederlandse bruto binnenlands product 44%, in 1998 nog maar 29%. Dus juist in de tijd waarin het Nederlandse nieuwe BW werd geschreven en ontwikkeld, met een geïndustrialiseerde maatschappij voor ogen, verloor de industriële sector snel aan maatschappelijke betekenis, ten gunste van een dienstensector in opkomst. En de trend was niet te stuiten: in 2015 was het aandeel van de industriële sector in het bruto binnenlands product gedaald tot nog maar 18,8%.

In diezelfde periode, van 1970-2015, steeg het aandeel van de dienstensector in het Nederlandse bruto binnenlands product van 31% naar maar liefst 79,6%. Inmiddels gaat in Nederland jaarlijks meer dan de helft van de binnenlandse consumptieve bestedingen (ca. € 500 miljard) naar de dienstensector.³⁷ 78% van de Nederlandse beroepsbevolking is tegenwoordig in de dienstensector werkzaam. Het gaat daarbij in zeer belangrijke mate om zakelijke dienstverlening: informatie en communicatie, juridische en economische (financiële) dienstverlening, architectuur, ingenieurswezen, computerservices, marketing en marktonderzoek.

In de industrie ligt de arbeidsproductiviteit op een hoger niveau dan in de dienstverlening. Op het eerste gezicht is dat logisch: technologie en automatisering zijn eenvoudiger toepasbaar op de productie van goe-

37. Bron: nieuwsbericht CBS 14 februari 2019: 'Bbp groeit met 0,5 procent in vierde kwartaal 2018', www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2019/07/bbp-groeit-met-0-5-procent-in-vierde-kwartaal-2018.



deren dan op persoonsgebonden vaardigheden, kennis, creativiteit en expertise, waarop het in de dienstverlening vaak aankomt. Toch past hier een kanttekening: internationaal gezien is de arbeidsproductiviteit van de Nederlandse dienstensector lager dan gemiddeld. Dat wordt verklaard door een gebrek aan concurrentie en (daardoor) prikkels om te innoveren en technologie in te zetten die de arbeidsproductiviteit kan verhogen. De Nederlandse dienstensector is dan ook relatief duur. Daar is dus nog veel te winnen. Juist de digitalisering van dienstverlenende processen zou tot een sterke stijging van de arbeidsproductiviteit in de dienstensector moeten leiden.

(v) *De consument en zijn wensen*

13. *Bescherming van de consument.* Door verzadiging van de markt werden in de tweede helft van de vorige eeuw de wensen van de afnemer belangrijker én beschermenswaardig.³⁸ De vooroorlogse begunstiging van de overeenkomst werd gerelativeerd, de onderhandelingsfase herwon haar relevantie, vernietigings- en ontbindingsmogelijkheden werden verruimd doordat de inhoud van de overeenkomst werd verruimd – die inhoud absorbeerde de zogenaamde ‘strekking van de overeenkomst’ die eerder náást de inhoud was geplaatst – en onderzoeks- en mededelingsplichten maakten verwachtingen en motieven weer relevant en bemoeilijkten een beroep op derdenbescherming. Het delictsrecht bood nieuwe bescherming tegen schade, door relativering van de eigen verantwoordelijkheid van het slachtoffer en de introductie of aanvaarding van risicoaansprakelijkheden, productenaansprakelijkheid en zorgplichten. Het individu en zijn persoonlijke belangen en wensen kwamen steeds meer centraal te staan.³⁹ Een gevolg daarvan is geweest dat de Nederlandse gelijkschakeling van handelsdaden en niet-handelsdaden en kooplieden en niet-kooplieden (zie hiervoor, nr. 8) ongedaan is gemaakt.⁴⁰ Het streven naar consumentenbescherming heeft geleid tot een onderscheid tussen consumentenovereenkomsten – waarbij de verkoper/dienstverlener een ondernemer en de afnemer van de zaak/dienst een consument is – en overeenkomsten waarbij de contractspartijen een gelijke hoedanigheid – ondernemer/ondernemer of consument/consument – hebben.⁴¹ In het

38. Vgl. Th.J.M. van Mierlo, ‘Kroonjuwelen voor consumenten in het BW: geschiedenis van het Nederlandse consumentenrecht’, TvC 2018, p. 244 e.v.

39. Ik heb deze ‘individualiserings- en subjectiveringstendens’ gedetailleerd beschreven in Van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid. Beschouwingen vanuit rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief over de overeenkomst zonder oorzaak*, a.w. (voetnoot 31), p. 129 e.v.; Van Schaick, *De ondernemer, de consument en hun overeenkomsten*, Preadvis van de Vereniging voor Handelsrecht 2000, a.w. (voetnoot 31), p. 109 e.v.

40. E.H. Hondius, *Consumentenrecht*, Mon. BW A8, 2^e dr., Deventer: Kluwer 2013, nr. 1.

41. Vgl. Asser/Hijma 7-I 2019/95.

eerste geval is de positie van de afnemer van de zaak/dienst aanmerkelijk gunstiger.⁴²

Het is van alle tijden dat het verbinden van rechtsgevolgen aan de hoedanigheid waarin een partij contracteert, leidt tot afbakeningsproblemen, zowel aan de aanbiederskant⁴³ als aan de afnemerskant.⁴⁴ Als het gaat om consumentenovereenkomsten lijkt het probleem beheersbaar zolang de kwalificatie van de overeenkomst afhankelijk wordt gemaakt van het *doel* van de overeenkomst, in die zin dat alleen de *particuliere eindverbruiker*, die de overeenkomst sluit om te voorzien in zijn particuliere consumptiebehoeften, als consument wordt gekwalificeerd.⁴⁵ Maar in de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie is de blik verlegd naar de behoefte aan bescherming die voortvloeit uit de economisch zwakkere positie van de consument ten opzichte van diens professionele wederpartij.⁴⁶ De digitalisering blijkt dan het probleem te compliceren. Met behulp van het internet kunnen particulieren – die dan wel *prosumers* worden genoemd – eenvoudiger dan ooit hun zelfgemaakte, verzamelde of overbodige spullen, hun overbodige ruimte of hun vaardigheden te gelde maken. De desbetreffende overeenkomsten strekken uit de aard der zaak niet ter vervulling van een particuliere consumptiebehoefte van de aanbieder, maar diens economische positie is op zichzelf, ondanks het winstoogmerk, een valide reden om de overeenkomst toch niet als consumentenovereenkomst te kwalificeren en de *afnemer* van de zaak of dienst te voorzien van de remedies die hem ten opzichte van een professionele wederpartij ten

42. N. Sauphanor-Brouilod e.a., *Les contrats de consommation. Règles communes*, 2e éd., Parijs: LGDJ 2018, nr. 178 e.v.

43. Vgl. Ktr. Amsterdam 15 juli 2016, NJF 2016/391 en Rb. Antwerpen 16 oktober 2017, RW 2018-2019, p. 1556 met betrekking tot een honden- respectievelijk kattenfokker.

44. Vgl. HvJ EU 3 september 2015, C-110/14, NJ 2016/339 (*Costea*) met betrekking tot een advocaat.

45. Vgl. HvJ EG 21 juni 1978, nr. 150/77, NJ 1979/115 (*Bertrand*); HvJ EU 19 januari 1993, C-89/91, NJ 1996/328 (*Shearson Lehman Hutton*); HvJ EU 3 juli 1997, C-269/95, NJ 1999/681 (*Benincasa*). Zie ook HvJ EU 22 november 2001, C-541/99 en C-542/99, ECLI:EU:C:2001:625 (*Cape Snc*): ‘Het begrip “consument” zoals omschreven in artikel 2, sub b, van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, moet aldus worden uitgelegd dat het uitsluitend betrekking heeft op natuurlijke personen.’

46. Bijgevolg wordt bescherming bepleit van de ‘kleine ondernemer’, die zich in beschermingsbehoefte veelal niet of nauwelijks van de consument onderscheidt. Zie A. Stöhr, *Kleine Unternehmen*, Tübingen: Mohr Siebeck 2019, p. 98 e.v., p. 141 e.v.; H.N. Schelhaas, *Commerciële contractanten – consistentere differentiëren?*, Den Haag: Boom juridisch 2018. J. Biemans & A.G. Castermans, *Barmhartigheid in het burgerlijk recht. Bespiegelingen over de grenzen aan kredietverlening en een bijdrage aan het behoud van bestaanszekerheid*, Pre-advies VBR, Zutphen: Paris 2017, p. 97 e.v. Zie ook art. L221-3 van de Franse Code de la consommation, dat bij het sluiten van overeenkomsten buiten de verkooppriimte ondernemingen met maximaal vijf werknemers dezelfde bescherming biedt als consumenten.

dienste staan. Daarmee is de hoedanigheid van de aanbieder van een zaak of dienst op een internetplatform relevant voor de toepasselijke regelgeving, maar die hoedanigheid kan voor de aspirant-afnemer onduidelijk zijn.⁴⁷ En wie regelmatig zaken of diensten aanbiedt, loopt het risico dat hij wordt geacht de overeenkomst in hoedanigheid van ondernemer te hebben gesloten en te worden belast met de aan die hoedanigheid verbonden verplichtingen. De rechtspraak van het Europese Hof van Justitie noopt tot een beoordeling van de – voor de wederpartij niet steeds kenbare⁴⁸ – omstandigheden van het geval door de nationale rechter,⁴⁹ en sluit

47. B. Devolder, 'Informatieasymmetrie in de sharing economy: een nieuwe rol voor internetplatformen?', in: E.M. Storme & F. Helsen (red.), *Innovatie en disruptie in het economisch recht*, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2017, p. 151 e.v., nr. 3-4. A. De Franceschi, 'Mitteilung und Grünbuch der Europäischen Kommission zu Online Plattformen: eine kritische Würdigung', in: U. Blaurock, M. Schmidt-Kessel & K. Erler, *Plattformen. Geschäftsmodell und Verträge*, Baden-Baden: Nomos 2018, p. 9 e.v., p. 29 e.v.; M. Cuenca Casas, *Las FinTech de préstamos o crowdlending. La contratación a través de plataformas intermediarias en línea*, Madrid: REUS 2019, p. 42 e.v. Vgl. art. D111-8 lid II sub 1: 'Tout opérateur de plateforme en ligne mentionné au I, qui met en relation des consommateurs ou des non-professionnels entre eux, à titre principal ou accessoire, indique également, de manière lisible et compréhensible la qualité de l'offreur, selon que l'offre est proposée par un professionnel ou par un consommateur ou non-professionnel, en fonction du statut déclaré par celui-ci.' Er zal een soortgelijke bepaling (art. 6bis lid 1 sub b) worden toegevoegd aan EU-Richtlijn 2011/83 betreffende consumentenrechten. Zie Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 17 april 2019 over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993, Richtlijn 98/6/EG van het Europees Parlement en de Raad, Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft betere handhaving en modernisering van de regels voor consumentenbescherming in de EU (COM(2018)0185 – C8-0143/2018 – 2018/0090(COD)), www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0399_NL.html.



48. Vgl. HvJ EU 14 februari 2019, C-630/17, RvdW 2019/635 (*Milivojevic*): 'Artikel 17, lid 1, van verordening nr. 1215/2012 moet aldus worden uitgelegd dat een kredietnemer die een kredietovereenkomst heeft gesloten om een onroerend goed waarin hij woont te renoveren, met name om er accommodatie aan toeristen aan te bieden, niet kan worden aangemerkt als "consument" in de zin van die bepaling, tenzij deze overeenkomst, gelet op de context van de verrichting – in haar totaliteit beschouwd – waarvoor zij is gesloten, dermate losstaat van die beroepsactiviteit dat het evident is dat die overeenkomst in de eerste plaats voor privédoeleinden is gesloten, wat door de verwijzende rechter dient te worden nagegaan.'
49. G. Straetmans & J. Blockx, 'Impact van technologische evoluties op de kwalificatie van onderneming en consument', in: R. Steennot & G. Straetmans (red.), *Digitalisering van het recht en consumentenbescherming*, Antwerpen: Intersentia 2019, p. 1 e.v. Vgl. M.Y. Schaub, 'Wie is handelaar?', TvC 2019, p. 5 e.v., naar aanleiding van HvJ EU 4 oktober 2018, C-105/17, NJ 2019/234 (*Kamenova*). Zie ook M.B.M. Loos, *Consumentenkoop*, Mon. BW B65b), Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 12.

zelfs niet uit dat iemand tegelijkertijd de hoedanigheid van consument en de hoedanigheid van ondernemer heeft indien de hoedanigheden van elkaar te scheiden zijn.⁵⁰ De rechtsonzekerheid die daaruit voortvloeit, frustreert het voor de markt essentiële consumentenvertrouwen en daarmee een soepel lopend goederenverkeer.

14. *Genot in plaats van eigendom.* Tegenwoordig ontleent de consument zijn status niet meer aan eigendom of vermogen, maar aan zijn *lifestyle* (een marketing-term). Identiteit, maatschappelijke positie en aanzien worden vooral bepaald door het leiden van een leven volgens een bepaalde stijl, die veelal (maar niet noodzakelijk) gepaard gaat met een royaal gebruik van dure, luxe en modieuze goederen.⁵¹ In die laatste vorm vergt *lifestyle* snelle vernieuwing respectievelijk vervanging van de zaken waarmee de consument zich omringt. Het is de mogelijkheid om de verkozen *lifestyle* te praktiseren, die status verschaft: de toegang tot luxe, tot wat in de mode is. Lifestyle draait om genot, en het gemak dat met dat genot gepaard gaat. Het is een teken aan de wand dat in talloze reclame-uitingen woorden als ‘genieten’, ‘beleven’ en ‘ervaren’ worden ingezet, soms zelfs in combinatie (‘geniet van een ervaring’). Irrelevant is dat de zaken die aan de *lifestyle* uitdrukking geven, geen eigendom van de gebruiker zijn. Integendeel: eigendom is onpraktisch. Het genot van gedigitaliseerde zaken is beperkt tot de duur van de digitale functie. Zodra die digitale functie is uitgewerkt omdat het digitale geheugen vol of de software verouderd is, is de gedigitaliseerde zaak nutteloos, bruikbaar noch verhandelbaar. De zaak als zodanig is afval, de eigendom ervan een *last*. Verhandelbaarheid, exploiteerbaarheid, waarde, duurzaamheid, andere aspecten dan genot en exclusiviteit die vanouds met eigendom van zaken samenhangen, hebben hun aantrekkingskracht verloren; voor zover er nog een belang in duurzaamheid schuilt, is dat geen eigendomsbelang maar een ethisch of maatschappelijk belang.

50. HvJ EU 25 januari 2018, C-498/16, NJ 2018/139 (Schrems/Facebook).

51. S. Fischer e.a., *Leasing Society* (document requested by the European Parliament's Committee on Environment, Public Health and Food Safety), 2012, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/492460/IPOL-ENVI_ET\(2012\)492460_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/492460/IPOL-ENVI_ET(2012)492460_EN.pdf). Zie ook, met betrekking tot de bouw, S. van Gulijk, *Circulair en veilig bouwen. Verantwoordelijkheid is geen estafettestokje*, Oratie, Tilburg), 2019, p. 19 e.v.



(vi) *De veranderde betekenis van geld*

15. *Geld als rekeneenheid.* Geld is in het BW een wezenskenmerk van de koopovereenkomst, een – efficiënt – hulpmiddel om goederen, rijkdom te vergaren.⁵² Geld heeft in de elfde eeuw de functie van ruilmiddel ingenomen en de koopovereenkomst relevant gemaakt.⁵³ De koopovereenkomst heeft ons weggevoerd van de autarkie; ze is de basis van een maatschappij die gebaseerd is op vermogensverschuivingen, op handel, waarbij de tegengestelde krachten van vraag en aanbod vanzelf leiden tot de juiste prijs, dus tot evenwichtige overeenkomsten. Eeuwenlang heeft deze *ruil-functie* van geld vooropgestaan. Maar door de giralisering van geld en de opkomst van de kredietmaatschappij in de twintigste eeuw, is de *reken-functie* van geld voorop komen te staan. De rol van contant geld neemt steeds verder af: we dragen geen munten en bankbiljetten meer bij ons. We hebben een boekhoudkundig saldo, dat we weliswaar ‘geld’ noemen maar het in feite niet meer is. Geld is een abstracte notie geworden. Ons saldo stijgt door bijschrijving van salaris of een ander type inkomen, en daalt door afschrijvingen, te beginnen met zogenaamde ‘vaste lasten’, die steeds meer uit termijnen uit hoofde van langlopende leaseovereenkomsten zullen bestaan. Ook onze incidentele transacties worden ten gunste en laste van ons boekhoudkundige saldo gebracht, met steeds eenvoudigere hulpmiddelen, een plastic kaartje, electronic banking, een smartphone, een horloge, een armband of ring, een vingerafdruk of iris-scan. In 2018 werd in Nederland al 60% van alle financiële transacties elektronisch afgedaan⁵⁴ en dat percentage zal stijgen, het wordt sterk bevorderd door de invoering van EU-Richtlijn 2015/2366 betreffende

52. Zie hierover ook, in het verband van de digitalisering van het privaatrecht, K. Langenbacher, ‘Digitales Finanzwesen – Vom Bargeld zu virtuellen Währungen’, *AcP* 218 (2018), p. 385 e.v.

53. S. Omlor, *Geldprivatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2014, p. 10 e.v.

54. DNBulletin 29 oktober 2018, Thema Betalingsverkeer: Aandeel pinbetalingen aan de kassa overschrijdt 60%-grens (www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archief/DNBulletin2018/dnb379598.jsp). Zie ook A.A. Scholten, *Juridische aspecten van contant geld*, Zutphen: Paris 2017, p. 87 e.v.; B. Bierens, ‘Veranderend betaalgedrag vanuit een juridisch perspectief. Kan het contant geld al worden afgeschaft?’, *NJB* 2018, p. 942 e.v.



betalingendiensten in de interne markt (PSD2).⁵⁵ Het wordt gebruikelijk om uitsluitend elektronische betaling te accepteren en betaling met (contant) geld uit te sluiten. Als dit systeem van salderingen gesloten zou zijn, zouden banken overbodig zijn – zoals de bitcoin bewijst. Het lijkt een kwestie van tijd voordat digitale financieringssystemen algemeen geaccepteerd worden: in Zweden, waar maar liefst 98% van alle transacties elektronisch wordt afgerekend,⁵⁶ onderzoekt de *Riksbank* de mogelijkheid van de invoering van een e-kroon.⁵⁷ En Facebook wil in 2020 de cryptomunt Libra invoeren.⁵⁸

(vii) *Digitalisering*

16. *Voordelen van digitalisering.* De ontwikkeling van zakelijke dienstverlening tot de overheersende, zo niet allesbeheersende economische bedrijvigheid gaat hand in hand met de digitalisering van producten en

55. Zie de considerans bij EU-Richtlijn 2015/2366, bijvoorbeeld nrs. 3, 5, 7, 21, 95. Voorts J.A. Voerman, *Van moderne betaalmiddelen naar innovatieve betaaldiensten*, Preadvies van de Vereniging voor Handelsrecht, Zutphen: Paris 2018, p. 255 e.v.; J.A. Voerman, *Betaaldiensten 2.0. Toezicht op innovatieve betaaldiensten*, Zutphen: Paris p. 53 e.v. EU-Richtlijn 2015/2366 betreffende betalingendiensten in de interne markt (PSD2) had uiterlijk op 13 januari 2018 geïmplementeerd moeten zijn, maar in Nederland is hij sinds 19 februari 2019 stapsgewijs ingevoerd. Zie Tekst en Commentaar BW, Inleidende opmerkingen bij Titel 7:7B (Rank), aantek. 1.

56. Zie World Payments Report 2017, www.capgemini.com/fr-fr/wp-content/uploads/sites/2/2017/10/world-payments-report-2017_year-end_final_web-002.pdf, p. 23.



57. www.riksbank.se/sv/betalningar-kontanter/e-krona/e-kronarapporter/e-kronaprojekt-rapport-2.



58. Zie bijvoorbeeld [https://en.wikipedia.org/wiki/Libra_\(cryptocurrency\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Libra_(cryptocurrency)); voorts Y. Mersch, *Money and private currencies: reflections on Libra*, speech at the ECB Legal Conference, 2 september 2019, Frankfurt am Main, www.ecb.europa.eu/press/key/date/2019/html/ecb.sp190902~aadded9219.en.html.



diensten. Ik concentreer mij hier op de vorm van digitalisering waaraan het internet te pas komt. Aan deze digitalisering is voortdurende dienstverlening inherent, omdat het (goed) functioneren van de elektronica die in een zaak is verwerkt, communicatie met software buiten die zaak vergt, waarvoor in het algemeen een internetverbinding noodzakelijk is. Nadat de software is geïnstalleerd, wordt er verbinding onderhouden met een smart device waarmee de zaak of dienst wordt gestuurd, verbinding met een provider die voor het internetsignaal zorgt, verbinding met andere software die zorgt dat de zaak of dienst is te integreren en geïntegreerd kan blijven in een bestaand systeem, en verbinding met een data-opslagdienst (cloudservice) waarin de informatie wordt bewaard die waarborgt dat de zaak of dienst digitaal kan blijven functioneren en de behoeften van de gebruiker blijft bevredigen.

Dankzij de ontwikkeling van steeds kleinere chips, toename van de digitale snelheid en vergroting van de rekencapaciteit, kunnen steeds meer zaken en diensten zinvol worden gedigitaliseerd. We maken gebruik – of gaan gebruikmaken – van een computer, laptop, tablet, smartphone,⁵⁹ smart watch of andere wearable die een wifi-verbinding heeft, verzamelen kennis en informatie digitaal, vinden vrienden en partners digitaal, communiceren digitaal, lezen boeken en tijdschriften digitaal, spelen en gokken digitaal, bepalen onze positie, tijd en route digitaal, bankieren digitaal, kopen digitaal, reserveren digitaal, boeken onze reizen digitaal, kijken films digitaal en luisteren muziek digitaal. We maken gebruik – of gaan gebruikmaken – van domotica, apparatuur in onze huizen die functioneert met behulp van het internet: de lampen, gordijnen, ramen, deuren, deurbel, zonwering, verwarming, televisie, ijskast, wasmachine, vaatwasser, koffiemachine, spiegels, stofzuiger, grasmaaier, sproei-installatie, het bewakingssysteem enzovoort. De digitalisering van onze woningen houdt geen halt bij roerende zaken daarin of daaromheen, maar betreft ook de woningen zelf respectievelijk de bestanddelen daarvan, dus de ramen, gevels en daken, die onze woningen helpen verwarmen, koelen en belichten en ons wooncomfort vergroten en de woonlasten beperken. Een gedigitaliseerde *personal assistant* – volgens Zuboff een eufemisme voor een systeem dat elk detail van je persoonlijk leven beheerst en gebruikt⁶⁰ – heeft toegang tot onze agenda, onze financiële gegevens en onze gedigitaliseerde zaken, helpt ons die zaken te bedienen, beantwoordt onze vragen, maakt afspraken voor ons, attendeert ons erop en waarschuwt voor veranderingen daarin, bestelt onze boodschappen, signaleert problemen en biedt oplossingen aan. Kinderspeelgoed, ons

59. Zie Wennekers e.a. (red.), *De sociale staat van Nederland 2019*, a.w. (voetnoot 20), p. 197: in Nederland heeft 99% van de 12-45-jarigen een smartphone.

60. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism*, a.w. (voetnoot 4), p. 255 e.v.

bed, ons matras, onze kleding, ons schoeisel, onze bril of lenzen, onze tandenborstel, onze thermometer, onze medicijnen bevatten sensoren, en zelfs ons eten. Al deze zaken met ‘embedded software’ functioneren autonoom en/of door middel van een smart device. Ze registreren ons gedrag, en controleren, analyseren en beïnvloeden het. Ze waarschuwen ons en/of derden als er gevaar dreigt en behoeden ons zo voor problemen. Onze zorg en onze vervoermiddelen, vliegtuigen, treinen, metro’s, schepen, auto’s, worden gerobotiseerd.⁶¹ We vervangen ons huisdier door een robot, die weinig vraagt en veel geeft, die met ons praat en ons verzorgt, die ons leert kennen en waaraan we ons hechten.

Op het moment van schrijven van dit preadvies wordt het vijfde generatie (5G) mobiele netwerk over de wereld uitgerold. Met het 5G-netwerk kunnen in het draadloze internetverkeer 800 miljard bewerkingen (800 gigabit) per seconde plaatsvinden, data worden in 0,001 seconde verstuurd. Miljarden apparaten zullen met het internet en via het internet met elkaar verbonden kunnen worden. De hoge snelheid en kwaliteit die het 5G-netwerk kan leveren, maakt ‘realtime-communicatie’ op afstand mogelijk: artsen kunnen vanuit het ziekenhuis of zelfs vanuit huis assisteren bij een operatie die al in de ambulance kan worden ingezet, auto’s en andere vervoermiddelen kunnen onmiddellijk op veranderende verkeerssituaties reageren én anticiperen en drones kunnen situaties op de grond vaststellen en machines op de grond aansturen, wat bijvoorbeeld in de landbouw zeer nauwkeurige, dus optimale bewerking en beplanting van grond, effectieve en dus ook spaarzame inzet van bestrijdingsmiddelen en uiteindelijk optimale oogsten mogelijk maakt (‘pixel-landbouw’).

Het succes van digitalisering is te verklaren door de immense voordelen, in praktisch en financieel opzicht, maar ook voor onze gezondheid en het milieu. Markten worden groter, kosten dalen, schaarse middelen worden efficiënter gebruikt, het milieu wordt minder belast. Processen worden generationaliseerd, menselijke fouten worden uitgesloten, schade, zowel materieel als immaterieel, daalt.⁶²

17. Digitalisering en marketing. De industrialisering heeft commerciële reclame relevant gemaakt.⁶³ Reclame en marketing hebben tegenwoordig een relevant aandeel in de zakelijke dienstverlening. Wereldwijd wordt

61. Vgl. Piette, ‘Les navires sans équipage (sur les rapports entre les inventions techniques et les concepts juridiques)’, *Rec. Dall.* 2019, p. 899 e.v.

62. Vgl. B. McGurk, *Data profiling and insurance law*, Oxford: Hart 2019, p. 35: ‘Big data has the power to enable the basic model of insurance to evolve from ex post facto protection to ex ante prediction and prevention.’

63. W. Schreurs, *Geschiedenis van de reclame in Nederland*, 2e dr., Utrecht: Het Spectrum 2001.

er jaarlijks zo'n 550 miljard dollar aan reclame (media en sponsoring) uitgegeven, in Nederland is dat zo'n € 5 miljard. Er zijn ondernemingen, 'commerciële media' als RTL, Sky Radio, Metro, die geheel van reclame-inkomsten bestaan. Ze verlenen hun diensten kosteloos aan het publiek, waar tegenover staat dat dit publiek een grote hoeveelheid reclameboodschappen moet slikken.

Ook het gebruik van veel internetdiensten is, althans in schijn, kosteloos voor de gebruiker, doordat de internetdienstverlener bestaat van advertentie-inkomsten. De traditionele media – televisie, radio, kranten, tijdschriften – verliezen steeds meer reclame-inkomsten aan 'online-media', wier aandeel in de reclamemarkt juist gestaag groeit. In 2016 ging 20% van het wereldwijde reclamebudget, dus ruim 100 miljard dollar, naar Google en Facebook.⁶⁴ Daar is een goede verklaring voor.

Reclame gaat over informeren: het presenteren van producten of diensten, zodat de potentiële afnemer bekend wordt met het bestaan ervan. Maar daartoe beperkt reclame zich niet. Het product of de dienst wordt aantrekkelijk respectievelijk strategisch gepresenteerd. Reclame informeert niet alleen maar, ze verleidt, overvalt, manipuleert. De behoefte aan een product of dienst wordt aangewakkerd of zelfs gecreëerd. Het is al lang een gegeven dat bij reclame sociaal-psychologische inzichten, dus kennis van menselijk gedrag, worden ingezet. We vinden dat aanvaardbaar. Wie zich door slimme marketing heeft laten verleiden en dat betreurt, zit niettemin aan het afgenomen product of de afgenomen dienst vast.⁶⁵

De digitalisering voegt echter aan de marketingpraktijk een dimensie toe, die noodzaakt tot bezinning op de vraag waar aanvaardbare verleiding en manipulatie omslaan in onaanvaardbare uitholling van het zelfbeschikkingsrecht.

18. *Geïndividualiseerde marketing.* Door ons gebruik van internetgerelateerde diensten produceren we vele miljarden data, die alleen maar beheersbaar zijn voor computers. Uit ruim 7500 zoekopdrachten per

64. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism*, a.w. (voetnoot 4), p. 162, met verwijzingen.

65. HR 10 januari 2003, NJ 2003/165 (*Mulders/Volta*): 'De enkele omstandigheid dat een partij later wetenschap krijgt van een gegeven of een omstandigheid die voor haar reden zou zijn geweest om een eerder gesloten overeenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden te hebben gesloten, impliceert geenszins dat voor die partij een beroep op dwaling mogelijk is.' Zie ook Hillgruber, *Das Prinzip der Selbstverantwortung – Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen*, t.a.p. (voetnoot 11), p. 175 e.v.

seconde⁶⁶ put Google een enorme kennis over gebruikers en hun gedrag. De hoeveelheid informatie die in de computers van Google is opgeslagen, wordt inmiddels uitgedrukt in exabytes, dat zijn triljoenen bytes (10^{18}). Met behulp van algoritmen kan die informatie geschikt worden gemaakt voor marketing-doelen.⁶⁷ de verkoper of dienstverlener kan zijn aanbod en prijs optimaal afstemmen op de persoon van de klant. Dat kan een belang van beide partijen zijn. Een flatbewoner heeft meestal niets aan tuingereedschap. Wie nooit skiet, zal waarschijnlijk een advertentie over skikleding negeren. Wie schoenmaat 40 heeft, heeft niets aan een opruimingsaanbieding van schoenen die niet in maat 40 beschikbaar zijn. Wie geen kinderen heeft, is waarschijnlijk niet geïnteresseerd in de diensten van een oppascentrale. En wie geen geld heeft, heeft niets aan de diensten van een beleggingsonderneming. Hoe meer kennis de ondernemer van zijn mogelijke afnemers heeft, hoe beter hij zijn aanbod kan individualiseren en doeltreffender kan maken. De ondernemer maakt geen zinloze advertentiekosten, de klant ergert zich niet aan aanbiedingen die toch niet geschikt voor hem zijn. Des te groter is dan de kans dat hij kijkt naar de aanbiedingen die hem wel bereiken. De mogelijkheden van digitalisering zijn ongekend. Wie op een smart televisie naar de voetbalwedstrijd Nederland-Duitsland kijkt, ziet op de virtuele reclameborden om het veld alleen reclame die op dat moment, afhankelijk van het verloop van de wedstrijd, interessant voor hem kan zijn, en waarop hij met een enkele handeling – een stemopdracht of een beweging – kan ingaan.

Ook de *prijs* van een product of dienst kan met behulp van algoritmes eenvoudig op de persoon van de potentiële afnemer worden afgestemd. En ook dat kan een belang van beide partijen zijn. Het is vragen om problemen om een product of dienst aan te bieden aan een klant die zich dat product of die dienst in feite niet kan veroorloven of om er een prijs voor te vragen die de klant niet kan opbrengen. De prijs die de verkoper of dienstverlener vraagt, kan worden aangepast aan de bekende gegevens van de mogelijke klant, waaruit zijn betalingsmogelijkheden en betalingsbereidheid blijken. Deze zogenaamde *dynamic pricing* of, een stap

66. Zie www.internetlivestats.com.



67. Zie hierover ook het preadvies van J.H. Gerards, *De platformeconomie en grondrechten*, par. 3.2.2; voorts R.J.W. van Eijk & H.J. van den Herik, 'Privacy en real-time bidding. In hoeverre kunnen we de privacycomponent meten?', in: L.R. van den Berg e.a. (red.), *Recht en technologie. Vraagstukken van de digitale revolutie*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 91 e.v.

verder, *personal pricing*, draagt bij aan maximalisatie van de winst van de ondernemer. Informatie over en kennis van mensen en hun gedrag als zodanig zijn dus commercieel interessant, geld waard en daarmee verhandelbaar, waarbij de eenvoudige en kosteloze kopieerbaarheid van die informatie een groot voordeel is.

19. *De prijs van marketing cookies*. Al met al betalen we voor het gebruik van 'gratis' internetdiensten een hoge prijs. De onmetelijke hoeveelheid gegevens die Google en Facebook met behulp van hun oorspronkelijke kernactiviteiten (zoeken respectievelijk communiceren) over hun klanten hebben vergaard, bleken een onschatbare bron van informatie, die het mogelijk maakte om de enorme investeringen terug te verdienen die waren gemaakt in de beginjaren van Google en Facebook. In een tijdsbestek van zo'n vijftien jaar zijn ze uitgegroeid tot miljardenbedrijven: Google heeft nu wereldwijd meer dan 100 miljard omzet, Facebook groeit daarnaartoe. Er zijn bijna 3 miljard actieve Facebook-gebruikers, die maandelijks ten minste een keer gebruikmaken van het platform. Jaarlijks genereren ze gemiddeld € 18 per persoon aan omzet en leveren ze € 8 winst op.⁶⁸ Zo'n vijf jaar geleden werd de waarde van een Facebook-account al geschat op \$ 115 tot € 88.⁶⁹ In de westerse wereld brachten Facebook-gebruikers toen jaarlijks gemiddeld € 5 tot € 10 per persoon op.⁷⁰

68. www.marketingfacts.nl/statistieken/channel/facebookmarketing.



69. P. Olsthoorn, *The power of Facebook. Take it or leave it*, Leeuwarden: Elikser 2012, p. 10; T.F. Dapp & V. Heine, *Big data. The untamed force*, Frankfurt am Main, Deutsche Bank Research 2014 (www.dbresearch.com/PROD/RPS_EN-PROD/PROD0000000000451930/Big_data_%C2%96_the_untamed_force.pdf), p. 19.



70. www.jobat.be/nl/artikels/hoeveel-is-jouw-facebook-account-waard.



Bij het bezoek van een website of het gebruik van een app accepteren we alle cookies, al was het maar omdat ons daarmee de optimale werking van de software in het vooruitzicht wordt gesteld of omdat het uitschakelen van *marketing cookies* (advertentie-cookies) ons onmogelijk of moeilijk wordt gemaakt. De duurbetaalde digitale dienst ‘Kluwer Navigator’ nodigt de gebruiker met een *groene* button uit om ‘alle cookies’ te accepteren. Wie wil weigeren, verliest tijd, bij elk nieuw gebruik moet hij scrollen naar een *gele* button waarmee hij de cookies beperkt. De geadresseerde van digitale verzenddienst *WeTransfer* kan de bestanden die hem worden toegestuurd alleen openen als hij de cookies van de dienst aanvaardt. Bij de verplicht te aanvaarden advertisement cookies staat de volgende toelichting:⁷¹

‘With these cookies your internet- and surf behaviour can be followed over various domains and websites (...). Advertisement cookies are often also placed by third parties to measure the effectiveness of their advertising campaigns and to follow your internet- and surf behaviour over other domains and websites where they have placed a cookie.’

Zo kan het gebruik van een website of app tot gevolg hebben dat er honderden cookies op de smart device van de gebruiker worden geplaatst, waarvan gemiddeld meer dan 80% niets met de website of app zelf te maken heeft. Inmiddels bevat ruim 90% van de websites tracking cookies van Google.⁷² Alle informatie die het gebruik van de website of app genereert, wordt toegevoegd aan het profiel dat al van de gebruiker bestaat, en dat dus steeds rijker en preciezer wordt. Zo leren intelligente systemen onze voorkeuren, weerstanden en gevoeligheden steeds beter kennen.

71. <https://wetransfer.com/legal/privacy>.



72. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2703814.



Die kennis wordt voor reclamedoelinden ingezet dan wel verhandeld.⁷³ Met behulp van de algoritmen en de uitdijende kennis van gebruikers wordt niet alleen doelgerichter geadverteerd maar worden gebruikers aangezet, gemanipuleerd tot aanvaarding van het aanbod dat hun wordt voorgeschoteld. Het is de ultieme droom van de reclamemaker: de opdrachtgever afzetzekerheid bieden. Iedere *tiende* extra nauwkeurigheid in de voorspelling van gebruikersgedrag levert inmiddels *honderden miljoenen* op.⁷⁴

Hoewel deze gang van zaken in de reclamewereld zelf nauwelijks op bezwaren lijkt te stuiten, is hij problematisch. Het algoritmische gebruik van klantgegevens kan makkelijk ontaarden in onaanvaardbare discriminatie⁷⁵ of andere twijfelachtige vormen van selectie⁷⁶, waarbij komt dat systemen die op basis van algoritmes werken vaak zelf niet waardenvrij zijn en uit zichzelf discrimineren.⁷⁷ In wezen staat iedereen die een product of dienst aanbiedt voor het dilemma in hoeverre hij de praktisch onbegrensde mogelijkheden kan benutten om onderscheid te maken

73. Zie <https://policies.google.com/privacy?hl=nl>; <https://nl-nl.facebook.com/legal/terms>. Zie ook A. Platero Alcón, 'Facebook te engaña con tus datos personales', in: F. Bueno de Mata & I. González Pulido (red.), *Fodertics 7.0, Estudios sobre derecho digital*, Granada: Editorial Comares 2019, p. 171 e.v.



74. Zuboff 2019, *The age of surveillance capitalism*, a.w. (voetnoot 4), p. 95.
75. P. Llana, *Datanomics. Todos los datos personales que das sin darte cuenta y todo lo que las empresas hacen con ellos. Claves, consejos y herramientas para proteger tu privacidad*, Barcelona: Deusto 2019, p. 195 e.v.
76. P. Hacker, 'Exploitative Contracts im Zeitalter maschinellen Lernens: Eine rechtsökonomische Analyse', in: F. Faust & H.B. Schäfer (hrsg.), *Zivilrechtliche und rechtsökonomische Probleme des Internet und der künstlichen Intelligenz*, Tübingen: Mohr Siebeck 2019, p. 87 e.v., beschrijft de uitsluiting van consumenten van wie bekend is dat ze hun contractuele bevoegdheden rationeel plegen uit te oefenen en daardoor voor de ondernemer niet genoeg dreigen op te brengen. Zie ook U. Schweizer, 'Korreferat zu Philipp Hacker', in: Faust & Schäfer (hrsg.), *Zivilrechtliche und rechtsökonomische Probleme des Internet und der künstlichen Intelligenz*, a.w., p. 121 e.v.
77. Llana, *Datanomics. Todos los datos personales que das sin darte cuenta y todo lo que las empresas hacen con ellos*, a.w. (voetnoot 75), p. 129 e.v.; A. van den Branden, *Les robots à l'assaut de la justice. L'intelligence artificielle au service des justiciables*, Bruxelles: Bruylant 2019, p. 105 e.v., die spreekt van de 'mythe de la neutralité technologique'.

in zijn (potentiële) klantenkring.⁷⁸ Wie door een supermarkt loopt, ziet dezelfde artikelen en dezelfde prijzen als het andere winkelende publiek. Op zichzelf is het mogelijk om met behulp van locatiegegevens te bepalen wie er langs het schap loopt en de prijs te differentiëren al naargelang de klant die passeert. Maar terwijl klanten begrijpen en aanvaarden dat andere klanten kortingen krijgen omdat ze een product of dienst in grotere hoeveelheden, vaker, op een bepaald tijdstip of met behulp van een klantenkaart afnemen, dreigen consumentenwoede en goodwill-verlies als ondernemingen hun klanten verschillend behandelen zonder dat daarvoor een direct logische verklaring bestaat.⁷⁹ Niettemin doet het fenomeen langzaamaan zijn intrede.⁸⁰

20. *Non conscious measurement.* Het is in veel opzichten problematisch dat de mens, de consument, maar in beperkte mate stuurbaar is. De keuzes die hij maakt en de beslissingen die hij neemt, zijn vaak niet rationeel, en daarmee moeilijk te voorspellen. In de praktijk blijkt de consument de argumenten die zijn keuzes, beslissingen en standpunten rechtvaardigen vaker achteraf dan vooraf te formuleren; hij laat zich primair sturen door emotionele prikkels, die in hoge mate individueel bepaald

78. Het dilemma raakt in het bijzonder verzekeraars. Doordat zij over meer en actuelere informatie over hun verzekerden beschikken dan ooit tevoren, kunnen zij hun verzekeringsvoorwaarden en verzekeringspremies volstrekt individueel afstemmen, en daarmee hun risico's en schadelast beter dan ooit beheersen. Vgl. D. Deeg/Kardaun/Van der Noordt/Hoogendijk/Van Schoor, 'Towards better prediction of individual longevity', *Verzekeringsarchief* 2018, p. 236 e.v., p. 246-247: 'One option to maintain a sustainable insurance is to move away from collective and towards individual risk insurance.' Zie ook McGurk, *Data profiling and insurance law*, a.w. (voetnoot 62), p. 53 e.v.; M.L. Dreyfuss, *La révolution digitale dans l'assurance*, Antony: L'Argus Éditions 2018, p. 133 e.v. Maar het doet afbreuk aan de solidariteit die de basis van verzekeringen is en kan leiden tot uitsluitingen die immoreel of onethisch gevonden worden. Vgl. E. Karssing & T. de Bruin, *Verzekeren, technische solidariteit en morele solidariteit. Kiezen tussen de-solidarisatie en reddingsoperatie*, www.verzekeraars.nl/media/4072/verzekeren-technische-solidariteit-en-morele-solidariteit-11-oktober-2017.pdf.



79. Zie ook V. Mak, 'Gedachten bij een "gepersonaliseerd" consumentenrecht', *TvC* 2018, p. 274 e.v. Voorts B.M. Kling, 'Eerlijke data', *Verzekeringsarchief* 2018/14, p. 147 e.v. die hetzelfde probleem beschrijft voor verzekeringspremies.

80. NRC 24 mei 2019: 'Hoe duur wordt de vis betaald?'

zijn.⁸¹ Het is notoir moeilijk om gedrag van mensen te veranderen. Ook als gezondheid, milieu of prestaties bij gedragsverandering zijn gebaat, hebben rationele argumenten vaak maar zeer beperkt effect. De verzameling en analyse van gegevens over menselijk gedrag die met digitalisering samengaan, kunnen op dit punt voor een doorbraak zorgen. Teneinde menselijk gedrag beter te begrijpen en te beïnvloeden, wordt ingezet op de ontwikkeling van zogenaamde ‘non conscious tools’, dat is de ontwikkeling van software die het onderbewustzijn of liever het ónbewustzijn van mensen analyseert en beïnvloedt en, op individueel niveau, hun gedrag, gevoelens, emoties stuurt met het oog op een gezondere, milieu-respectievelijk klimaatvriendelijkere of effectievere levensstijl. Steeds vaker bevatten slimme zaken – smart devices, smart tv’s, bewakingssystemen – gezichtsherkenningssoftware, die ook steeds beter in staat is gezichten en gezichtsuitdrukkingen te herkennen en interpreteren. Met zulke software kan onmiddellijk en veilig worden bepaald of zich een bevoegde gebruiker van de slimme zaak of dienst aandient, maar ook kunnen aan de hand van nauwelijks zichtbare bewegingen van gezichtsspieren rondom de ogen, neus en kaken, emoties worden vastgesteld en geduid, en dus voorkeuren en weerstanden worden bepaald: Facebook gebruikt de software ook om haar gebruikers suggesties te doen⁸² en ligt onder vuur vanwege de ‘unique privacy harms’ ervan.⁸³ Wearables maken vergelijkbare analyses van andere subtiele lichaamstaal. De software verschaft meer en nauwkeurigere informatie over individuen dan deze

81. Zie hierover M. Leistner, ‘Das Prinzip der Selbstverantwortung – Verhaltensökonomische Grundlagen’, in: Riesenhuber (red.), *Das Prinzip der Selbstverantwortung. Grundlagen und Bedeutung im heutigen Privatrecht*, a.w. (voetnoot 11), p. 101 e.v.; H. Eidenmüller, ‘Liberaler Paternalismus’, *JZ* 2011, p. 814 e.v.; J. Braspenning, *Een gedragswetenschappelijk perspectief op de consumentenkredietovereenkomst*, Zutphen: Paris 2017, p. 124 e.v.; T. Bouwman, ‘De gemiddelde consument: normatief construct of evidence-based?’, in: I. Giesen e.a., *Assumpties annoteren. Rechterlijke veronderstellingen empirisch en juridisch getoetst*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 107 e.v.

82. <https://newsroom.fb.com/news/2019/09/update-face-recognition/>.



83. BBC News 9 augustus 2019: Facebook faces legal fight over facial recognition, www.bbc.com/news/technology-49291661.



überhaupt van zichzelf kunnen geven of beschrijven. We zijn hiermee op het punt gekomen dat de computer meer van ons weet dan wij van onszelf weten, dat de computer ons dus beter kent dan wij onszelf kennen. De computer weet beter dan wijzelf hoe wij tot bepaald gedrag zijn te verleiden of ervan zijn te weerhouden. Hij kan onze gevoelens, emoties, voorkeuren en weerstanden bespelen op een wijze waarvan algoritmen trefzeker berekenen dat ze effect zal hebben, zonder dat we het in de gaten hebben. Dat lijkt aanvaardbaar zolang het om onze eigen gezondheid of (sportieve) prestaties, het milieu, klimaat of een ander algemeen belang gaat, dus als het gebeurt met de bedoeling om ons een langer, gezonder, en aangenamer leven te bezorgen of om ons beter te laten functioneren en efficiënter te laten omgaan met schaarse middelen. Maar ook als marketing-instrument wordt *non conscious measurement* volstrekt aanvaardbaar gevonden.⁸⁴ Als marketing-instrument echter wordt de kennis die van ons is verkregen, ingezet voor commerciële doeleinden, voor eigen gewin, niet ten bate maar ten koste van ons. Dát – het door middel van *non conscious measurement* vergaren en vervolgens, zonder onze welbewuste instemming, voor eigen gewin gebruiken van specifieke kennis over ons – tast in zo fundamentele mate ons zelfbeschikkingsrecht aan, dat het een directe bedreiging vormt van het basale uitgangspunt van ons vermogensrecht dat we in relatieve vrijheid en gelijkheid met elkaar contracteren. In zoverre is *non conscious measurement* een bedreiging voor onze welvaart en ons welzijn. Daarop kom ik in paragraaf 4 (i) van dit preadvies terug.

84. Zuboff, *The age of surveillance capitalism*, a.w. (voetnoot 4), p. 255 e.v., p. 282 e.v. Vgl. E. Moses, *What's next for non-conscious measurement?*, www.quirks.com/articles/what-s-next-for-non-conscious-measurement: 'The drive to understand human emotion is epic. As cavemen it was our earliest form of communication. And now as marketers, to learn to interpret, measure and influence emotion promises to be potentially the most influential driver of business success.' A. Konya, *Nonconscious to Understand Conscious Consumer Decisions. Reimagining technology's role in market research*, <http://blog.remesh.ai/conscious-consumer-decisions>: 'The question of what drives human emotion fixates marketers and market researchers alike. The answer would unlock tremendous, continuous market success. Market researchers inch closer to the elusive answer each year, and in the past decade have made the greatest strides by focusing on understanding consumer responses through the lens of non-conscious language.'



3. Digitalisering in vermogensrechtelijk perspectief

(i) Inleiding

21. *Grip op de ontwikkelingen.* De ontwikkelingen die ik in de vorige paragraaf heb beschreven, hebben natuurlijk invloed op het vermogensrecht. Dat wordt ten dele aan het zicht onttrokken omdat het recht met het oog op rechtszekerheid en voorspelbaarheid tot op zekere hoogte statisch is; veel wordt in het bestaande systeem opgevangen. Dat is niet per se verkeerd, maar het is wel belangrijk om zicht te hebben op de ontwikkelingen die ik heb beschreven,⁸⁵ al was het maar om te voorkomen dat het vermogensrecht te ver af komt te staan van de maatschappelijke realiteit en justitiabelen zich niet meer in dat recht herkennen. Evengoed moet natuurlijk worden voorkomen dat geschillen die met de instrumenten van het bestaande systeem worden beoordeeld en beslecht, verkeerd worden opgelost omdat ze verkeerd zijn geduid. Naar mijn mening gebeurt dat soms en dreigt het meer te gebeuren: dan proberen we met benzine een elektrische auto vooruit te krijgen.

(ii) Van koop naar dienstverlening

22. *De maatschappelijke versimpeling van het contractenrecht.* Ons huidige contractenrecht – dat wil zeggen: vragen van totstandkoming van overeenkomsten (aanbod en aanvaarding), vragen van uitleg (haviltex) en uitvoering (nakoming), vragen van remedies in geval van niet-uitvoering – is bedacht, uitgewerkt en verfijnd met de koopovereenkomst voor ogen, de simpele uitwisseling door twee partijen van twee duidelijke prestaties, waarvan er één bestaat uit de betaling van een geldsom. Dit contractenrecht is bestaanbaar dankzij een versimpeling van de maatschappelijke realiteit.⁸⁶ Hoewel een overeenkomst in werkelijkheid nooit op zichzelf staat omdat zij een verklaring heeft in, want samenhangt met andere gebeurtenissen, kan het koopovereenkomstenrecht de maatschappij in het algemeen verantwoord voorstellen als een verzameling van op zichzelfstaande, geïsoleerde tweepartijenrelaties. We kopen een bos bloemen voor onze partner omdat hij jarig is of omdat we een ruzie met hem willen bijleggen. We kopen een nieuw huis omdat we ons oude huis hebben verkocht. We kopen een fiets omdat we onze auto wegdoen. We kopen een dure ‘soundbar’ omdat we een bonus van onze werkgever hebben gekregen of omdat we er lang voor hebben gespaard, en we het geluid van

85. Vgl. A. Metzger, ‘Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen: Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?’, JZ 2019, p. 577 e.v., p. 586.

86. Vgl. C.H. Sieburgh, ‘Nul, één, drie, veel. De gevalsgebonden benadering van samenhangende rechtsverhoudingen’, WPNR 7045/2015, p. 16 e.v.

onze televisie in onze woonkamer willen verbeteren. We kopen een doos schroeven omdat we de soundbar aan de muur willen bevestigen. In de juridische werkelijkheid abstraheren we van deze oorzakelijke verbanden. We kunnen de koop van de bos bloemen niet ontbinden omdat onze partner van de bos bloemen alleen maar bozer wordt of omdat we ons hebben vergist in de datum waarop hij jarig is, we kunnen niet van ons nieuwe huis af omdat de koper van ons eigen huis een financieringsvoorbehoud inroept, en we hebben geen recht op vernietiging of ontbinding van de koop van de schroeven omdat de soundbar om stevigere schroeven blijkt te vragen. Tussen de maatschappelijke realiteit en de versimpeling van het contractenrecht bestaat een zekere spanning, en de geschiedenis laat zien dat we in de ene periode gevoeliger voor die spanning zijn dan in de andere periode, en dan dus meer ruimte bieden aan de kopende contractant om zich op zijn teleurgestelde verwachtingen of gefrustreerde motieven te beroepen (zie hiervoor, nr. 9 tegenover nr. 13). De spanning met de maatschappelijke werkelijkheid wordt manifester als het beoogde resultaat een samenwerking van meer dan twee of zelfs een aantal partijen vergt en overeenkomsten niet alleen feitelijk maar ook juridisch in elkaar grijpen en minder eenvoudig als enkelvoudige overeenkomsten te isoleren zijn. Soms gaat die spanning ons te ver. HR 23 januari 1998, *NJ 1999/97 (Jans/Fiat Credit Nederland)*⁸⁷ en HR 24 september 2004, *NJ 2008/587 (Vleesmeesters/Alog)* zijn erdoor te verklaren, maar de uitspraken zijn tegelijkertijd een bedreiging voor het contractenrechtelijke systeem.⁸⁸ Het zijn kleine stappen, in duidelijke driehoeksverhoudingen, maar baanbrekend en spectaculair⁸⁹ omdat het voorbodes zijn, erkenningen van een

87. Zie in dit verband ook art. L311-1 sub 11 jo. art. L312-53 en L312-54 van de Franse Code de la consommation. De koop- of dienstverleningsovereenkomst en de behorende financieringsovereenkomst worden samen gekwalificeerd als een 'opération commerciale unique', en ontbinding van de koop- of dienstverleningsovereenkomst leidt dan van rechtswege tot ontbinding van de kredietovereenkomst. De regel is soepel uitgelegd door Cour de cassation (1re civ.) 7 februari 2006, *Bull. civ. I*, n° 58 en Cour de cassation (1re civ.) 22 mei 2019, *ECLI:FR:CCASS:2019:C100488*. Zie voorts Cour de cassation (com.) 12 juli 2017, *ECLI:FR:CCASS:2017:CO01066* en Cour de cassation (com.) 12 juli 2017, *ECLI:FR:CCASS:2017:CO01065*.

88. Vgl. M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 33 e.v. Zie ook HR 11 juli 2014, *NJ 2015/2 (Eneco/Ronde van Nederland)*: 'Weliswaar is in diverse arresten van de Hoge Raad bij de beoordeling van de rechtsverhouding tussen partijen die niet in een contractuele verhouding tot elkaar stonden, betekenis toegekend aan de feitelijk-economische samenhang die bestond tussen overeenkomsten waarbij zij wél partij waren, maar dit betekent niet dat de enkele omstandigheid dat een zodanige samenhang bestaat, steeds van belang is voor de beoordeling van de rechtsverhouding tussen de daarbij betrokken partijen. Uitgangspunt is dat overeenkomsten alleen partijen binden. Daarom dient het oordeel dat een contractueel beding doorwerkt in een daarmee samenhangende rechtsverhouding, specifiek te zijn gemotiveerd.'

89. Aldus Vranken in zijn noot onder HR 23 januari 1998, *NJ 1999/97 (Jans/FCN)*.

maatschappij die de rigide versimpeling van het koopcontractenrecht niet meer verdraagt.

23. *Dienstverlening tegenover koop.* De overeenkomst die strekt tot het *verlenen van een dienst*, creëert juist niet een (principale) verbintenis tot levering van een zaak of vermogensrecht. Zij is in zoverre als het spiegelbeeld van de koopovereenkomst te formuleren: art. 2.6 van EU-Richtlijn 2011/83 betreffende consumentenrechten definieert de ‘dienstenovereenkomst’ als ‘iedere andere overeenkomst dan een verkoopovereenkomst, waarbij de handelaar de consument een dienst levert of zich ertoe verbindt een dienst te leveren en de consument de prijs daarvan betaalt of zich ertoe verbindt de prijs daarvan te betalen’.⁹⁰ Maar dat gebeurt nadat art. 2.5 onder de koopovereenkomst de overeenkomst heeft begrepen die de levering van een of meer goederen én het verlenen van een of meer diensten tot voorwerp heeft.⁹¹ Vanuit het perspectief van de nationale rechtsstelsels is de omschrijving van de overeenkomst van dienstverlening als de overeenkomst die *niet* strekt tot overdracht van een zaak of vermogensrecht zonder meer te ruim, maar ze maakt duidelijk dat de overeenkomst van dienstverlening van de koopovereenkomst is te onderscheiden⁹² en dat de eigendomsoverdracht in dat onderscheid een centrale rol speelt. Dit onderscheid keert in bepalingen met een EU-oorsprong terug. Daarbij schijnt voor het Nederlandse recht het gebruik van het begrip ‘levering’ in het kader van dienstverlening complicerend, want misverstanden in de hand te werken. Naar Nederlands recht⁹³ bewerkstelligt levering

90. Zie ook art. 6:230g lid 1 sub d BW.

91. Zo ook art. 3 lid 3 van EU-Richtlijn 2019/771 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen: ‘Deze richtlijn is niet van toepassing op overeenkomsten voor het leveren van digitale inhoud of digitale diensten. Zij is echter wel van toepassing op digitale inhoud of digitale diensten die zijn verwerkt in of onderling verbonden met goederen in de zin van artikel 2, punt 5), onder b), en die worden meegeleverd met de goederen op grond van een koopovereenkomst, ongeacht of die digitale inhoud of de digitale dienst wordt geleverd door de verkoper of een derde. Bij twijfel of de levering van verwerkte of onderling verbonden digitale inhoud of een verwerkte of onderling verbonden digitale dienst deel uitmaakt van de koopovereenkomst, wordt de digitale inhoud of digitale dienst geacht onder de koopovereenkomst te vallen.’ Zie hierover ook Sauphanor-Brouilod/Aubert de Vincelles/Brunaux/Usunier, *Les contrats de consommation*, a.w. (voetnoot 42), nr. 991 e.v.

92. Vgl. C. Aubert de Vincelles, ‘Éclairage européen sur la banalisation de la notion de “service” en droit de la consommation. À propos de la modification du champ d’application de l’action de groupe par la loi Elan’, *Rec. Dall.* 2019, p. 548 e.v.

93. In België, waar de eigendom overgaat bij en door de koopovereenkomst zelf, strekt de levering ertoe de koper de *macht* over de zaak te verschaffen. Zie art. 1604 Belg. BW en R. Vandeputte, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht X, Overeenkomsten, Deel 2A (Verkoop, bewaargeving, borgstelling)*, Antwerpen: Scriptoria 1981: p. 6: ‘De levering is de materiële afgifte van de verkochte zaak.’ Zie inmiddels ook B. Tilleman, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht X, Overeenkomsten, Deel 2A.2 (Gevolgen van de koop)*, Mechelen: Wolters Kluwer 2012, nr. 17 e.v.

eigendomsovergang,⁹⁴ een essentieel gevolg van de *koopovereenkomst* (art. 7:1 jo. art. 7:9 BW).⁹⁵ In art. 7:5 lid 5 BW staat dat de bepalingen over consumentenkoop van overeenkomstige toepassing zijn op 'de levering van digitale inhoud die niet op een materiële drager is geleverd, maar die wel is geïndividualiseerd en waarover feitelijke macht kan worden uitgeoefend'.⁹⁶ De overeenkomst die betrekking heeft op digitale inhoud of een digitale dienst strekt niet tot overdracht van eigendom; ze strekt tot het verschaffen van genot respectievelijk gebruik, precies wat wordt beschreven in de Duitse ('Bereitstellung digitaler Inhalte') respectievelijk Franse taalversies ('fourniture de contenu numérique') van EU-richtlijnen. De Europese Unie beschermt de consument als hij met een professionele wederpartij contracteert, ongeacht of het om een koopovereenkomst of een dienstverleningsovereenkomst gaat. Maar dat is geen reden om de beide overeenkomsten zo veel mogelijk te identificeren. Sterker nog, er zijn goede, mijns inziens dwingende redenen om dat niet te doen.

24. *De tanende relevantie van de koopovereenkomst.* De koopovereenkomst is een 'ruilovereenkomst 2.0'. Ze belichaamt een uitruil van eigendom tegen geld. In nr. 12 heb ik beschreven dat in de maatschappij van nu dienstverlening de economische hoofdrol speelt: bijna 80% van het Nederlandse bruto binnenlands product wordt door de dienstensector gegenereerd en meer dan de helft van de binnenlandse consumptieve bestedingen wordt uitgegeven aan dienstverlening. Eigendom, koop en geld hebben een andere maatschappelijke functie dan deze rechtsfiguren is toegedacht in de Code civil van 1804 en in het BW van 1992. Als jaarlijks meer dan de helft van de binnenlandse consumptieve bestedingen van ongeveer € 500 miljard naar de dienstensector gaat, verdient de bewering van Marco Loos dat de consumentenkoopovereenkomst de meest gesloten overeenkomst in Nederland is,⁹⁷ wel enige relativering. In de praktijk moet de overeenkomst van dienstverlening de consumentenkoopovereenkomst in elk geval in financiële relevantie overtreffen. Het ligt voor de hand dat dit in de toekomst steeds meer aan de oppervlakte treedt. De digitalisering

94. Zie bijvoorbeeld Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/219.

95. Asser/Hijma 7-I 2019/405.

96. Zie art. 5 (Levering van de digitale inhoud of digitale dienst) van EU-Richtlijn 2019/770 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten: '1. De handelaar levert de digitale inhoud of digitale dienst aan de consument (...). 2. De handelaar heeft aan de leveringsverbintenis voldaan wanneer: a) de digitale inhoud of een middel dat geschikt is om toegang te verschaffen tot de digitale inhoud of die te downloaden, beschikbaar is gesteld aan of toegankelijk is gemaakt voor de consument of voor een daartoe door de consument gekozen fysieke of virtuele faciliteit; b) de digitale dienst toegankelijk wordt gemaakt voor de consument of voor een daartoe door de consument gekozen fysieke of virtuele faciliteit.'

97. Loos, *Consumentenkoop*, a.w. (voetnoot 49), nr. 1.

draagt daaraan bij, doordat interoperabele⁹⁸ software de primaire materie wordt, die functionaliteit oplevert die uit dienstverlening bestaat en die de relevantie van het fysieke aspect van zaken verdringt en in verschillende opzichten zelfs waardeloos maakt: zonder een werkende digitale kern verliezen gedigitaliseerde zaken hun functie, dat wil zeggen: bruikbaarheid, want ‘genietbaarheid’. Als de bij de zaak behorende software niet of niet goed meer functioneert, zijn de zaken in materiële zin verre van versleten. Ze bevatten herbruikbare en/of milieubelastende onderdelen maar zijn als gevolg van hun digitale onbruikbaarheid nutteloos; in plaats van genietbaar zijn ze een last, ze liggen in de weg of worden afval, en het kost de eigenaar in toenemende mate geld om zich van de zaken te ontdoen. Het maatschappelijke belang van de koopovereenkomst neemt hierdoor af. Als eigendom geen status verschaft maar een last is of zal worden, waarom zou je dan een overeenkomst sluiten die strekt tot de verwerving van eigendom? Voor het praktiseren van een bepaalde *lifestyle* volstaat het genot van een zaak; het is praktisch dat de zaak eenvoudig en zonder kosten kan worden afgestoten of vervangen als de behoefte eindigt voordat de zaak is opgebruikt respectievelijk versleten. Dat geldt *a fortiori* als is te voorzien dat de zaak snel aan vervanging toe is doordat haar digitale kern snel veroudert en niet meer wordt of kan worden geactualiseerd of doordat er een nieuw model wordt uitgebracht dat beter aan de digitale actualiteit beantwoordt.

25. *De aantrekkingskracht van de koopovereenkomst.* Niettemin: vanuit het perspectief van de *afnemer* van de karakteristieke prestatie is het aantrekkelijk dat zijn overeenkomst een koopovereenkomst is. Op grond van art. 7:17 BW heeft hij, de koper, recht op *conformiteit*, dus overeenstemming van de prestatie die daadwerkelijk wordt verricht met de prestatie die op grond van de overeenkomst moet worden verricht. Ook als partijen daarover geen precieze afspraken maken, is het duidelijk wat het betekent: geschiktheid voor normaal gebruik en eigenschappen die de afnemer niet behoefde te betwijfelen. Deze objectieve verplichting van de verkoper is van dwingend recht als het om een consumentenkoopovereenkomst gaat, zowel vanwege het nationale recht (art. 7:6 lid 1 BW) als vanwege het Europese recht, wat impliceert dat de afnemer van de prestatie ook tegenover zijn buitenlandse wederpartij sterk staat. Het non-conformiteitsvermoeden gedurende zekere tijd (art. 7:18 BW) begunstigt de positie van de koper verder. Zijn rechten in geval van non-conformiteit zijn duidelijk omschreven (art. 7:21 BW) en door HvJ EG 17 april 2008, C-404/06,

98. Zie art. 2 aanhef jo. art. 2 sub 10 van EU-Richtlijn 2019/771 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen: ‘Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder: “interoperabiliteit”: het vermogen van de goederen om te functioneren met hardware of software die verschilt van die welke waarmee goederen van hetzelfde type gewoonlijk worden gebruikt (...).’

NJ 2008/382 (*Quelle*) en HvJ EG 3 september 2009, C-489/07, NJ 2009/559 (*Messner*) versterkt. Als partijen weten hoe hun overeenkomst wordt gekwalificeerd, weten ze welke regels van rechtswege van toepassing zijn. Ze weten dus waar ze staan en kunnen daarop hun gedrag afstemmen. Vanuit macro-perspectief is het ook een belang van de verkoper dat de koper een sterke positie heeft. Omdat de consument zich met de koopovereenkomst vertrouwd voelt en beschermd weet, zal hij eerder geneigd zijn de overeenkomst te sluiten die een koopovereenkomst is – of een koopovereenkomst wordt genoemd. Daarvan profiteert ook de verkoper respectievelijk de wederpartij die zichzelf verkoper noemt.

Om precies dezelfde redenen is het problematisch als onduidelijk is hoe een overeenkomst moet worden gekwalificeerd, en dat is bij dienstverlening, *a fortiori* bij gedigitaliseerde dienstverlening aan de orde.⁹⁹ De overeenkomst van dienstverlening ontbeert het harmonisatievoordeel van de koopovereenkomst. Zelfs in de verschillende lidstaten van de Europese Unie worden de benoemde overeenkomsten die dienstverlening tot voorwerp hebben soms verschillend gedefinieerd. Alleen al om die reden kan de overeenkomst die in de ene lidstaat een huurovereenkomst is, in een andere lidstaat alleen als overeenkomst van opdracht of licentieovereenkomst worden gekwalificeerd. In een derde lidstaat wordt zij dan weer door een eigen regime beheerst.¹⁰⁰ Als een overeenkomst door verschillende contractuele regimes wordt beheerst en dus niet zonder meer steeds dezelfde inhoud heeft respectievelijk dezelfde rechten en plichten genereert, hindert dat het vrije verkeer van goederen en diensten. Als partijen een ónbenoemde overeenkomst sluiten, zijn het in de eerste plaats de afspraken tussen partijen die de wederzijdse rechten en plichten bepalen. De praktijk leert dat de kenmerkende prestatie dan veelal, in algemene voorwaarden, wordt omgeven met exoneraties en andere beperkingen, waardoor de prestatie van de dienstverlener in juridische zin ernstig afwijkt van de prestatie die de afnemer denkt te ontvangen. Daaraan doet niet af dat de partij die de kenmerkende prestatie belooft te verrichten en zich een positie op de markt wil verschaffen, er belang bij heeft om als een betrouwbare partner bekend te staan – en in reviews als zodanig te worden beschreven.¹⁰¹ Omdat de schade die een teleurgestelde

99. Vgl. Mak, *Consumentenbescherming bij servitisation*, a.w. (voetnoot 33), p. 74 e.v.

100. Vgl. E. Maissen, 'Service, Kauf oder Nutzungsberechtigung – Vertragstypen bei digitalen Inhalten', in: M. Schmidt-Kessel & M. Kramme (Hrsg.), *Geschäftsmodelle in der digitalen Welt*, Sipplingen: JWV 2017, p. 98, onder verwijzing naar (het ontwerp van) EU-Richtlijn 2019/770 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten.

101. Daarover Von Wangenheim, 'Bewertungen im Internet', en Lewisch, Korreferat zu Georg von Wangenheim, "Bewertungen im Internet", in: Faust/Schäfer (Hrsg.), *Zivilrechtliche und rechtsökonomische Probleme des Internet und der künstlichen Intelligenz*, a.w. (voetnoot 76), p. 127 e.v. respectievelijk p. 149 e.v.

wederpartij zou kunnen claimen, slecht is te overzien, blijft het riskant om verantwoordelijkheid te nemen, in het bijzonder voor prestaties die de facto prestaties van derden zijn. Dit alles zet de dienstverleningsovereenkomst op achterstand van de koopovereenkomst en daarom is het voor een dienstverlener dus aantrekkelijk om zijn dienst te ‘verkopen’, en daarmee aan de potentiële afnemer evenwichtigheid en een sterke positie te suggereren. Dat gebeurt in de praktijk dus veelvuldig, en dat kan ook gemakkelijk omdat wij van oudsher toch al geneigd zijn om het contractenrecht als koopovereenkomstenrecht voor te stellen. Zo ‘kopen’ we een (steeds vaker: digitaal) kaartje of ticket, hoewel het ons niet is te doen om de eigendom ervan, maar om het recht dat in het kaartje of ticket besloten ligt, op vervoer met trein, boot of vliegtuig, op het bijwonen van een voorstelling of optreden, op toegang tot een attractiepark, kortom op een dienst, op een prestatie die niets met koop en eigendom te maken heeft.

4. Vervaging van traditionele noties van contractenrecht

(i) *De partijautonomie*

26. *Digitalisering en partijautonomie.* In nr. 4 van dit preadvies heb ik geschreven dat ik ervan uitga dat partijautonomie, zelfbeschikkingsrecht, eigen verantwoordelijkheid en contractsvrijheid kernwaarden van het vermogensrecht zouden moeten blijven. In nr. 20 heb ik geschreven dat non conscious measurement ons zelfbeschikkingsrecht dreigt aan te tasten. In deze paragraaf (zie nr. 30) werk ik dat uit. Ik bespreek ook enkele andere vragen die in verband met partijautonomie en zelfbeschikkingsrecht rijzen.

27. *Cyborgs.* Op 13 november 2017 heeft de Food & Drug Administration van de Verenigde Staten een medicijn op de markt toegelaten dat een sensor bevat.¹⁰² De sensor is verbonden met een wearable, die via het internet informatie verzendt naar verzorgers en/of artsen, opdat deze kunnen vaststellen dat de patiënt zijn medicijn tijdig heeft ingenomen. Het gedigitaliseerde medicijn is bestemd voor patiënten met schizofrenie, die

102. De ‘aripiprazole tablet with sensor’. Zie www.fda.gov/NewsEvents/Newsroom/PressAnnouncements/ucm584933.htm.



een gevaar voor zichzelf en hun omgeving kunnen vormen als ze hun medicijnen niet tijdig innemen. Maar de potentie van dit type sensoren rijkt veel verder. Wij dragen een digitaal horloge, een digitale polsband, een digitale ring, een digitaal shirt, een digitale lens of bril, of een digitaal oortje, dat of die in verbinding staat met internet en gegevens over ons gedrag, ons lichaam of onze gezondheid verwerkt en deelt.¹⁰³ We kunnen een sensor innemen of laten implanteren¹⁰⁴ die onze gezondheid analyseert. We kunnen naar een specialist gedirigeerd worden zodra daartoe noodzaak bestaat. De preventieve werking hiervan kan een substantiële verlaging van zorgkosten veroorzaken; zorgverzekeraars zullen het gebruik van zo'n sensor waarschijnlijk aanmoedigen, bijvoorbeeld door het verlenen van premiekorting. De sensor zou de rol van de huisarts kunnen overnemen. En wij zouden een stapje verder op weg zijn naar onze robotisering: steeds meer wordt de cyborg een feit.¹⁰⁵ Evengoed kan een chip een lichamelijke of – door zogenaamde *deep brain stimulation* – geestelijke beperking lenigen of zelfs verhelpen.¹⁰⁶ Het is een wat ongemakkelijke, maar voor het vermogensrecht relevante vraag¹⁰⁷ of zonder meer (volledige) handelingsbekwaamheid kan worden toegekend aan iemand wiens wilsbekwaamheid afhangt van een werkende chip.¹⁰⁸

103. M. López i Seuba, *Internet de las cosas. La transformación digital de la sociedad*, Madrid: Ra-Ma 2019, p. 95 e.v.

104. Zie www.youtube.com/watch?v=ioD-tFzLX8k.



105. S. Navas Navarro & S. Camacho Clajivo, *El ciborg humano*, Albolote: Comares, p. 1 e.v. Zij spreken ook (p. 67) van de hybridisatie van het menselijk lichaam (*hibridación del cuerpo humano*).

106. Zie bijvoorbeeld www.zorgvisie.nl/het-product-hume-geeft-mensen-met-een-verstandelijke-beperking-weer-een-stem/.



107. J.F. Lindner, 'Prolegomena zu einer Theorie des Medizinrechts', *JZ* 2019, p. 639 e.v., p. 641: 'Fortschritte in der medizinische Forschung, zumal den Lebenswissenschaften, sind regelmäßig so strukturiert, dass sie einerseits Zuwächse an medizinischer Erkenntnis und an medizinischen Heilungsoptionen mit sich bringen, andererseits aber mit gesundheitlichen Risiken oder Risiken für die Selbstbestimmung des Menschen verbunden sind oder sein können oder sonstige ethische Probleme aufwerfen.'

108. Vgl. Navas Navarro & Camacho Clajivo, *El ciborg humano*, a.w. (voetnoot 105), p. 67 e.v.

28. *Electronic agents*. Hewlett Packard biedt een zogenaamd ‘instant ink-abonnement’ aan.¹⁰⁹ Lopende het abonnement bestelt de digitale HP-printer automatisch een nieuwe cartridge als de geïnstalleerde cartridge leeg dreigt te raken; de nieuwe cartridge, die eigendom blijft van HP, wordt automatisch verstuurd naar de klant, die de gebruikte cartridge moet terugsturen. De klant betaalt per print. Dit smart contract is in wezen een ‘uitvoeringssysteem’ waaraan een overeenkomst in de traditionele zin van het woord ten grondslag ligt. Partijen kunnen de met het smart contract samenhangende verplichtingen niet ontkennen op de grond dat ze deze niet hebben gewild, en als het systeem geen of een verkeerde cartridge beschikbaar stelt of een cartridge te laat verstuurt, is dat een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis van contractspartij Hewlett Packard.

Maar het wordt complexer dan dit. In 2015 introduceerde Amazon zogenaamde ‘dash-knoppen’. De consument kon deze knoppen bijvoorbeeld bij zijn koffiemachine, vaatwasser, wasmachine plakken en als zijn voorraad koffie, vaatwastabletten respectievelijk waspoeder op was, door een druk op de dash-knop nieuwe voorraad bestellen, die automatisch bij hem werd afgeleverd. Vanaf 2017 konden klanten een digitale knop met dezelfde functionaliteit op hun smart device of persoonlijke webpagina installeren. In haar algemene voorwaarden bedong Amazon de ruimte om bestellingen, hoeveelheden, merk en prijs aan te passen. Het Landgericht München¹¹⁰ en het Oberlandesgericht München¹¹¹ hebben echter, op vor-

109. Zie voor een beschrijving www.consumentenbond.nl/prINTER/hp-instant-ink-abonnement.



110. Landgericht München 1 maart 2018, nr. 12 O 730/17. Zie www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2018-N-2468?hl=true&AspxAutoDetectCookieSupport=1.



111. Oberlandesgericht München 10 januari 2019, nr. 29 U 1091/18. Zie www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2019-N-11873?hl=true.



dering van de consumentenorganisatie Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen, beslist dat het bestelproces onverenigbaar is met par. 312j BGB (art. 6:230v BW), omdat het niet-transparant is vanwege het ontbreken van informatie over inhoud en prijs van de zaak en de duidelijke aanduiding dat een bindende overeenkomst met betalingsverplichting wordt gesloten.¹¹² Amazon is het gebruik en de verhandeling van de dash-knoppen verboden.

De dash-knoppen werden gezien als een tussenstap naar spraakbestelling via een personal assistant – die nu al mogelijk is – en de volledig geautomatiseerde bestelling door een gedigitaliseerd systeem. De digitale assistent van de consument stelt met behulp van diens digitale agenda vast dat de consument de aanstaande week thuis is en dat de digitale ijskast daarom moet worden aangevuld met melkproducten en groenten. De personal assistant bestelt de producten bij een supermarkt en bij aflevering worden de kosten automatisch van het saldo van de consument afgeschreven. De digitale assistent kan bij zijn bestelling rekening houden met de voorkeuren en belangen van de consument, en de producten bestellen bij de goedkoopste of meest duurzame supermarkt. Hij kan ingaan op een aanbieding, en wellicht zelfs over de prijs van de producten onderhandelen. Voor zover er aan de totstandkoming van de overeenkomst afwegingen en beslissingen voorafgaan, zijn het afwegingen en beslissingen van het digitale systeem, dat wel een ‘electronic agent’ wordt genoemd.¹¹³ Inderdaad ligt het verband met vertegenwoordiging voor de hand, als de beslissingen van het systeem worden begrepen als uitoefening van de autonomie van de *gebruiker* van het systeem. Karakteristiek voor vertegenwoordiging is echter dat de overeenkomst rechtens weliswaar wordt aangegaan door de achterman (art. 3:66 lid 1 BW) maar dat voor de uitleg van de overeenkomst beslissend is wat de vertegenwoordiger en de wederpartij aan elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkanders verklaringen hebben afgeleid en mogen afleiden. Dat blijkt wat lastiger te liggen als de overeenkomst aan een of beide

112. Zie ook K. Sein, ‘Concluding Consumer Contracts via Smart Assistants’, *EuCML* 2018, p. 179 e.v.; K. Kryla-Cudna, ‘Consumer contracts and the Internet of Things’, in: V. Mak, E. Tjong Tjin Tai & A. Berlee (red.), *Research Handbook in Data Science and Law*, Cheltenham/Northampton: Edgar Elgar 2019, p. 88.

113. Vgl. Section 2 lid 6 Uniform Electronic Transactions Act (USA) 1999: ‘In this [Act] (...) (6) “Electronic agent” means a computer program or an electronic or other automated means used independently to initiate an action or respond to electronic records or performances in whole or in part, without review or action by an individual.’ Section 14 lid 1: ‘A contract may be formed by the interaction of electronic agents of the parties, even if no individual was aware of or reviewed the electronic agents’ actions or the resulting terms and agreements.’ De laatste bepaling is gebaseerd op art. 11 UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce Guide 1996, maar daarin wordt over ‘a data message’ gesproken.

zijden feitelijk door een systeem is gesloten. Het is zelfs de vraag of hier nog gesproken kan worden van een overeenkomst op afstand in de zin van EU-Richtlijn 2011/83 betreffende consumentenrechten, waarin geen aandacht wordt besteed aan de situatie dat de overeenkomst namens de consument wordt gesloten door een vertegenwoordiger.

Op 7 september 2009 had een consument door middel van het internet-portaal van een luchtvaartmaatschappij twee vliegtickets van Dresden naar Larnaca (Cyprus) v.v. besteld voor per saldo € 365,42. Omdat de consument nog niet wist wie zijn medepassagier zou worden, de passagiersgegevens precies moesten overeenstemmen met de paspoortgegevens en de tenaamstelling na boeking niet meer kon worden gewijzigd, vulde de consument op de boekingspagina van de luchtvaartmaatschappij bij de gegevens van de tweede passagier in: 'nog onbekend'. Het systeem gaf het tweede ticket af op de passagiersnaam 'nog onbekend'. Toen de consument de naam van de tweede passagier wilde vastleggen, werd dat als een ongeoorloofde naamswijziging geïnterpreteerd, die dan ook werd geweigerd. De consument maakte de reis alleen en eiste terugbetaling van de kosten van het tweede ticket en schadevergoeding. Nadat het Amtsgericht Dresden en het Landgericht Dresden zijn vordering hadden afgewezen, overwoog het Bundesgerichtshof.¹¹⁴

'17. (...). Für die Auslegung dieser Erklärungen ist aber nicht auf die automatisierte Reaktion des Computersystems abzustellen, dessen sich die Bekl. für die Abwicklung des Buchungsvorgangs bediente. Nicht das Computersystem, sondern die Person (oder das Unternehmen), die es als Kommunikationsmittel nutzt, gibt die Erklärung ab oder ist Empfänger der abgegebenen Erklärung. Der Inhalt der Erklärung ist mithin nicht danach zu bestimmen, wie sie das automatisierte System voraussichtlich deuten und verarbeiten wird, sondern danach, wie sie der menschliche Adressat nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte verstehen darf. Allein ein solches Verständnis steht mit den §§ 133, 157 BGB und den hierzu entwickelten Auslegungsgrundsätzen in Einklang.'

De fictie waarvan het BGH zich hier bedient – het gaat er niet om hoe de *vertegenwoordiger* de verklaring heeft geïnterpreteerd maar hoe de *achterman* de verklaring zou hebben moeten interpreteren in de hypothetische situatie waarin die verklaring direct tot hem was gericht – laat zien hoe

114. BGH 16 oktober 2012, X ZR 37/12, BGHZ 195/126. Vgl. G. Teubner, 'Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten', *AcP* 218 (2018), p. 177 e.v.; Bensamoun/Loiseau/Mekki, *Droit de l'intelligence artificielle*, Parijs: LGDJ, 2019, nr. 256.

de tussenkomst van systemen het contractenrecht op de proef stelt. Een ‘eerlijke’ toepassing van de haviltex-maatstaf, waarbij het aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en mede betekenis wordt gehecht aan de hoedanigheid van de betrokken partijen, zou meebrengen dat acht wordt geslagen op het feit dat de overeenkomst aan een of beide zijden kenbaar wordt gesloten door een systeem, dat op basis van algoritmen werkt en de verklaringen van zijn wederpartij letterlijk neemt.

29. *Autonome systemen.* Evengoed als de mens robotiseert, worden gedigitaliseerde systemen menselijker, want autonomer. Gedigitaliseerde zaken zijn intelligente systemen, ze nemen zelfstandig beslissingen, waaronder beslissingen met rechtsgevolg. Het is voorzienbaar dat het steeds lastiger wordt om beslissingen van dergelijke systemen te herleiden tot een mens die voor de gevolgen van die beslissing verantwoordelijk kan worden gehouden. Toekenning van rechtssubjectiviteit aan intelligente systemen¹¹⁵ is minder revolutionair dan het lijkt;¹¹⁶ de partijautonomie staat in zekere zin al op de helling door de figuur van vertegenwoordiging,¹¹⁷ we hebben ooit besloten dat we aan rechtspersonen autonomie toekennen¹¹⁸ en verdedigd wordt ook wel – als ik het goed zie: vooral in Frankrijk – dat dieren van rechtsobject naar rechtssubject zouden moeten worden

115. Zie voor een relativering van de ‘natuurlijke persoon’ B.C. van Beers, ‘The Changing Nature of Law’s Natural Person: The Impact of Emerging Technologies on the Legal Concept of the Person’, *German Law Journal* 2018/3, p. 559 e.v.

116. Vgl. J.E. Schirmer, ‘Von Mäusen, Menschen und Maschinen – Autonome Systeme in der Architektur der Rechtsfähigkeit’, *JZ* 2019, p. 711 e.v., die spreekt (p. 718) over een ‘in-between-status’.

117. Zie Coing, *Europäisches Privatrecht 1800 bis 1914, Bd. II, 19. Jahrhundert*, a.w. (voetnoot 23), p. 456: ‘Über die Eigenart der Stellvertretung ist vor allem in der deutschen Pandektistik eine lebhaftige Diskussion geführt worden. Es ging dabei um die Frage, wie das Phänomen der Vertretung in ein Rechtssystem eingeordnet werden konnte, in welchem die Willenserklärung als das entscheidende Element der Veränderung von Rechtsverhältnissen angesehen und zugleich die Obligation als eine Beziehung zwischen zwei bestimmten Personen betrachtet wurde; konkret darum, wessen Wille bei einem durch Vertreter abgeschlossenen Geschäft hinter der Erklärung stünde, der des Vertreters oder der des Vertretenen.’

118. Vgl. W. Schubert, ‘Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Eine neue juristische Person’, in: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 11/12 (1982/1983), *Itinerari moderni della persona giuridica, t. 1*, Milaan: Giuffrè p. 589 e.v. (www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/11/0590.pdf), p. 591: ‘Die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) ist ein “Produkt bewußter Rechtsschöpfung durch den Gesetzgeber” des ausgehenden 19. Jahrhunderts.’



getransformeerd.¹¹⁹ Nu is aan rechtspersonen inherent dat ze beschikken over een eigen, afgescheiden vermogen waarop verhaal mogelijk is, terwijl intelligente systemen de overeenkomsten die ze sluiten, althans bij wijze van uitgangspunt, ten laste van ander vermogen verrichten. De rechtsgevolgen van die overeenkomsten zouden – zoals bij vertegenwoordiging gebeurt (art. 3:66 lid 1 BW jo. art. 3:78 BW) – kunnen worden toegerekend aan het rechtssubject wiens vermogen door de economische gevolgen van die overeenkomsten wordt getroffen. Maar intelligente systemen zullen ook schade kunnen veroorzaken die op zichzelf door art. 6:74 BW of art. 6:162 BW wordt bestreken, en waarbij de herleiding tot een rechtssubject in de zin van boek 1 of boek 2 BW steeds minder goed begrepen zal worden – bijvoorbeeld omdat er geen duidelijke gebruiker van het systeem valt te identificeren – daargelaten dat het evengoed tot verhaalsproblemen kan leiden. De digitalisering maakt van de partijautonomie een dubbele fictie: autonome beslissingen van intelligente systemen die geen partijautonomie bezitten, zijn geen beslissingen van de rechtssubjecten aan wie de rechtsgevolgen van die beslissingen worden toegerekend. Daarom heb ik gesuggereerd dat intelligente systemen als rechtssubjecten aan het maatschappelijk verkeer zouden moeten kunnen deelnemen op voorwaarde dat de producent van het systeem er een aansprakelijkheidsverzekering aan heeft verbonden die veiligstelt dat de schade waarvoor het systeem aansprakelijk is, kan worden verhaald.¹²⁰

119. Vgl. J.P. Marguénaud, 'La personnalité juridique des animaux', *Rec. Dall.* 1998, *Chron.*, p. 205 e.v., met verwijzingen. Zie ook F. Dupas, *Le statut juridique de l'animal en France et dans les États membres de l'Union Européenne: historique, bases juridiques actuelles et conséquences pratiques*, Toulouse, 2005 (www.oaba.fr/pdf/2005_Statut_juridique_de_l_animal.pdf), p. 69 e.v.; I. Khillo, 'Des droits de l'homme aux droits de l'animal: quelle frontière?', in: M. Baudrez, T. Di Manno & V. Gomez-Bassac (red.), *L'animal, un homme comme les autres?*, Brussel: Bruylant 2012, p. 265 e.v.; J.P. Marguénaud, F. Burgat & J. Leroy, *Le droit animalier*, Parijs: PUF 2016, p. 250 e.v.



120. A.C. van Schaick, 'Robot als rechtssubject', *NTBR* 2018/7. Zie ook de Resolutie van het Europees Parlement van 16 februari 2017 met aanbevelingen aan de Commissie over civielrechtelijke regels inzake robotica (2015/2103(INL)), sub 58-59. Voorts Teubner, *Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten*, t.a.p. (voetnoot 114), p. 155 e.v.; G. Borges, 'New Liability Concepts: the Potential of Insurance and Compensation Funds', in: S. Lohsse, R. Schulze & D. Staudenmayer (red.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, Baden-Baden: Nomos 2019, p. 145 e.v.; G. Wagner, 'Roboter als Haftungssubjekte? Konturen eines Haftungsrechts für autonome Systeme', in: Faust & Schäfer (Hrsg.), *Zivilrechtliche und rechtsökonomische Probleme des Internet und der künstlichen Intelligenz*, a.w. (voetnoot 76), p. 1 e.v., p. 29 e.v. Zie ook, in kritische zin, T. Hartlief, 'Van knappe koppen en hun uitvindingen', *NJB* 2018, p. 1265 en X. Labbé, 'Faut-il personner la voiture autonome?', *Rec. Dall.* 2019, p.

De schadelast zal zo beperkt zijn dat er voor zo'n verzekering waarschijnlijk wel een aanbod is te creëren. Een aanvaardbaar alternatief lijkt me dat een (andere) partij zich borg stelt voor de schade die een intelligent systeem veroorzaakt. Zo heeft Volvo – uit welbegrepen eigen belang – uitgesproken dat zij instaat voor de schades die de door haar geproduceerde zelfrijdende auto's veroorzaken.¹²¹

30. *Contractenrecht en non conscious measurement.* Als het om de partijautonomie gaat, is het meest urgente – ik zou zeggen: angstaanjagende – probleem dat de informatie die mede door *non conscious measurement* over ons wordt vergaard, beschikbaar is voor partijen die deze kennis voor eigen gewin inzetten. Alle kennis die wij derden door ons internetgebruik verschaffen, kennis over onze persoonlijke omstandigheden, onze wensen, onze behoeften, onze gezondheid, onze financiële mogelijkheden, onze voorkeuren, onze zwakheden, onze angsten en onze contacten, is geld waard en wordt verhandeld en geëxploiteerd. Algoritmen leggen onze wensen en voorkeuren bloot en manipuleren die. Het is een directe bedreiging van ons zelfbeschikkingsrecht dat gedigitaliseerde systemen ons beter kennen dan wij onszelf kennen.¹²² Onze wederpartij weet hoe ze ons tot het aangaan van een contract met haar of een derde moet bewegen; we beslissen slechts in schijn zelf. Een halfjaar geleden spaarden we nog voor een vakantie, nu besluiten we om die vakantie uit te stellen en ons spaargeld te besteden aan een gedigitaliseerde koffiemachine. Het ontgaat ons dat onze beslissing niet werkelijk tot onze eigen wil is te herleiden. Dat is natuurlijk vaker zo, maar nu ligt aan die beslissing ten grondslag dat een derde gebruik heeft gemaakt van zijn kennis over ons, kennis die wijzelf hebben noch kunnen hebben, kennis die weliswaar herleidbaar is tot onze aanvaarding van cookies, maar die in feite stiekem is vergaard en gebruikt.¹²³ Een grondbeginsel van ons contractenrecht, het beginsel dat partijen in althans relatieve vrijheid en gelijkheid afwegen en beslissen of ze met elkaar een overeenkomst sluiten, dreigt verloren te gaan. Een contract dat niet herleidbaar is tot de verwezenlijking van het zelfbeschikkingsrecht van de contractspartijen, is een *contradictio in terminis*, het ontbeert de legitimiteit voor de aanspraak dat het partijen

1719 e.v., en in genuanceerde zin S.C.J.M.. Kortmann, 'Intelligente systemen en rechts-subjectiviteit', *NJB* 2018, p. 1969 e.v. en E. Fosch-Villaronga, 'Responsibility in robot and AI environments', in: Van den Berg e.a. (red.), *Recht en technologie. Vraagstukken van de digitale revolutie*, a.w. (voetnoot 67), p. 141 e.v.

121. Zie Frankfurter Allgemeine 9 oktober 2015: 'Volvo will für selbstfahrende Autos haf-ten'.

122. Zie hierover ook het preadvies van J.H. Gerards, *De platformeconomie en grondrechten*, par. 4.1.2.1.

123. Vgl. S. van Gulijk & D.J.B. Op Heij, 'Oneigenlijk gebruik van data: een verkenning van privaatrechtelijke oplossingen', *WPNR* 2016/7110, p. 453 e.v.

tot wet strekt en niet eenzijdig kan worden herroepen.¹²⁴ Maar wat nu als één van de contractspartijen niet eens weet dat ze het desbetreffende contract niet vrijelijk is aangegaan? Het probleem is niet alleen bedreigend voor onszelf, het is uiteindelijk bedreigend voor ons vermogensrecht als zodanig.¹²⁵

Het mag zo zijn dat het recht van de consument op eerbiediging van zijn privéleven en persoonsgegevens in de regel zwaarder weegt dan het economische belang van de exploitant van digitale informatie over die consument,¹²⁶ als het gaat om de bescherming van het zelfbeschikingsrecht van de consument, ligt de oplossing niet voor het grijpen. Overdrijving, aanprijzing, beïnvloeding, manipulatie en gebruikmaking van deskundigheid, een kennisvoorsprong of feitelijke macht, zijn niet exclusief voor marketing en als zodanig niet uit het contractenrecht te bannen. Het gaat vooral om de vraag waar we de grens trekken; in de reclamewereld leeft (nog) niet (merkbaar) de gedachte dat gebruikmaking van *non conscious measurement* zou kunnen worden gekwalificeerd als een handelspraktijk die oneerlijk (art. 6:193b BW), want misleidend (art. 6:193c-193d BW) of agressief (art. 193h BW) is.¹²⁷ Versterking van contractuele remedies als herroepingsrechten en schadevergoedingsvorderingen veronderstelt dat kan worden vastgesteld dat de consument de overeenkomst niet zou hebben gesloten als zijn wederpartij zijn verrekende kennis van de consument niet had ingezet. Sommige reclamecodes verbieden

124. Bundesverfassungsgericht 7 februari 1990, *BVerfGE* 81, 242: 'Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, daß er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung. Wo es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt, ist mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten. Wenn bei einer solchen Sachlage über grundrechtlich verbürgte Positionen verfügt wird, müssen staatliche Regelungen ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern.' Zie ook Hillgruber, *Das Prinzip der Selbstverantwortung – Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen*, t.a.p. (voetnoot 11), p. 175 e.v. Voorts EHRM 29 april 2002, no. 2346/02, *NJ* 2004, 543 (*Pretty/Verenigd Koninkrijk*), rov. 61: "(...). Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees.'
125. Hacker, *Exploitative Contracts im Zeitalter maschinellen Lernens*, t.a.p. (voetnoot 76), p. 87 e.v., p. 102.
126. HvJ EU 13 mei 2014, C-131/12, *NJ* 2014/385 (*Google/Agencia Española de Protección de Datos*), r.o. 81; HR 24 februari 2017, *RvdW* 2017/300 (*A./Google*), rov. 3.5.5. Zie ook HvJ EU 24 september 2019, C-136/17, *ECLI:EU:C:2019:773* (*G.C./Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*) en HvJ EU 24 september 2019, C-507/17, *ECLI:EU:C:2019:772* (*Google/Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*).
127. Zie hierover Verkade, *Onerlijke handelspraktijken jegens consumenten*, a.w. (voetnoot 19), nr. 12. 'Hersenspoeling' is volgens Verkade (nr. 54) een agressieve handelspraktijk. Zie over het onderwerp ook Sauphanor-Brouillod//Aubert de Vincelles/Brunaux/Usunier, *Les contrats de consommation*, a.w. (voetnoot 42), nr. 323 e.v.

aantasting van de menselijke waardigheid,¹²⁸ en daaronder zou disrespect voor het zelfbeschikkingsrecht begrepen kunnen worden, maar de partijwil kan natuurlijk ook anders dan door middel van reclame worden gemanipuleerd. Preventie, door middel van invoering of verruiming van wettelijke verboden, vergroting van de rol en de macht van toezichthouders, invoering van gedragscodes en keurmerken, lijkt meer voor de hand te liggen. Het meest effectief lijkt het nog om de professional die zijn kennis over ons exploiteert, met zijn eigen wapens te bestrijden: software die de consument voor digitaal gebruik van zijn gegevens waarschuwt of zelfs behoedt.¹²⁹

(ii) *De tegenprestatie van de afnemer*

31. *Wederkerigheid als bewijs van onafhankelijkheid.* De meeste overeenkomsten die we aangaan, hebben een wederkerig karakter (art. 6:261 BW). Ik beschreef hiervoor (nr. 4) dat die wederkerigheid, het ruil karakter van overeenkomsten, wezenskenmerk is in een maatschappij die van vermogensverschuivingen bestaat: overeenkomsten op grond waarvan prestaties worden uitgewisseld tussen vrije en gelijke partijen die hun eigen belang nastreven, plegen als vanzelf evenwichtig te zijn. Tegen die achtergrond koestert het vermogensrecht een zekere argwaan jegens de partij die door een overeenkomst evident voordeel geniet.¹³⁰ We eisen

128. Zie art. 2 van de Nederlandse Reclame Code en de toelichting daarop (www.reclame-code.nl/nrc/) en art. 4.8 van The UK Code of Broadcast Advertising (www.asa.org.uk/uploads/assets/uploaded/b6a021eb-2525-40e1-9c44eb6eab1f6797.pdf). De Duitse *Werbekodex* (file:///C:/Users/Gebruiker/Downloads/digitaler_leitfaden_werbekodex.pdf) verbiedt misbruik van consumentenvertrouwen en de exploitatie van kennisgebreken (fehlendes Wissen).



129. Vgl. – vanuit een iets ander perspectief – Hacker, *Exploitative Contracts im Zeitalter maschinellen Lernens*, t.a.p. (voetnoot 76), p. 87 e.v., p. 106 e.v.

130. BGH 5 oktober 2001, NJW 2002, 429: ‘Die Rechtsordnung verweigert Verträgen mit einem besonders groben Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung die Wirksamkeit, wenn – wofür in einem solchen Fall eine tatsächliche Vermutung spricht – die verwerfliche Gesinnung des Begünstigten hinzutritt. Diese Schlußfolgerung leitet sich aus dem (...) Erfahrungssatz her, daß in der Regel außergewöhnliche Leistungen nicht ohne Not - oder nicht ohne einen anderen den Benachteiligten hemmenden Umstand - zugestanden werden und auch der Begünstigte diese Erfahrung teilt (...).’ Zie voor de maatschappelijke argwaan jegens de overeenkomst van spel en weddenschap Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/288.

behoedzaamheid van de wederpartij van de gulle gever¹³¹ en begunstigen de schenker die zich op een wilsgebrek beroept in zijn bewijspositie (art. 7:176 BW, art. 3:34 lid 1 BW), als we hem al niet door vormvoorschriften in bescherming nemen. In zijn *Der Zweck im Recht*¹³² beschrijft Von Jhering dat de Romeinen 'schenken' als statusbevestigend beschouwden; ze bewezen er hun vrijheid en onafhankelijkheid door. Maar nu doen schenkingen afhankelijkheid vermoeden. Juist het feit dat voor een prestatie wordt betaald, bewijst dat er in vrijheid wordt gepresteerd.¹³³

'Das Geld kennt kein Ansehen der Person, es leidet nicht an Launen, es hat keine Zeiten, wo es minder zugänglich wäre, und es kennt schließlich keine Grenze, bei der seine Bereitwilligkeit sich erschöpfte. Der Egoismus hat das lebhafteste Interesse daran - *jedem - zu jeder Zeit - in jeder Ausdehnung* - zu Diensten zu stehen; je mehr man ihm zumutet, desto mehr leistet er, je mehr man von ihm begehrt, desto williger wird er. Es gäbe keinen unerträglicheren Zustand, als wenn wir alles, was wir nötig haben, von der Gefälligkeit erwarten müssten, es wäre das Los des Bettlers! Unsere persönliche Freiheit und Unabhängigkeit beruht nicht bloß darauf, das wir zahlen können, sondern zugleich darauf das wir zahlen *müssen* - im Geld steckt wie unsere *ökonomische*, so auch unsere *moralische Unabhängigkeit*.' (curs. orig.)

Er ligt een waarschuwing besloten in de stelling dat onze economische en morele onafhankelijkheid bestaat bij de gratie van het feit dat we moeten betalen voor de bevrediging van onze behoeften.

32. *Data: het nieuwe geld?* Bij de koopovereenkomst en de overeenkomst van aanneming van werk bestaat de tegenprestatie van de koper respectievelijk de opdrachtgever uit de betaling van een geldsom (art. 7:1 BW respectievelijk art. 7:750 BW), bij een ruilovereenkomst is de tegenprestatie de levering van een zaak (art. 7:49 BW). Bij andere benoemde overeenkomsten, zoals huur, opdracht en bewaarneming, kan de tegenprestatie ook bestaan uit iets anders dan de betaling van een geldsom of de levering van een zaak, maar de obligatoire overeenkomst die (mede) strekt tot eigendomsoverdracht tegen een andere tegenprestatie dan betaling van geld of levering van een zaak, is in Nederland geen benoemde overeenkomst. Hierna (nr. 39) zal ik uitleggen dat de digitale-dienstverleningsovereenkomst een onbenoemde overeenkomst is. Dat is ze *a fortiori*

131. HR 24 mei 1984, NJ 1986/699 (Nolan/Van Aalst): 'Wel kan de omvang van dit voordeel van belang zijn voor het antwoord op de vraag wat de wederpartij toen op dit punt had behoren te beseffen en welke onderzoeksplicht te dier zake toen op haar rustte.'

132. R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*, Bd. I, 4. Aufl., Leipzig: Breitkopf und Härtel 1904 (Nachdr. 1970), p. 93 (p. 71) e.v.

133. Von Jhering, *Der Zweck im Recht*, a.w. (voetnoot 132), p. 120 e.v. (p. 92 e.v.).

als de tegenprestatie van de afnemer niet of niet uitsluitend de betaling van een geldsom is. En veelal bestaat de tegenprestatie van de afnemer uit iets anders dan (alleen) de betaling van geld, namelijk (mede) uit het doorlopende beschikbaar stellen van – juiste¹³⁴ – elektronische informatie over zichzelf: data.¹³⁵ Er kan geen digitale-dienstverlening zijn zonder data, die ook wel het nieuwe goud, de nieuwe olie of het nieuwe geld worden genoemd.¹³⁶ Toch is het goed te beseffen dat data geen geld zijn, ze zijn geld waard. Het achterliggende oogmerk van de vergaring van data blijft de traditionele, in geld uitgedrukte vermogensvermeerdering. Elektronisch verwerkbaar informatie over de persoon van de gebruiker van een website of applicatie en over diens gebruik wordt niet alleen verzameld en gebruikt om de digitale dienst te verlenen; dezelfde informatie, die dus in het kader van de digitale dienst toch al moet worden verstrekt, is tegelijkertijd commercieel interessant, hetzij voor eigen gewin hetzij voor derden die er geld mee denken te kunnen maken en daarom bereid zijn om voor die informatie te betalen.

33. *Datasurveillance*. Het (bij voortduring) verschaffen van kennis over onszelf en inzicht in ons privéleven doet op het eerste gezicht geen afbreuk aan onze rijkdom. Data zijn geen schaars goed. Ze zijn onbeperkt beschikbaar te stellen en onbeperkt te vermenigvuldigen; we kunnen eindeloos repeterend inzicht in ons privéleven geven.¹³⁷ Ons financiële vermogen neemt niet af wanneer we kennis over onszelf verschaffen. Digitale-dienstverleners spelen daarop in. Zij beweren hun diensten, al dan niet gedurende een bepaalde (proef)periode, ‘gratis’ of ‘kosteloos’ aan te bieden, maar verlangen wel dat de afnemer van de digitale dienst ermee instemt dat op zijn smart device analytische en marketing cookies worden geplaatst die informatie over de afnemer verzamelen. De afnemer van de dienst heeft er vaak geen notie van dat of in welke zin hij op zijn beurt

134. C. Langhanke, *Daten als Leistung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Deutschland, Österreich und der Schweiz*, Tübingen: Mohr Siebeck 2018, p. 142 e.v.

135. H. Schulte-Nölke, ‘Personal data is not a counter-performance! Plea for a data driven rethinking of contract and consumer law’, *TvC* 2018, p. 74 e.v.

136. Vgl. K. Swinnen, ‘Eigendom van data? Reculer pour mieux sauter’, *TvP* 20191, p. 63 e.v.; C. Spierings, ‘Het nieuwe goud: betalen met data’, *MvV* 2019/6, p. 207 e.v.; J. Schrey, ‘Daten, der Treibstoff und das Schmieröl der digitalen Wirtschaft’, in: M. Weller & M. Wendland, *Digital Single Market*, Tübingen: Mohr Siebeck 2019, p. 31 e.v.

137. A. Metzger, ‘Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag’, *AcP* 216 (2016), p. 818 e.v.; A. De Franceschi, ‘Digitale Inhalte gegen personenbezogene Daten: Unentgeltlichkeit oder Gegenleistung?’, in: Schmidt-Kessel & Kramme (Hrsg.), *Geschäftsmodelle in der digitalen Welt*, a.w. (voetnoot 100), p. 115 e.v.; Langhanke, *Daten als Leistung*, a.w. (voetnoot 134), p. 1 e.v.

een op geld waardeerbare prestatie verricht. Het citaat uit het cookie-beleid van digitale koeriersdienst WeTransfer (zie hiervoor, nr. 19) is nog relatief duidelijk. Als de bezoeker van de website van Albert Heijn – die in de eerste plaats het belang van Albert Heijn dient – de moeite neemt om na te kijken waartoe de cookies dienen die hij moet aanvaarden, wordt hij met een kluitje in het riet gestuurd. Onder het kopje ‘Cookies van derden’ staat zonder enige uitwerking:¹³⁸

‘Via onze website en apps worden ook cookies van derden geplaatst. Op het gebruik van cookies door andere bedrijven is het privacy- en cookiebeleid van het desbetreffende bedrijf van toepassing.’

De digitale-dienstverlener bedingt hier in verholde termen de vrijheid om elektronische informatie van en over de gebruiker van de digitale dienst beschikbaar te stellen aan iedere willekeurige (betalende) derde, die met die informatie mag doen wat hij wil, waaronder deze op zijn beurt beschikbaar stellen aan andere derden. Als digitale-dienstverleners de afnemers van hun dienst al de keuze bieden om deze marketing cookies te weren¹³⁹, wordt hun dat veelal niet gemakkelijk gemaakt, en pleegt het gepaard te gaan met de suggestie dat het optimale gebruik van de aangeboden dienst niet langer kan worden gegarandeerd. Het effect is eraan: het merendeel van de consumenten accepteert blindelings dat een aanbieder van een internetdienst marketing cookies plaatst.¹⁴⁰ Daarmee accepteren die consumenten ook dat alle informatie die hun gebruik van de internetdienst oplevert – kennis over en inzicht in hun gedrag, ervaringen, opvattingen, gevoelens en gedachten – wordt toegevoegd aan het profiel dat al van hen bestaat. Met behulp van algoritmen is hun gedrag steeds beter te analyseren, voorspellen en manipuleren. Deze trend, die ‘surveillance capitalism’¹⁴¹ of ‘datasurveillance’¹⁴² wordt genoemd, is uit

138. www.ah.nl/cookiebeleid.



139. HvJEU 1 oktober 2019, C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801 (Planet 49) kon voorbijgaan (rov. 64) aan de vraag of het met het vereiste van art. 7 lid 4 AVG verenigbaar is dat de afname van een dienst (in casu: deelname aan een loterij) afhankelijk wordt gemaakt van de toestemming tot het plaatsen van cookies.

140. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism*, a.w. (voetnoot 4), p. 233 e.v. (p. 237).

141. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism*, a.w. (voetnoot 4), p. 52 e.v.

142. Llaneza, *Datanomics. Todos los datos personales que das sin darte cuenta y todo lo que las empresas hacen con ellos*. a.w. (voetnoot 75), p. 247 e.v.

de aard der zaak niet alleen interessant voor commerciële partijen, maar ook voor overheden,¹⁴³ geheime diensten¹⁴⁴ en criminelen.

34. *If it's free, you're the carcass*. De informatie die de gebruiker door zijn acceptatie van marketing cookies verschaft, heeft dus marktwaarde, ze is voor de digitale-dienstverlener een bron van inkomsten. Als hij er zelf niets aan heeft, is het in elk geval informatie waarin anderen geïnteresseerd zijn en die ervoor willen betalen. Er is dan ook brede overeenstemming over dat er niets gratis of kosteloos is aan een digitale dienst die slechts beschikbaar is tegen acceptatie van marketing cookies: de gebruiker van een digitale dienst die zijn gegevens prijsgeeft, verricht wel degelijk een op geld waardeerbare tegenprestatie.¹⁴⁵ Voor Zuboff is het gezegde 'If it's free, you're not the customer, you're the product', een cliché, een understatement zelfs: 'You are not the product; you are the abandoned carcass. The "product" derives from the surplus that is ripped from your life.'¹⁴⁶ De bewering dat de digitale dienst kosteloos wordt verleend als de afnemer van de dienst marketing cookies accepteert, is dan ook misleidend, ze is een oneerlijke handelspraktijk in de zin van art. 6:193a e.v. BW en bovendien aan te vechten als misleidende reclame in de zin van art. 6:194 BW. Naar mijn mening is de overeenkomst bovendien vernietigbaar wegens bedrog (art. 3:44 lid 3 BW), al is het de vraag of die vernietiging gevolgen kan hebben jegens de derden die inmiddels de beschikking over de gebruikersdata hebben gekregen (art. 3:36 BW).¹⁴⁷

35. *Het eigenaardige karakter van de beschikbaarstelling van data*. De gedigitaliseerde maatschappij mag dan bij de gratie van data bestaan, het is onduidelijk wat data in juridische zin zijn. Er is inmiddels breed verzet tegen de benadering van data als voorwerp van eigendom of als een absoluut recht.¹⁴⁸ Data zijn slechts elektronische informatie: noch aan de

143. Zie Consumentenbond Digitaalgids 2019/4, p. 5: 'Volgen via telefoon gaat door': 'Tientallen gemeenten (...) volgen burgers via het wifi- en bluetoothsignaal van hun smartphone. Zo kunnen ze zien welke routes mensen volgen en wanneer en waar het druk is.'

144. Zie The Guardian 2 juli 2019: 'Chinese border guards put secret surveillance app on tourists' phones'.

145. Metzger, Dienst tegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag, t.a.p. (voetnoot 137), p. 818 e.v.; Langhanke, *Daten als Leistung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Deutschland, Österreich und der Schweiz*, a.w. (voetnoot 134), p. 95 e.v.

146. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism*, a.w. (voetnoot 4), p. 377.

147. Vgl. C. Spierings, 'Wie klikt, stemt toe. Over toestemming voor het gebruik van cookies', AA 2016, afl. 9, p. 683 e.v.

148. Vgl. E. Verheul, 'Revindicatie van data in de cloud', AA 2018, p. 578 e.v.; T. Dreier, 'Eigentum an Daten?', in: Weller & Wendland, *Digital Single Market*, a.w. (voetnoot 136), p. 3 e.v.; E. Lux & M. Liepin, 'Digitaler Neustart. Braucht unser Recht ein Update?', in: Weller & Wendland 2019, *Digital Single Market*, a.w. (voetnoot 136), p. 133 e.v.; G. F. Schuppert, *Eigentum neu denken. Ein Rechtsinstitut zwischen Wandel und Resilienz*, Baden-

data zelf noch aan het verzamelen ervan komt creativiteit te pas, een exclusiviteitsrecht schijnt hier niet op zijn plaats. Data zijn geen vermogensrecht (art. 3:6 BW), evenmin zijn ze een zaak (art. 3:2), en ze zijn dus ook geen goed (art. 3:1 BW).¹⁴⁹ Toch hebben data waarde, ze zijn het voorwerp van overeenkomsten en het wordt wenselijk gevonden om degenen die het onderwerp van de data zijn, in bescherming te nemen. Er wordt in dat verband gedacht aan gedwongen licentieverlening dan wel dwingende regelgeving in het contractenrecht, ook als dat geen B2C-contractenrecht is.¹⁵⁰ Hoe dat ook zij, data zijn geld waard maar ze zijn geen geld. De prestatie die bestaat uit het beschikbaar stellen van data, valt dan ook niet te identificeren met het betalen van een geldsom. Dat impliceert dat de overeenkomst van digitale-dienstverlening alleen al bezien vanuit het perspectief van de tegenprestatie niets van een koopovereenkomst heeft.

Wie in het kader van een overeenkomst van digitale-dienstverlening elektronische informatie over zichzelf verstrekt, verricht een eigenaardige prestatie. Digitale diensten kunnen niet worden verleend zonder gebruikersdata, die met het oog daarop worden verzameld, opgeslagen en bewerkt.¹⁵¹ En soms is de digitale-dienstverlener verplicht om data te vragen, bijvoorbeeld om de identiteit of leeftijd van de gebruiker vast te stellen. De afnemer van de dienst verstrekt data en accepteert cookies dus ten dele in zijn eigen belang: de functionele en (deels) analytische cookies. De afnemer verplicht zich weliswaar tot het toelaten van die

Baden: Nomos, 2019, p. 189 e.v.; Hoffmann, 'Dateneigentum und Insolvenz', JZ 2019, p. 960 e.v., die spreekt van 'zunehmende Eigentumsrhetorik'. Anders nog T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Privaatrecht voor de homo digitalis: eigendom, gebruik en handhaving*, Preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging, Deventer: Kluwer 2016, p. 241 e.v., p. 255 e.v.; M. Amstutz, 'Dateneigentum', AcP 218 (2018), p. 439 e.v., p. 521 e.v.

149. Zie de considerans, sub 24, bij EU-Richtlijn 2019/770 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten: 'Hoe wel deze richtlijn volledig onderkent dat de bescherming van persoonsgegevens een grondrecht is en dat persoonsgegevens dan ook niet kunnen worden beschouwd als een goed (...).'
150. Vgl. D. Zimmer, 'Property rights regarding data?', in: S. Lohsse, R. Schulze & D. Staudenmayer (red.), *Trading data in the digital economy: legal concepts and tools*, Baden-Baden: Nomos 2017, p. 101 e.v. Zie ook de inleiding van de redacteurs, onder de titel van de bundel, p. 13 e.v.
151. Er wordt wel geopperd dat deze informatie verplicht zou moeten worden geanonimiseerd, maar in de digitale wereld is anonimiteit niet houdbaar. Uiteindelijk zal zoveel informatie beschikbaar zijn, dat systemen feilloos kunnen bepalen om wie het gaat. Zie Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism*, a.w. (voetnoot 4), p. 242 e.v.; C. Wendehorst, 'How to reconcile data protection and the data economy', in: Lohsse, Schulze & Staudenmayer (red.), *Trading data in the digital economy: legal concepts and tools*, a.w. (voetnoot 150), p. 327 e.v., p. 331 e.v. Zie ook R.H. Weber, 'Improvement of data economy through compulsory licenses?', in: Lohsse, Schulze & Staudenmayer (red.), *Trading data in the digital economy: legal concepts and tools*, a.w. (voetnoot 150), p. 143 e.v.; Llaneza, *Datanomics. Todos los datos personales que das sin darte cuenta y todo lo que las empresas hacen con ellos*, a.w. (voetnoot 77), p. 91 e.v.

cookies ter verkrijging van de prestatie waartoe de digitale-dienstverlener zich daartegenover verbindt, maar de digitale-dienstverlener die alleen functionele cookies kan plaatsen, ontleent aan de overeenkomst geen voordelen. Daarmee is de overeenkomst geen wederkerige overeenkomst in de zin van art. 6:261 lid 1 BW. Volgens EU-Richtlijn 2019/770 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten is het beschikbaar stellen van data alleen een tegenprestatie indien en voor zover de digitale-dienstverlener die data *anders* inzet dan ten behoeve van het functioneren van de digitale dienst, dus voor zover het beschikbaar stellen van data geen persoonlijk, tot de verlening van de specifieke dienst beperkt karakter heeft.¹⁵² Het beschikbaar stellen van data heeft dus soms wel en soms niet, en soms deels wel en deels niet het karakter van een contractuele (tegen)prestatie. Soms kan de afnemer van de dienst dat beïnvloeden, doordat de digitale-dienstverlener hem de keuze biedt om het plaatsen van andere dan functionele cookies te weigeren, soms wil de digitale-dienstverlener zijn dienst alleen verstrekken als de afnemer *alle*, dus ook marketing cookies aanvaardt.¹⁵³ Alleen in het laatste geval is de digitale-dienstverleningsovereenkomst een wederkerige overeenkomst.

Ook anderszins is de tegenprestatie van de afnemer een vreemde eend in de bijt van het huidige contractenrecht. De afnemer van de digitale dienst houdt grip op zijn prestatie: hij is vrij om op de beschikbaarstelling van zijn gegevens terug te komen (art. 7 lid 3 AVG), in zekere zin met terugwerkende kracht, doordat hij kan verlangen dat de digitale-dienstverlener de data uit zijn bestanden wist (art. 17 AVG). Het kan tot gevolg hebben dat de dienst *ex nunc* niet meer kan worden afgenomen, maar anders dan bij de uitoefening van het herroepingsrecht (art. 6:230o BW) leidt noch de uitoefening van het intrekingsrecht noch de uitoefening van het wissingsrecht tot ontbinding van de overeenkomst, laat staan tot ongedaanmakingsverbintenissen in de zin van art. 6:271 BW. Evenmin is het een tekortkoming van de afnemer; de digitale-dienstverlener heeft dus geen recht op schadevergoeding.¹⁵⁴ De afnemer van de digitale dienst kan ook van derden eisen dat ze ophouden zijn gegevens te gebruiken en dat ze deze uit hun bestanden wissen, maar hij zal hierbij stuiten op het

152. Vgl. art. 3 lid 1 van EU-Richtlijn 2019/770, en de considerans, sub 24-25.

153. Zie in dit verband HvJEU 1 oktober 2019, C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801 (Planet 49); met het plaatsen van cookies wordt niet rechtsgeldig toegestemd in de zin van art. 4 sub 11 jo. art. 6 lid 1 AVG wanneer de opslag van informatie door middel van cookies of de toegang tot reeds op de eindapparatuur van de gebruiker van een website opgeslagen informatie via cookies wordt toegestaan door middel van een standaard aangevinkt selectievakje dat deze gebruiker moet uitvinken ingeval hij weigert zijn toestemming te geven.

154. Vgl. Langhanke, *Daten als Leistung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Deutschland, Österreich und der Schweiz*, a.w. (voetnoot 134), p. 95 e.v.

praktische probleem dat hij weet noch kan weten wie inmiddels de beschikking over zijn gegevens heeft verkregen. Zie de hierboven geciteerde *cookie*-bepaling op de website van Albert Heijn: op grond van die bepaling kunnen derden de informatie die Albert Heijn met hen heeft gedeeld, weer met anderen hebben gedeeld.

De overeenkomst van digitale-dienstverlening waarbij de afnemer ermee instemt dat op zijn smart device cookies worden geplaatst, is dus géén wederkerige overeenkomst als de cookies alleen worden gebruikt met het oog op het verlenen van de digitale dienst zelf. De afnemer kan dan de overeenkomst niet ontbinden als de dienst van de digitale-dienstverlener niet contractconform is;¹⁵⁵ de afnemer zal zich, waar mogelijk, met een schadevergoedingsvordering moeten behelpen (art. 6:74 BW). Dat ligt anders als de afnemer ermee heeft ingestemd dat data worden verzameld voor meer dan het verrichten van de dienst of het voldoen aan wettelijke vereisten, of wanneer hij kan bewijzen dat de digitale-dienstverlener data heeft verzameld voor meer dan het verrichten van de dienst of het voldoen aan wettelijke vereisten. Non-conformiteit van de digitale dienst is dan reden voor ontbinding van de dienstverleningsovereenkomst (art. 6:265 BW). In het huidige contractenrecht kan de afnemer dan in beginsel ongedaanmaking van zijn prestatie vorderen (art. 6:271 BW), althans een vergoeding ten belope van de waarde van die prestatie op het tijdstip van ontvangst (art. 6:272 BW). Het is niet duidelijk waar dat in concreto toe zou moeten leiden.

(iii) *De digitale-dienstverlener*

36. *Assemblage van het contractsresultaat.* Als een consument iets koopt, dus een koopovereenkomst sluit, verricht zijn wederpartij – de verkoper – de kenmerkende prestatie(s): de verkoper levert een zaak, draagt de eigendom daarvan over en levert de zaak af. Bij veel dienstverlening en in elk geval bij digitale-dienstverlening ligt het anders; voor het beoogde resultaat zijn een aantal partijen en diensten nodig.¹⁵⁶ Als een intelligent systeem niet functioneert volgens de verwachtingen, kan de *identificatie* van de partij die voor het achterblijvende resultaat verantwoordelijk is, problematisch zijn. De partijen wier gezamenlijke prestatie tot het beoogde resultaat moet leiden, zijn niet steeds als zodanig herkenbaar, ze kennen elkaar niet steeds, laat staan dat ze invloed hebben op elkanders

155. HR 15 juni 2018, NJ 2019/278 (*Wave/ABN AMRO*). EU-Richtlijn 2019/770 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten, wil alleen rechten van consumenten op contractuele remedies waarborgen als de digitale-dienstverlener data niet uitsluitend verzamelt om zijn dienst te kunnen verrichten of aan wettelijke vereisten te voldoen. Zie de considerans, sub 24-25.

156. Kryla-Cudna, *Consumer contracts and the Internet of Things*, t.a.p. (voetnoot 112), p. 83 e.v.

prestatie. Het is in het vermogensrecht niet uitzonderlijk dat er bij de totstandkoming van een zeker resultaat verschillende partijen betrokken zijn, maar als het gaat om de levering van een industrieel vervaardigde zaak, plegen de risico's daarvan *niet* bij de eindafnemer gealloceerd te worden. In de industrie is gewoonlijk sprake van assemblage van half-fabrikaten tot één (eind)product dat door de *verkoper* van het product – een zaak – aan de eindafnemer wordt afgeleverd. Dat maakt de verkoper aanspreekbaar op non-conformiteit van de zaak, ongeacht de vraag wie *de facto* de non-conformiteit heeft veroorzaakt. Het is aan de verkoper om veilig te stellen dat hij kan terugvallen op de leverancier van het defecte halffabrikaat; hij kan een nakomingsvordering van de koper niet afweren door een beroep op het feit dat een derde het gebrek heeft veroorzaakt, noch ontbinding of schadevergoeding voorkomen door zich op overmacht te beroepen.¹⁵⁷

Dienstverlening is gewoonlijk *niet* het 'overdragen' van een kant-en-klaar resultaat. Dienstverlening bestaat veelal uit het kant-en-klaar máken, het tot stand bréngen van een overeengekomen resultaat. Bij de *koopovereenkomst* komt het resultaat dat het voorwerp van de overeenkomst is, op zijn laatst tot stand in handen van de verkoper, die dat resultaat – een product, een zaak – vervolgens aan de koper verschafft. Soms heeft dienstverlening een vergelijkbaar simpel karakter, zoals in het geval van een bewaarnemingsovereenkomst met betrekking tot een fiets of een reparatieovereenkomst met betrekking tot een auto.¹⁵⁸ Maar vaak ook eindigt het *proces* dat tot het bedongen resultaat leidt, pas bij de afnemer van de dienst. Art. 6:76 BW (aansprakelijkheid voor fouten van hulppersonen) en art. 6:77 BW (aansprakelijkheid voor gebreken van zaken) zijn dan ook typisch voor dienstverlening geschreven;¹⁵⁹ het waren – dus – geen van-

157. In een zuiver commerciële setting ontleent de verkoper wellicht aan de overeenkomst als zodanig verweermiddelen tegen een of meer remedies van de koper. Zie de conclusie (sub 15) van A-G Hartkamp voor HR 27 april 2001, NJ 2002/213 (*Oerlemans Agro/Driessen*). Daarbij zal echter wel reputatieschade kunnen optreden.

158. Wat niet wegneemt dat de inhoud en uitvoering van de verbintenis van de dienstverlener haar eigen problemen kent. Vgl. P. Gaiardo, 'L'obligation du garagiste: une obligation de résultat doublement atténuée?', *Rec. Dall.* 2019, p. 1503 e.v.

159. Zie voor art. 6:76 BW: HR 10 januari 1997, NJ 1998/544 (*Tandartswaarnemer*) met betrekking tot geneeskundige behandeling, HR 21 mei 1999, NJ 1999/733 (*Wolters Kluwer/B*) met betrekking tot administratievoering, HR 14 juni 2002, NJ 2002/495 (*Geldnet/Kwantum*) met betrekking tot vervoer/bewaarneming, HR 10 oktober 2003, NJ 2005/89 (*NN/t Witte Paerdje*) met betrekking tot verzekering/schadevaststelling. Zie voor art. 6:77 BW: HR 5 januari 1968, NJ 1968/102 (*Fokker/Zentveld*) met betrekking tot aanneming van werk, HR 13 december 1968, NJ 1969/174 (*Cadix/AEH*) met betrekking tot schoonmaak, HR 28 november 1997, NJ 1998/168 (*Smits/Royal Nederland*) met betrekking tot bewaarneming.

zelfsprekende bepalingen in het NBW.¹⁶⁰ De *digitale-dienstverlening* staat op dit punt nog verder van de koopovereenkomst af doordat het beoogde resultaat een ‘assemblage’ van diensten vergt, die pas gebundeld worden bij de adreassaant daarvan.¹⁶¹ Het volle genot van een intelligente zaak, of dat nu een slimme auto of slimme koelkast is, vergt niet alleen het gebruik van de hardware, dat wil zeggen een auto respectievelijk koelkast met elektronica die softwareopdrachten kan verwerken, maar ook van werkende computerprogramma’s, dus software, voeding met informatie van systemen waarmee de software verbonden is, updates, opslag, verwerking en toepassing van de gegevens die het gebruik van de intelligente zaak genereert, en applicaties – zowel van een betrokken partij als van derden – waarmee de software die de intelligente zaak stuurt, op afstand kan worden bediend. Vaak ook is een van de betrokken dienstverleners een financier, die de andere betrokken dienstverleners betaalt en met de afnemer een kredietovereenkomst aangaat. De verschillende prestaties *samen* leiden tot het beoogde resultaat.

37. *Belang van de dienstverleners bij ontbundeling van hun diensten.* De verschillende dienstverleners die bij het eindresultaat betrokken zijn, zijn geen hulppersonen van elkaar of van de partij of partijen die de bundeling organiseren. Zij zijn ook ten opzichte van elkaar buitenstaanders, de afnemer sluit met ieder van hen een aparte overeenkomst. De verschillende dienstverleners kunnen zich daarmee eenvoudig aan hun verantwoordelijkheid voor het gebrekkige resultaat onttrekken: de vraag of een derde een hulppersoon of zelfstandige contractspartij is, wordt beantwoord aan de hand van de haviltex-maatstaf¹⁶² en kan dus contractueel beïnvloed worden. De vraag wat precies de prestatie is die de schuldenaar moet verrichten en of de prestatie achterblijft bij wat de verbintenis vergt (art. 6:74 BW), is eveneens een haviltex-kwestie¹⁶³ en buiten art. 7:17 jo. art. 7:6 BW (dwingende conformiteitseis bij consumentenkoopovereenkom-

160. Zie de parlementaire geschiedenis bij art. 6.1.8.3 (6:76) en art. 6.1.8.3a, Parl. Gesch. Boek 3, Deventer: Kluwer 1981, p. 266 e.v. en in verband met art. 6:77 BW ook HR 5 januari 1968, NJ 1968/102 (*Fokker/Zentveld*). In het Voorlopig Verslag II betreffende art. 6.1.8.3 staat (p. 267): ‘De meerderheid stelt zich op het standpunt dat een strenge aansprakelijkheid voor personen billijk is en ook hoe langer hoe meer als billijk wordt aanvaard.’ Zie over art. 6:76 BW en 6:77 BW verder G.T. de Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen*, Mon. BW B33, 3e dr., Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 15-16.

161. Zie ook M. Wendland, ‘Digitale Inhalte und die Vertragstypen des BGB. Dogmatische Grundfragen des digitalen Vertragsrechts’, in: Weller & Wendland, *Digital Single Market*, a.w. (voetnoot 136), p. 72 e.v.

162. Vgl. HR 10 januari 1997, NJ 1998/544 (*Tandartswaarnemer*).

163. Vgl. C.A. Streefkerk, ‘Ingebrekestelling en verzuim bij wanprestatie. Een kritische beschouwing van wetgeving en rechtspraak’, *NTBR* 2004/2, p. 4.

sten) eveneens vatbaar voor manipulatie door contractuele bedingen.¹⁶⁴ Op grond van art. 3 lid 3 van EU-Richtlijn 2019/771 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen staat de *verkoper* van een gedigitaliseerde zaak ook in voor de conformiteit van het digitale aspect van de zaak als dat aspect van een derde afkomstig is, maar de regel biedt maar beperkt soelaas omdat hij niet ziet op alle prestaties die tot het resultaat leiden en niet van toepassing is als de gedigitaliseerde zaak niet in eigendom wordt overgedragen maar wordt geleast. Als het feitelijke resultaat van de digitale-dienstverleningsovereenkomst niet aan het beoogde resultaat beantwoordt, leidt dat dus tot juridische

164. Zie art. 107 (Gebundelde aanbiedingen) van EU-Richtlijn 2018/1972 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie, en overweging 283 in de considerans daarvan: 'Bundels bestaande uit ten minste een internettoegangsdienst of een voor het publiek beschikbare nummergebaseerde interpersoonlijke communicatiedienst, alsook andere diensten zoals voor het publiek beschikbare nummeronafhankelijke interpersoonlijke communicatiediensten, lineaire omroep en intermachinale diensten, of eindapparatuur, komen steeds vaker voor en vormen een belangrijk onderdeel van de concurrentie. Voor de toepassing van deze richtlijn moet een bundel worden geacht te bestaan in situaties waarin de onderdelen van de bundel worden verstrekt of verkocht door dezelfde aanbieder onder hetzelfde of een verwant of daaraan verbonden contract. Hoewel bundels vaak leiden tot voordelen voor de consumenten, kunnen zij het overstappen bemoeilijken of duurder maken en het risico meebrengen van een contractuele „lock-in”. Indien verschillende diensten en eindapparatuur binnen in een bundel onderworpen zijn aan uiteenlopende regels voor de beëindiging van het contract en het overstappen of voor contractuele verbintenissen inzake de aankoop van eindapparatuur, worden de consumenten effectief belemmerd in hun rechten uit hoofde van deze richtlijn om over te schakelen naar concurrerende aanbiedingen voor de hele bundel of delen daarvan. Sommige essentiële bepalingen van deze richtlijn inzake contractsamenvattende informatie, transparantie, contractduur, beëindiging van contracten en overstappen moeten daarom van toepassing zijn op alle onderdelen van een bundel, met inbegrip van eindapparatuur, andere diensten zoals digitale inhoud of digitale diensten, en elektronische communicatiediensten die niet rechtstreeks onder de werkingssfeer van deze bepalingen vallen. Alle eindgebruikersverplichtingen die uit hoofde van deze richtlijn van toepassing zijn op een bepaalde elektronische communicatiedienst die als een op zichzelf staande dienst wordt verstrekt of verkocht, moeten eveneens van toepassing zijn wanneer die dienst deel uitmaakt van een bundel met ten minste een internettoegangsdienst of een voor het publiek beschikbare nummergebaseerde interpersoonlijke communicatiedienst. Andere contractuele aangelegenheden, zoals de rechtsmiddelen die van toepassing zijn in geval van gebrek aan overeenstemming met het contract, moeten worden beheerst door de regels die van toepassing zijn op het desbetreffende onderdeel van de bundel, bijvoorbeeld door contractrechtelijke bepalingen voor de verkoop van goederen of de levering van digitale inhoud. Een recht om enig onderdeel van een bundel die ten minste een internettoegangsdienst of een voor het publiek beschikbare nummergebaseerde interpersoonlijke communicatiedienst omvat, vóór het einde van de overeengekomen contracttermijn te beëindigen vanwege non-conformiteit of leveringsverzuim, moet de consument echter het recht geven om alle onderdelen van de bundel te beëindigen. Tevens mogen consumenten, voor het behoud van hun mogelijkheid om gemakkelijk van aanbieder te veranderen, niet bij een aanbieder ingesloten worden („lock-in”) door middel van een contractuele feitelijke verlenging van de initiële contractperiode.'

en praktische problemen. Waar de *koper* van een gebrekkige zaak buiten de productieketen staat en de conformiteitseis impliceert dat hij van de *verkoper* kan verlangen dat deze het gebrek door herstel of nakoming wegneemt, moet de adreassaant van digitale-dienstverlening veelal eerst de *oorzaak* van de non-conformiteit van het resultaat vaststellen om te kunnen bepalen welke *wederpartij* hij moet aanspreken.¹⁶⁵ Zijn *feitelijke* wederpartij heeft, meestal in algemene voorwaarden, de verantwoordelijkheid voor feilen van anderen uitgesloten en, zolang hij niets heeft verkocht en EU-Richtlijn 2019/771 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen dus niet van toepassing is, die verantwoordelijkheid ook kunnen uitsluiten. Die *feitelijke* wederpartij heeft daar op zichzelf ook een belang bij omdat hij buiten staat is om alsnog een contractconform resultaat tot stand te brengen voor zover dat niet door zijn eigen prestatie wordt gerealiseerd: de verschillende diensten zijn zo verschillend van karakter dat van de ene dienstverlener in redelijkheid niet kan worden verlangd dat hij de dienst van de andere dienstverlener verricht. Noch het huidige contractenrecht¹⁶⁶ noch de Europese wetgever¹⁶⁷ biedt op dit moment voldoende respons aan problemen met contracten die strekken tot digitale-dienstverlening. Dat doet afbreuk aan het vertrouwen dat essentieel is voor een goed functionerende markt.

38. *Juridische bundeling van ontbundelde prestaties.* Voor de adreassaant van digitale-dienstverlening mag het wenselijk zijn dat zo veel mogelijk vanuit het klassieke, eenvoudige contractmodel wordt gedacht; zijn eigen prestatie is meestal enkelvoudig van aard en in elk geval eenvoudig te concretiseren: hij betaalt met geld en/of data, niet of nauwelijks anders dan wanneer hij partij bij een koopovereenkomst zou zijn. Wat rechtvaardigt dat hij een zwakkere rechtspositie heeft als hij niet een koopovereenkomst maar een overeenkomst van digitale-dienstverlening aangaat? Maar als de betrokken dienstverleners niet voor full service-dienstverlening kiezen, ligt het niet direct voor de hand om hen een rechtspositie op te leggen die vergelijkbaar is met die van de verkoper, in de vorm van een dwingendrechtelijke verantwoordelijkheid voor de contractconformiteit van het resultaat van een bundeling van een aantal prestaties, waarvan

165. Zie voor vergelijkbare problemen bij dienstverlening in het kader van geneeskundige behandeling (maar in het kader van aansprakelijkheid) C. Zegveld, *Netwerkaansprakelijkheid voor gebrekkige samenhangende zorg*, Tilburg: PrismaPrint 2018, p. 131 e.v.; C. Zegveld, 'De rechtvaardiging voor een netwerkaansprakelijkheid in de zorg', *AV&S* 2019/22, p. 112 e.v.

166. Teubner, *Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten*, t.a.p. (voetnoot 114), p. 155 e.v.; Mak, *Consumentenbescherming bij servitisation*, a.w. (voetnoot 33), p. 85 e.v.

167. C. Busch, 'Europäische Modellregeln für Online-Vermittlungsplattformen', in: P. Rott & K. Tonner (Hrsg.), *Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis. Sharing Economy, Online-Vertrieb, Geschäftsmodelle*, Baden-Baden: Nomos 2018, p. 150 e.v.

de zijne er slechts één is.¹⁶⁸ Van dat gegeven wordt handig gebruikgemaakt door internetplatforms, zoals Ebay en Marktplaats (gebruikte spullen), Deliveroo en Takeaway (maaltijden), Airbnb (logies), Uber (personenvervoer), TaskRabbit (klussen), Peerby (uitlenen). In hun contracten stellen zij veilig dat de prestaties die in hun bundeling het beoogde resultaat opleveren, *juridisch* worden *ontbundeld*; in juridische zin pretenderen platforms slechts de uitwisseling van goederen of diensten te faciliteren. Anders dan in hun presentatie aan hun potentiële afnemers marginaliseren ze in hun contracten hun eigen aandeel in het beoogde resultaat en leggen ze de nadruk op de prestatie van de partij die het *feitelijke* resultaat *karacteriseert* en daardoor het onderscheid met andere overeenkomsten van digitale-dienstverlening bepaalt; op die partij schuiven zij de verantwoordelijkheid voor de non-conformiteit van het resultaat af.¹⁶⁹ De advocaat-generaal bij het Europese Hof van Justitie Szpunar heeft die handelwijze ontmaskerd voor zover het Uber betreft,¹⁷⁰ maar door zijn slotsom dat de activiteit van Uber uit ‘één vervoersprestatie’ bestaat en dat deze prestatie, economisch gezien door of namens Uber wordt verricht en aldus aan de gebruikers wordt voorgesteld en door hen ervaren,¹⁷¹ perste hij de desbetreffende dienstverlening toch weer in een traditioneel contractmodel waarin twee enkelvoudige prestaties worden

168. Vgl. Teubner, *Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten*, t.a.p. (voetnoot 114), p. 202: ‘Ein Ausweg wäre, rechtliche Verantwortung nicht mehr “Personen” als Handlungsträgern, sondern nur noch identifizierbaren Handlungen, also einer “anonymen Matrix” von sozialen und digitalen Prozessen selbst (und nicht auf Strukturen) zuzurechnen. Die eigentlichen Zurechnungspunkte für Verantwortung wären dann autonome Entscheidungen und nicht mehr die Entscheidungsträger.’

169. J. Gurkmann, ‘Plattformen wollen nur Vermittler sein und jegliche Haftung ausschließen’, en I. Domurath, ‘Probleme bei der Einordnung von Plattformen als Vertragspartner’, beiden in: Rott & Tonner 2018 (Hrsg.), *Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis. Sharing Economy, Online-Vertrieb, Geschäftsmodelle*, a.w. (voetnoot 167), p. 41 e.v. respectievelijk p. 44 e.v.; F. Maultzsch, ‘Verantwortlichkeit der Plattformbetreiber’, in: Blaurock, Schmidt-Kessel & Erler (red.), *Plattformen. Geschäftsmodell und Verträge*, a.w. (voetnoot 47), p. 223 e.v.

170. Conclusie voor HvJ EU 20 december 2017, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 (*Elite Taxi/Uber Systems Spain*), sub 43: ‘In haar schriftelijke opmerkingen stelt Uber zich uitsluitend te beperken tot het bij elkaar brengen van vraag en aanbod (van stedelijk vervoer). Dat is mijns inziens echter een te beperkt beeld van haar rol. In feite doet Uber veel meer dan het bij elkaar brengen van vraag en aanbod: zij heeft dat aanbod zelf gecreëerd. Zij regelt eveneens de belangrijkste kenmerken en organiseert de werkwijze ervan.’ De advocaat-generaal bij de Cour de cassation Courcol-Bouchard is hem bijgevalen in haar conclusie (sub 2) voor Cour de cassation (soc.) 28 november 2018, no. 17-20079, ECLI:FR:CCASS:2018:SO01737, *Revue du droit du travail* 2018, p. 812 e.v., met betrekking tot maaltijdbezorgdienst *Take Eat Easy*. Zie over deze uitspraak ook Huet, *La relation qu’une plateforme entretient avec ceux qui s’exécutent pour elle peut être requalifiée en contrat de travail*, *Revue des contrats* 2019/3, p. 40 e.v.

171. Conclusie voor HvJ EU 20 december 2017, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 (*Elite Taxi/Uber Systems Spain*), sub 53, sub 63.

uitgewisseld. HvJ EU 20 december 2017, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 (*Elite Taxi/Uber Systems Spain*)¹⁷² besliste met meer oog voor de maatschappelijke werkelijkheid dat de bemiddelingsdienst van Uber in beginsel te onderscheiden is van de vervoerdienst zelf (rov. 34), maar wel moet worden beschouwd als *integrerend deel van een dienstenpakket waarvan het hoofdelement een vervoerdienst is* (rov. 40) waarmee de bemiddelingsdienst van Uber *onlosmakelijk is verbonden* (rov. 48).¹⁷³

Inderdaad lijkt het me een rechtvaardiging voor *juridische* bundeling van prestaties die in het kader van dienstverlening worden verricht, in die zin dat dan de verantwoordelijkheid voor de contractconformiteit van het resultaat wordt gecentraliseerd, dat de desbetreffende prestaties 'een integrerend deel van een dienstenpakket' vormen en *daarom* 'onlosmakelijk met elkaar verbonden' zijn. De professionele dienstverlener wiens dienst een integrerend onderdeel vormt van een dienstenpakket heeft bij het verlenen van zijn dienst een commercieel belang; hij breidt zijn bedrijfsactiviteiten uit en vergroot zijn winstpotentie. Verantwoordelijkheid voor het resultaat van het dienstenpakket, des dat hij door de afnemer op dat resultaat kan worden aangesproken, noopt de dienstverlener tot een zorgvuldige selectie van de dienstverleners wier prestatie een integrerend deel van het pakket vormt, en tot een zodanige organisatie van de verschillende prestaties dat de kans op non-conformiteit van het resultaat wordt geminimaliseerd en de oorzaak van en feitelijke verantwoordelijkheid voor onverhoopte non-conformiteit eenvoudig is vast te stellen. Dat is precies de ratio voor de aansprakelijkheid van de schuldenaar van een verbintenis voor fouten van zijn hulppersonen (6:76 BW).¹⁷⁴

39. *Een integrerend deel van een dienstenpakket.* De vraag *wanneer* een prestatie dan een integrerend deel uitmaakt van een dienstenpakket, is echter notoir lastig te beantwoorden,¹⁷⁵ zeker als daarbij in acht wordt genomen dat terughoudendheid op haar plaats is omdat de juridische

172. Zie ook HvJ EU 10 april 2018, C-320/16, ECLI:EU:C:2018:221 (*Uber France*).

173. Zie inmiddels ook de considerans, sub 18, bij EU-Richtlijn 2019/770 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten: 'Deze richtlijn moet van toepassing zijn op alle overeenkomsten waarbij de handelaar digitale inhoud of een digitale dienst aan de consument levert of zich ertoe verbindt die te leveren. Aanbieders van platformen kunnen uit hoofde van deze richtlijn als handelaren worden beschouwd indien zij handelen voor doeleinden die betrekking hebben op hun eigen bedrijf en als rechtstreekse contractpartij van de consument voor de levering van digitale inhoud of een digitale dienst. Het moet de lidstaten vrijstaan om de toepassing van deze richtlijn uit te breiden tot aanbieders van platformen die niet voldoen aan de vereisten om als handelaar in de zin van deze richtlijn te worden beschouwd.'

174. HR 21 mei 1999, NJ 1999, 733.

175. Zie S. van Dongen, *Groepen van contracten*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 219 e.v.

verbinding van overeenkomsten de noodzakelijke versimpeling en daarmee de bestaanbaarheid en werkbaarheid van het overeenkomstenrecht ondergraaft. De diensten die samen het volle genot van een intelligente zaak opleveren en als integrerend deel van het dienstenpakket kunnen worden aangemerkt, zijn de beschikbaarstelling van een zaak waarin computerprogramma's kunnen werken, software, informatie vanuit systemen waarmee de software verbonden is, updates, opslag, verwerking en toepassing van de gegevens die het gebruik van de intelligente zaak genereert, en applicaties – zowel van een betrokken partij als van derden – waarmee de software van de intelligente zaak op afstand kan worden bediend. Ook de financiering van het dienstenpakket kan daarvan een integrerend onderdeel zijn. De afnemer moet ook beschikken over elektriciteit en internet, maar een juridische bundeling van de prestatie van degene die de hardware of software beschikbaar stelt, met de prestatie van de energieleverancier en de prestatie van de internetprovider, lijkt me niet aan de orde. Ook voor de bundeling van de prestatie van het platform dat mij aan een vliegticket helpt (zoals Skyscanner) met de prestatie van de vliegmaatschappij, of een bundeling van de prestatie van het platform dat mij helpt aan een boeking in een hotel (zoals booking.com) met de prestatie van dat hotel, zie ik geen aanleiding. Maar het ligt mijns inziens anders als ik door middel van een internetplatform een dienst afneem die in de feitelijke presentatie en afwikkeling zodanig door het internetplatform wordt geregistreerd dat de verschillende diensten samenvloeien, dus een dienstenpakket worden. Ik zou dan ook voorstander zijn van de juridische bundeling van de dienstverlening van Airbnb en die van de partij wier accommodatie door bemiddeling van Airbnb wordt gereserveerd, in die gevallen waarin het aanbod van de desbetreffende accommodatie feitelijk tot de activiteiten van Airbnb is te herleiden en Airbnb een zekere, niet te verwaarlozen invloed uitoefent op de prestatie van de aanbieder van de accommodatie.¹⁷⁶ Ik vind het niet erg relevant dat de aanbieder van de accommodatie ook zelfstandig op de markt opereert of kan opereren, noch dat hij de kwaliteit van de accommodatie en zijn

176. Tribunal d'instance de Paris 6 februari 2018, no. 11-17-000190, www.jurislogement.org/wp-content/uploads/2018/06/II-de-Paris-6-f%C3%A9vrier-2018-11-17-000190.pdf, besliste dat Airbnb schadelijkt is jegens de eigenaar van een appartement dat door diens huurder, ongeoorloofd, gedurende meer dan een jaar via Airbnb was onderverhuurd. Airbnb werd verweten dat ze had nagelaten te onderzoeken of de huurder bevoegd was het appartement onder te verhuren en de huurder te waarschuwen dat hij de maximale termijn van verhuur via Airbnb overschreed.



prijs van zijn dienst bepaalt, maar juist op die omstandigheid baseert A-G Szpunar in zijn conclusie van 30 april 2019 (sub 55 e.v.) in zaak C-390/18, ECLI:EU:C:2019:336 (*Airbnb Ireland/AHTOP*) zijn standpunt dat Airbnb geen ‘beslissende invloed’ uitoefent op de prestatie die het feitelijke resultaat van het dienstenpakket karakteriseert en dat de beide prestaties daarom geen juridische verbinding hebben. Maar als de juridische bundeling van verschillende prestaties vergt dat die prestaties een *integrerend deel van één dienstenpakket* vormen, lijkt me niet doorslaggevend te moeten zijn of de aan te spreken partij ‘beslissende invloed’ op de kwaliteit van de verschillende prestaties heeft. Het gaat erom dat het ‘dienstenpakket’ *de facto* fungeert als één bron van verbintenissen of wellicht (zie hierna) één bron van één verbintenis, waarvan de afnemer de schuldeiser is, en die verplicht(en) tot een aantal prestaties die in hun bundeling tot het met het dienstenpakket beoogde resultaat leiden. In dat geval zou de ontbundeling die de verschillende dienstverleners in het kader van dat dienstenpakket bedingen, rechtens genegeerd moeten worden, en zou dat dienstenpakket dwingend moeten worden aangemerkt als één overeenkomst van dienstverlening. Onvermijdelijk vergt dit uitleg van de overeenkomsten die de afnemer met de verschillende dienstverleners sluit, met oog voor de omstandigheden van het geval, waaronder de gerechtvaardigde verwachtingen van de betrokken partijen, het tijdstip van totstandkoming van de verschillende overeenkomsten en de relatie tussen de verschillende dienstverleners (vgl. HR 23 januari 1998, NJ 1999/97 (inz. *Jans/FCN*)).

Juridische bundeling van de diensten die in het kader van een dienstenpakket worden verleend, verlost de afnemer van het risico van non-conformiteit dat verbonden is aan het feit dat de prestaties die tot het beoogde resultaat leiden, een slag later worden geassembleerd dan in geval van koop/verkoop. In zoverre wordt dan een wenselijke gelijkschakeling met de koopovereenkomst bereikt. Die gelijkschakeling vergt oog voor de realiteit dat de kenmerkende prestatie die in het kader van een overeenkomst wordt verricht, kan bestaan uit een assemblage van prestaties met verschillende wederpartijen die allen een prestatie verrichten die tegelijkertijd het voorwerp van een zelfstandige overeenkomst zijn of kunnen zijn. Uber bemiddelt en de chauffeur vervoert, maar dat gebeurt in het kader van een overkoepelende dienstverleningsovereenkomst die een verbintenisscheppende meerpartijenovereenkomst is en als zodanig noch vervoer noch bemiddeling is. Het volle genot van een smart car kan vergen dat de gebruiker een aantal overeenkomsten sluit, maar dat doet hij tegen de achtergrond van een overkoepelende, onbenoemde, verbintenisscheppende meerpartijen-dienstverleningsovereenkomst, die als zodanig noch koop, noch huur, noch opdracht, noch licentie is.

40. Een verbintenis met verschillende prestaties als inhoud? De centralisering van de verantwoordelijkheid voor de contractconformiteit zou kunnen worden gebaseerd op het ‘multiple-prestatiebegrip’ dat besloten ligt in HR 14 juni 2002, NJ 2002/495 (*Geldnet/Kwantum*). Geldnet had zich jegens Kwantum verbonden tot het vervoeren en tijdelijk bewaren van ruim fl. 125.000, maar tijdens de bewaring werd het geld uit het depot van Geldnet gestolen, waardoor Geldnet het geld niet kon afleveren bij de bank. Omdat bij de diefstal een medewerker van Geldnet was betrokken, rees de vraag of de tekortkoming van Geldnet op de voet van art. 6:76 BW aan haar kon worden toegerekend. Nu zijn het vervoeren van het geld en het opslaan daarvan twee van elkaar te onderscheiden prestaties, en ik zou menen dat het vervoeren van het geld de prestatie was die Geldnet krachtens de *hoofdverbintenis* van een vervoersovereenkomst moest verrichten, en de bewaring van het geld een prestatie uit een *nevenverbintenis* uit diezelfde vervoersovereenkomst. Maar de Hoge Raad overwoog dat ‘[d]e verbintenis van Geldnet waarom het hier gaat, strekte tot vervoer en opslag van geld van Kwantum (...)’.

Blijkbaar kan één verbintenis dus verplichten tot het verrichten van verschillende prestaties. De schuldenaar wordt op de (niet-)nakoming van een *verbintenis*, niet op de (niet-)nakoming van een prestatie aangesproken (art. 6:74 BW).¹⁷⁷ In een digitale-dienstverleningsovereenkomst kan de juridische bundeling van prestaties dan vrij eenvoudig gerealiseerd worden, namelijk door ze onder één verbintenis te scharen, waarbij door middel van uitleg van de overeenkomst kan worden bepaald welke prestaties dat zijn. Op *iedere* wederpartij van de afnemer zou dan – zoals in het geval van hoofdelijke aansprakelijkheid – dezelfde verbintenis rusten, strekkend tot een contractconform resultaat. Iedere wederpartij zou rechtens als de digitale-dienstverlener gekwalificeerd kunnen worden, ongeacht de prestatie die hij feitelijk zelf op zich heeft genomen. Dat gaat verder dan wat de Hoge Raad aanvaardbaar acht: volgens HR 20 januari 2012, NJ 2012/60 (*AgfaPhoto Finance/Foto Noort*) kan het achterblijven van de

177. Er bestaat in het contractenrecht geen volstreekte duidelijkheid over het juiste antwoord op de vraag wat we moeten verstaan onder het nakomen van een verbintenis respectievelijk het verrichten van de prestatie die krachtens een verbintenis moet worden verricht. Vgl. G. Beckhaus, *Die Rechtsnatur der Erfüllung. Eine kritische Betrachtung der Erfüllungstheorien unter besonderer Berücksichtigung der Schuldrechtsmodernisierung*, Tübingen: Mohr Siebeck 2013, p. 5 e.v. Zie ook MünchKomm/Bachmann, par. 241 BGB, 8. Aufl., München: Beck 2019, Rdnr. 17: ‘Eine allgemeingültige Definition wäre auch nicht sinnvoll, weil der Begriff der „Leistung“, der in vielen Normen des allgemeinen Schuldrechts auftaucht, nicht notwendig ein einheitlicher ist. Spezifiziert wird er durch Parteivereinbarung, ergänzende Vertragsauslegung und (dispositives) Gesetzesrecht (vgl. insbesondere §§ 242–271).’ Ik heb er al eens op gewezen dat zich dit wreekt in de discussie over de onmogelijkheid van nakoming. Zie A.C. van Schaick, ‘Blijvende onmogelijkheid’, *NTBR* 2012/40, p. 287 e.v., par. II.

prestatie van één van de dienstverleners alleen gevolgen hebben voor de *gebondenheid* van de afnemer aan de nauw verbonden overeenkomst met een andere dienstverlener, maar niet een bron zijn van *aansprakelijkheid* van die andere dienstverlener voor de schade van de afnemer.

In paragraaf 5 van dit preadvies bespreek ik wat de gevolgen van non-conformiteit zouden moeten zijn.

(iv) *De kenmerkende prestatie*

41. *Eigendom als bijzaak.* In het digitale tijdperk zijn we vaak niet geïnteresseerd in zaken als zodanig. We kopen een smartphone, maar het gaat ons niet in de eerste plaats om het tastbare object dat we smartphone (beter: smart device) noemen. Het is ons niet te doen om ‘het meest omvattende recht’ (art. 5:1 BW) op de gedigitaliseerde zaak. Het is ons vooral te doen om datgene waartoe de smartphone ons in staat stelt: het volle, onbelemmerde genot van diensten die met de smartphone bereikbaar worden.¹⁷⁸ Dat genot hebben we bij de gratie van de digitale functies van de smartphone. Die digitale functies veranderen dagelijks, ze worden aangepast, verruimd maar ook beperkt, ze werken samen met software die in andere hardware is verwerkt of in de cloud beschikbaar is, derden hebben daartoe digitale toegang tot de software die we gebruiken, ze verzamelen en verwerken data en beïnvloeden ons gebruik, openlijk en minder openlijk. De gebruiksgegevens zijn niet alleen noodzakelijk voor het verrichten van de dienst, ze leveren ook waardevolle informatie op, waarmee de software kan worden verbeterd, zowel in objectieve als in subjectieve zin, wat de gebruikswaarde weer verhoogt. Updates zijn aan de orde van de dag.

Ook als we een gerobotiseerde zaak aanschaffen, een auto, ijskast, televisie, wasmachine, een onderhoudssysteem, is het ons niet, en in elk geval niet uitsluitend om het stoffelijke object te doen. Er schuilt essentiële meerwaarde in de software die de zaak regeert, in die zin dat de zaak zonder werkende, geactualiseerde software niet of niet volledig functioneert. De software heeft een verbinding met het internet en via het internet met software in andere zaken, ze genereert gegevens die worden opgeslagen en weer gebruikt, en geeft ook op afstand macht over en functie aan de zaak. Het tastbare aspect van de zaak wordt ondergeschikt, bijzaak, een hulpfunctie. Daarmee is eigendom van de zaak niet langer relevant. De *feitelijke macht* over de zaak is een voorwaarde om het beoogde genot te

178. M. Röglinger & N. Urbach, ‘Digitale Geschäftsmodelle im Internet der Dinge’, in: Schmidt-Kessel & Kramme (Hrsg.), *Geschäftsmodelle in der digitalen Welt*, a.w. (voetnoot 100), p. 77 e.v., p. 94: ‘(...) das smarte vernetzte Dinge zwar immer noch einen physischen Kern haben, ihr Wert sich aus Kundensicht jedoch zunehmend über Softwarefunktionen und Mobile-App-Schnittstellen entfaltet.’

hebben, en dat genot is de hoofdfunctie, dat verschaft luxe, gemak, de lifestyle waaraan we onze status ontleen. Voor zover ten behoeve van die feitelijke macht de *eigendom* van de zaak aan ons wordt overgedragen, is die eigendomsoverdracht ondergeschikt aan het *genot* dat met de eigendom meekomt. Natuurlijk geldt voor de meeste koopovereenkomsten dat de eigendomsverkrijging die er het gevolg van is, instrumenteel en daarmee ondergeschikt aan een achterliggend doel is, maar in de digitale wereld speelt de eigendomsoverdracht een ondergeschikte rol zoals zij dat in het kader van een overeenkomst van aanneming van werk kan doen: zij doet dan niets af aan de kwalificatie van de overeenkomst als een overeenkomst van aanneming van werk.¹⁷⁹ Om onze lifestyle vorm en inhoud te kunnen geven, behoeven we *genot*, van zaken waarin software de primaire materie is en waarbij dienstverlening dan ook centraal staat. Dat wordt miskend in art. 3 lid 3 van EU-Richtlijn 2019/770 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten en in art. 3 lid 4 van EU-Richtlijn 2019/771 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, waar de overeenkomst krachtens welke de verlening van digitale diensten wordt gecombineerd met de levering van een zaak, wordt gekwalificeerd als een *koopovereenkomst*, ongeacht de vraag welk aspect de boventoon voert.¹⁸⁰ Naar mijn mening berusten de bepalingen op een verouderd maatschappijbeeld; ze zijn in feite de (huidige) wereld op haar kop. En hetzelfde zou ik zeggen van HR 13 juni 2014, NJ 2015/477 (*Lindorff/Statia*), waarbij de overeenkomst met betrekking tot een telefoonabonnement inclusief *smartphone* werd aangemerkt als een koop en verkoop op afbetaling als bedoeld in art. 7A:1576 lid 1 (oud) BW, op de onjuiste en in elk geval onbewezen – maar volgens annotator Hijma: overtuigende – grond dat ‘moet worden aangenomen dat een consument doorgaans tot het afsluiten van een nieuw telefoonabonnement inclusief toestel (zoals hiervoor in paragraaf 3 (ii) omschreven) overgaat mede met het oog op het in *eigendom* verkrijgen van een dergelijke mobiele telefoon’. (curs. toegev.)¹⁸¹

179. Vgl. Asser/Van den Berg 7-VI 2017/34a. Zie ook HvJ EU 7 september 2017, C-247/16, RvdW 2018/58 (*Schottelius/Siefert*), rov. 44-46. Zie voorts Maissen, Service, Kauf oder Nutzungsberechtigung – Vertragstypen bei digitalen Inhalten, t.a.p. (voetnoot 100), p. 102 e.v.

180. Sauphanor-Brouillod/Aubert de Vincelles/Brunaux/Usunier, *Les contrats de consommation*, a.w. (voetnoot 42), nr. 995. Zie ook D.J.B. Op Heij, ‘De gebruiksfunctie voor de consument als uitgangspunt bij de definiëring van het begrip “digitale inhoud”’, TvC 2017/4, p. 157 e.v.

181. Zie ook HR 12 februari 2016, NJ 2017/282 (*Lindorff/Nazier*). Kritisch over deze arresten zijn ook N. Huppés, C.M.D.S. Pavillon & T.L. Wildenbeest, ‘De fabel van het gratis mobieltje’, NTBR 2019/5, p. 20 e.v. Zie voor min of meer dezelfde discussie in Frankrijk C. Grimaldi, ‘La subvention d’un téléphone par un opérateur de téléphonie mobile; un crédit à la consommation?’, *Rec. Dall.* 2019, p. 1182 e.v.

42. *Genot als contractueel doel*. Steeds meer strekken overeenkomsten tot het gedurende zekere tijd verschaffen van het recht op een bepaald genot, eventueel in combinatie met een zaak die het genot mogelijk maakt, tegen betaling gedurende die zekere tijd van een vergoeding (abonnementsgeld), mogelijk naast een eenmalig bedrag. Op het eerste gezicht hoeft de positie van de partij die genot verschaft, een dienstverlener, geen andere te zijn dan de positie van de verkoper. We kunnen van de dienstverlener verlangen wat we van de verkoper verlangen: dat zijn prestatie contractconform is, dat wil zeggen dat zij aan de overeenkomst – dus aan de legitieme verwachtingen van de wederpartij – beantwoordt. Maar in werkelijkheid verschillen de eisen die we aan de dienstverlener, in het bijzonder aan de digitale-dienstverlener stellen, wezenlijk.¹⁸² Daarom is er aanleiding om de overeenkomst van digitale-dienstverlening anders te benaderen dan de koopovereenkomst.

43. *Digitale-dienstverlening en contractconformiteit*. Een zaak verouderd en slijt door gebruik, en het is de *eigenaar* – dus de koper – die beslist of hij het genotsverlies dat met het proces van veroudering en slijtage gepaard gaat, tegengaat door onderhoud, herstel of vernieuwing. De verkoper van de zaak garandeert van rechtswege (art. 7:17 lid 1 BW) de conformiteit van de zaak *op het moment van de aflevering* ervan; als een gebrek niet tot dat afleveringsmoment te herleiden is, is de verkoper niet aan te spreken.¹⁸³ De karakteristieke prestatie van de digitale-dienstverlener is echter dynamisch en daardoor in wezen vaag.¹⁸⁴ Er kunnen zich problemen voordoen met betrekking tot het genot van de dienst als zodanig (geen of haperende werking van de dienst, hetzij als gevolg van zogenaamde ‘bugs’ in een eerste versie, hetzij na verloop van tijd als gevolg van een update of als gevolg van incompatibiliteit met andere software¹⁸⁵), met betrekking tot de inhoud en omvang van het recht op het genot (geoblocking en overdraagbaarheid), met betrekking tot de tegenprestatie (geld en/of data), en met betrekking tot de beëindiging van het genot (behoud

182. Vgl. D.J.B. Op Heij, ‘Nakoming: een geschikte remedie voor overeenkomsten tot levering van digitale inhoud?’, *TvC* 2015, p. 55 e.v.; Sauphanor-Brouillod/Aubert de Vincelles/Brunaux/Usunier, *Les contrats de consommation*, a.w. (voetnoot 42), nr. 159 e.v.

183. Zie bijvoorbeeld HR 15 februari 2019, NJ 2019/92: ‘Na verwijzing dient te worden vastgesteld welk gebrek of welke gebreken [eisers] aan hun vordering ten grondslag hebben gelegd (vgl. HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1077, rov. 3.3.4 (ABN AMRO/Botersloot)). Aan de hand hiervan dient beoordeeld te worden of het paard op het moment van levering niet aan de overeenkomst beantwoordde en of [eisers] [verweerder] hiervan binnen bekwame tijd na ontdekking kennis hebben gegeven.’

184. Vgl. T. Riehm, ‘Updates, Patches & Co. – Schutz nachwirkender Qualitätserwartungen’, in: Schmidt-Kessel & Kramme (Hrsg.), *Geschäftsmodelle in der digitalen Welt*, a.w. (voetnoot 100), p. 201 e.v.

185. Vgl. Riehm, Updates, Patches & Co. – Schutz nachwirkender Qualitätserwartungen, t.a.p. (voetnoot 184), p. 201 e.v.

en voortgezet gebruik van data; negatieve invloed op het genot van andere diensten). De prestatie van de dienstverlener moet op elk moment het genot verschaffen waarop de overeenkomst recht geeft; zijn prestatie moet ook steeds geactualiseerd worden.¹⁸⁶ Door aanpassingen van de software die de dienstverlener updates noemt, in algemene voorwaarden die hij, bij gelegenheid van die updates, evenzeer verandert, zwelt zijn prestatie niet alleen aan, maar ze krimpt ook: wat gisteren nog mogelijk was, is vandaag uitgesloten. De overeenkomst staat niet alleen toe dat functies, boeken, films of muziek aan het dienstenpakket worden toegevoegd maar ook dat ze eruit worden verwijderd. Aan dat laatste moeten we wennen,¹⁸⁷ zo gewoon als we zijn dat wat we krijgen, aan ons toebehoort en blijft toebehoren. Wie het niet accepteert, kan de overeenkomst beëindigen, maar ongewijzigde voortzetting van de dienst kan hij niet vorderen. Bij beëindiging van de overeenkomst eindigt de toegang tot de dienst en dus het genot ervan. De dienstverlener beperkt – soms noodgedwongen – het genot van zijn dienst in omvang, tijd en plaats, hij verbiedt het maken van kopieën en maakt beschikkingshandelingen met betrekking tot zijn dienst onmogelijk. Er is al met al geen sprake van koop noch van een rechtsgevolg dat met eigendomsoverdracht is te vergelijken. De digitale-dienstverleningsovereenkomst is niet alleen een overkoepelende meerpartijenovereenkomst, zij is ook een duurovereenkomst, waarin gedurende de looptijd van de overeenkomst een dienst van veranderlijke en veranderende inhoud wordt verleend. Uit deze duurovereenkomst ontspruit een duurverbintenis.¹⁸⁸ De prestatie van de digitale-dienstverlener die het voorwerp van die duurverbintenis is, is minder eenvoudig te identificeren en concretiseren dan de prestatie van de verkoper – en dat bemoeilijkt uiteraard het antwoord op de vraag of die prestatie contractconform is verricht. Het is niet alleen – zoals bij de koopovereenkomst – een uitlegkwestie, maar ook een *uitvoerings*kwestie.

186. Zie de procedure tussen de Consumentenbond en Samsung over het updaten van de Android-software van smartphones: Rb. Den Haag 30 mei 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6310, TvC 2018, p. 310, m.nt. P.T.J. Wolters.

187. Zie bijvoorbeeld het bericht 'Spotify laat consument in de kou staan', van de Belgische consumentenorganisatie Test-Aankoop (www.test-aankoop.be).



188. Vgl. W. Doralt, *Langzeitverträge*, Tübingen: Mohr Siebeck 2018, p. 7 e.v.

5. Contractuele remedies

(i) Inleiding

44. *Koopremedies en dienstverleningsovereenkomsten.* In een koopovereenkomst met een eenmalige uitwisseling van een zaak tegen een som geld hebben de bekende contractuele remedies een andere zin en een ander effect dan in een overeenkomst van digitale-dienstverlening, die een meerpartijen-duurovereenkomst is. In deze paragraaf onderzoek ik hoe de bekende, op een koopcontractenrecht afgestemde remedies een zinvolle functie kunnen vervullen in het kader van de niet-nakoming van verplichtingen uit de digitale-dienstverleningsovereenkomst. Ik concentreer me op de remedies nakoming, ontbinding, schadevergoeding en opschorting.

45. *Conformiteit en nakoming als uitgangspunt.* Mijn uitgangspunt is dat de conformiteitseis ook van toepassing is op de overeenkomst van digitale-dienstverlening, dat wil zeggen dat de prestaties die ingevolge de verbintenissen uit een digitale-dienstverleningsovereenkomst worden verricht, moeten beantwoorden aan de legitieme verwachtingen die de contractspartijen van die prestaties hebben.

Wie in het huidige contractenrecht een andere prestatie verricht dan het leveren, in eigendom overdragen en afleveren van een zaak, pleegt op vergelijkbare wijze te worden behandeld als een verkoper. Ook de dienstverlener, de advocaat of belastingadviseur die een advies geeft, de aannemer die een werk oplevert, de bewaarnemer die een zaak bewaart, de verhuurder die huurgenot verschaft, staat in voor een prestatie die aan de overeenkomst beantwoordt. De vraag óf de prestatie aan de overeenkomst beantwoordt, is een uitlegkwestie; hij wordt beantwoord aan de hand van de haviltex-maatstaf, door vergelijking van de prestatie die op het overeengekomen moment van af- of oplevering werd verricht, met de prestatie die op dat moment moest worden verricht. Als non-conformiteit blijkt, kan de afnemer tegen de dienstverlener een nakomings-, ontbindings- en/of schadevergoedingsvordering instellen. Een nakomingsactie kan afstuiten op (blijvende) onmogelijkheid,¹⁸⁹ maar dat geldt niet voor een ontbindingsactie (art. 6:265 lid 2 BW) of een schadevergoedingsactie (art. 6:87 BW). Bij wijze van uitgangspunt¹⁹⁰ kan een professionele partij

189. HR 21 mei 1976, NJ 1977/73 (*Oosterhuis/Unigro*); HR 27 juni 1997, NJ 1997/641 (*Budde/Toa Moa*); HR 27 juni 1997, NJ 1997/719 (*Setz/Brunings*). Zie ook J.J. van der Helm, *Het rechterlijk bevel en verbod*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 42 e.v.

190. Vgl. HR 27 april 2001, NJ 2002/213 (*Oerlemans Agro/Driessen*). In zijn conclusie (sub 15) voor het arrest schrijft A-G Hartkamp dat een contractuele exoneration – buiten het bereik van de consumentenkoop – mogelijk, vrij gebruikelijk en niet snel onredelijk bezwarend zal zijn.

een schadevergoedingsvordering niet afweren door de stelling dat hij op het ontstaan van de schade geen invloed heeft gehad.

In het huidige contractenrecht is de remedie ‘nakoming’ – de remedie die geen verzuim van de schuldenaar vergt (art. 3:296 BW) – logisch met de conformiteitseis verbonden; hoewel daar geen dwingende reden voor lijkt te zijn,¹⁹¹ staat de remedie zelfs voorop.¹⁹² De verkoper is wellicht buiten staat om de zaak die niet aan de overeenkomst beantwoordt, door aanvulling (art. 7:21 lid 1 sub a BW) of herstel (art. 7:21 lid 1 sub b BW) alsnog in de staat te brengen waarin zij behoort te verkeren, maar de verkoper kan de zaak allicht vervangen (art. 7:21 lid 1 sub c BW). Evengoed kan de dienstverlener de verschuldigde prestatie in veel gevallen alsnog contractconform verrichten of doen verrichten. Nakoming biedt de schuldenaar die aanvankelijk gebrekkig presteerde, de gelegenheid om een nadere prestatie te verrichten opdat het uiteindelijke resultaat zo precies mogelijk aansluit bij wat de verbintenis die op hem rust, vergt. De zogenaamde ‘Nacherfüllung’, de aanvulling, het herstel of de vervanging van een gebrekkige prestatie geldt als ‘nakoming’ van de verbintenis.¹⁹³

46. *Conformiteit en digitale-dienstverlening.* Hiervoor (nr. 43) beschreef ik de digitale-dienstverleningsovereenkomst als een meerpartijen-duurovereenkomst, met veranderlijke, aanzwellende en krimpende inhoud, waardoor de conformiteitseis meer en anders inhoudt dan de eis dat de zaak of dienst op het moment van op- of aflevering aan de overeenkomst beantwoordt. De gedigitaliseerde koelkast die contractconform koelt maar niet of niet goed samenwerkt met een smart device, geen of verkeerde bestellingen plaatst, bestelt tegen de verkeerde prijs of op het verkeerde tijdstip, of bij het sluiten van transacties data lekt, beantwoordt niet aan de overeenkomst,¹⁹⁴ ook niet als de bewuste gebrekkige prestatie geen relatie heeft met het moment waarop de koelkast in de woning van de gebruiker werd geïnstalleerd, maar bijvoorbeeld uit een update of toe-

191. S. Jansen, *Consumer Sales Remedies in US and EU Comparative Perspective*, Cambridge: Intersentia 2018, p. 13 e.v., p. 165 e.v.

192. Vgl. Coing, *Europäisches Privatrecht 1800 bis 1914, Bd. II, 19. Jahrhundert*, a.w. (voetnoot 23), p. 461: ‘Im deutschen Pandektenrecht setzt sich unter dem Einfluß von Friedrich Mommsen die Lehre durch, daß im Schuldverhältnis die vereinbarte Leistung als primär geschuldet, die Ersatzpflicht aber als sekundäre Leistung anzusehen sei. Sie ist noch heute in der deutschen Dogmatik herrschend.’ D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming*, Deventer: Kluwer 2009, p. 11 e.v.; T. Riehm, *Der Grundsatz der Naturalerfüllung*, Tübingen: Mohr Siebeck 2015, p. 64 e.v.; R. Schulze/Zoll, *European Contract Law*, 2nd ed., Baden-Baden: Nomos/Beck/Hart 2018, p. 257 e.v.

193. Vgl. Asser/Hijma 7-I 2019/383 e.v.; H. Kim, *Die Nacherfüllung als Rechtsbehelf des Käufers nach CISG, deutschem und koreanischem Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2014, p. 1 e.v.

194. C. Wendehorst, ‘Consumer contracts and the Internet of Things’, in: R. Schulze/Staudenmayer (red.), *Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice*, Baden-Baden: Nomos 2016, p. 212.

voeging van een dienst voortvloeit. Contractconformiteit in het kader van een overeenkomst van digitale-dienstverlening is minder eenvoudig te vertalen naar een kenmerkende prestatie, omdat die kenmerkende prestatie een assemblage is van prestaties van verschillende partijen, wier prestatie tegelijkertijd het voorwerp van een zelfstandige overeenkomst is of kan zijn. Ik heb mij hiervoor (paragraaf 4 (iii)) sterk gemaakt voor centralisering van de verantwoordelijkheid voor de contractconformiteit lopende de duurovereenkomst, maar de concretisering van dat pleidooi opgehouden tot de onderhavige paragraaf.

(ii) *Een praktijkgeval*

47. *Smart water control*. Volgens haar website (www.gardena.com) was de bekende Duitse onderneming Gardena ten tijde van haar oprichting in 1961 een kleine handelsfirma in tuingereedschap. In de meer dan vijftig jaar die sindsdien zijn verstreken, is Gardena uitgegroeid tot een gerenommeerde fabrikant van intelligente producten en systemen voor tuinverzorging. Sinds 2016 biedt Gardena een digitaal tuinonderhouds-systeem aan. Dat systeem automatiseert het tuinonderhoud onder meer door *smart water control*. De gebruiker prikt een paaltje met een smart sensor in de grond. De sensor meet licht, luchtvochtigheid en bodemgesteldheid. Een smart besproeiingscomputer is op een tuinkraan aangesloten. De internet-communicatie tussen sensor, besproeiingscomputer en smart device verloopt via een smart gateway, die is aangesloten op de router in huis. Zodra en zolang de sensor waterbehoefte meet, zet de besproeiingscomputer het tuinsproeisysteem in werking. Gazon en tuinplanten krijgen zo automatisch precies de hoeveelheid water waaraan zij behoefte hebben; nooit te veel en nooit te weinig. ‘Hoe lang u ook weg bent, u komt altijd thuis met een perfect onderhouden tuin.’ De bijbehorende ‘Gardena smart app’ geeft ‘altijd en overal controle over uw tuin’.

Althans, dat is de pretentie van Gardena.¹⁹⁵ Maar op donderdag 10 augustus 2017 werden zo’n 100 afnemers van het intelligente systeem ernstig gedupeerd. Midden in de zomer werden door ‘technische problemen’ hun gebruikersgegevens gewist. Zolang de afnemers het intelligente tuinonderhoudssysteem thuis niet hadden gereset, werden hun tuinen

195. www.gardena.com/nl/tuin-leven/news/smart-garden-expert/.



niet meer door middel van het systeem besproeid.¹⁹⁶ Wat is de juridische positie van de afnemer van het intelligente tuinonderhoudssysteem die bij terugkeer van vakantie zijn tuin niet in de beloofde ‘perfect onderhouden’ maar juist in verdorde staat aantreft?

Als de afnemer de smart sensor, smart besproeiingscomputer en gateway heeft *gekocht*, kan hij op grond van art. 3 lid 3 jo. art. 6, 7 en 13 van EU-Richtlijn 2019/771 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen de traditionele remedies inzetten tegen de *verkoper* van de *zaken*, ook als het intelligente systeem op het moment van aflevering beantwoordde aan de koopovereenkomst en de non-conformiteit bijvoorbeeld is veroorzaakt door een software-update. Als de afnemer met betrekking tot de software een aparte overeenkomst heeft gesloten, kan hij dezelfde remedies inzetten tegen de softwarebouwer.¹⁹⁷ Maar EU-Richtlijn 2019/771 is niet van toepassing als de afnemer niets heeft gekocht, maar – zoals steeds meer het geval zal zijn – de intelligente zaken heeft geleast en het intelligente systeem een optelsom is van overeenkomsten van dienstverlening. In de volgende paragrafen ga ik van dit laatste uit.

(iii) *De remedie ‘ontbinding’*

48. *Ontbinding van de ‘overkoepelende overeenkomst’.* Zou de afnemer van het intelligente tuinonderhoudssysteem de bevoegdheid hebben om alle overeenkomsten te ontbinden als hij bij terugkeer van vakantie een verdorde tuin aantreft? Zo ja, wat houdt dat recht op ontbinding dan in en tegen wie moet het worden uitgeoefend?

Het beloofde resultaat van de bundeling van de verschillende diensten die het tuinonderhoudssysteem bij de afnemer oplevert, was dat de tuin bij voortdurend in een perfect onderhouden, gezonde staat zou verkeren. Als een defect in de sensor, de besproeiingscomputer, de gateway of de smart device, een fout in de software, een storing bij de cloudservice of een storing in de internetverbinding leidt tot non-conformiteit van de overkoepelende digitale-dienstverleningsovereenkomst – een al dan niet

196. www.golem.de/news/gardena-smart-garden-serverabsturz-macht-den-garten-dumm-1708-129495.html. Ik ontleen het voorbeeld aan M. Grünberger, ‘Verträge über digitale Güter’, *AcP* 218 (2018), p. 286.



197. Zie ook de considerans, sub 14-15, bij de richtlijn.

tijdelijke verdorring van de tuin –, zou de desbetreffende tekortkoming op zichzelf de ontbinding van de sub-overeenkomst met de desbetreffende dienstverlener rechtvaardigen; bij de huidige stand van de rechtspraak van de Hoge Raad is zelfs geen verzuim vereist.¹⁹⁸ De rechtspraak van diezelfde Hoge Raad biedt een aanknopingspunt voor de visie dat bijvoorbeeld een gebrek in de software niet alleen de ontbinding rechtvaardigt van de sub-overeenkomst met de partij die de software heeft ontworpen of geüpdatet, maar (desgewenst) ook van de sub-overeenkomsten met de dienstverleners wier prestatie een integrerend deel van het dienstenpakket uitmaakt en die hun eigen overeenkomst met de afnemer wel contractconform zijn nagekomen.¹⁹⁹ In wezen verschaft de gebrekkige prestatie die een integrerend deel van een dienstenpakket uitmaakt, dus een bevoegdheid om de overkoepelende dienstverleningsovereenkomst te ontbinden. Dat sluit op zichzelf aan bij de regel van art. 6:265 lid 1 BW, dat *iedere* tekortkoming in de nakoming van een van de verbintenissen uit een wederkerige overeenkomst, de schuldeiser in beginsel een ontbindingsbevoegdheid oplevert.

Deze oplossing – een oplossing die past bij het fenomeen dat *diensten* pas bij de afnemer tot het beoogde resultaat worden geassembleerd, en een oplossing die (dus) steeds vaker opduikt²⁰⁰ – kan de afnemer enige

198. HR 11 januari 2002, NJ 2003/255 (*Schwartz/Gnjatovic*): ‘Indien een partij is tekortgeschoten in de nakoming van een dergelijke verplichting, kan deze weliswaar in de toekomst alsnog worden nagekomen, maar daarmee wordt de tekortkoming in het verleden niet ongedaan gemaakt en wat deze tekortkoming betreft is nakoming dan ook niet meer mogelijk.’ Zie ook HR 20 januari 2006, NJ 2006/80 (*Robinson/Molenaar*); HR 22 juni 2007, NJ 2007/343 (*Fisser/Tycho*). Vgl. Asser/Sieburgh 6-I 2016/383 sub e; F. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten*, MBW B58, 2e dr., Deventer: Kluwer 2011, nr. 28. Ik heb mij tegen deze rechtspraak verzet: A.C. van Schaick, Blijvende onmogelijkheid, t.a.p. (voetnoot 177), p. 287 e.v., par. V.

199. HR 23 januari 1998, NJ 1999/97 (*Jans/FCN*); HR 14 januari 2000, NJ 2000/307 (*Meissner Von Hohenmeiss/Arenda*); HR 20 januari 2012, NJ 2012/60 (*AgfaPhoto Finance/Foto Noort*); HR 10 augustus 2012, NJ 2012/486 (*Pocornij/Defam*); HR 11 juli 2014, NJ 2015/2 (*Eneco/Ronde van Nederland*); HR 14 september 2018, RvdW 2018/1030 (*X/Bast*).

200. Vgl. art. 7:510 lid 8 BW en art. 7:511 lid 1 BW met betrekking tot pakketreizen; art. 107 lid 2 (gebundelde aanbiedingen) van EU-Richtlijn 2018/1972 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie. Andere voorbeelden van centralisering van aansprakelijkheid in het kader van dienstverlening: art. 7:462 BW (aansprakelijkheid ziekenhuis voor tekortkomingen in de uitvoering van verbintenissen uit een geneeskundige behandelingsovereenkomst); art. 26 lid 3 AVG (gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijkheid) en in verband daarmee HvJ EU 5 juni 2018, C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388 (*Wirtschaftsakademie*), HvJ EU 10 juli 2018, C-25/17 (*Jehova-getuigen*) ECLI:EU:C:2018:551 en HvJ EU 29 juli 2019, C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629 (*Fashion ID*); art. 2:96 jo. art. 2:97 lid 5 Wft (verantwoordelijkheid beleggingsonderneming voor verbonden agent). Zie voorts art. 17 EG-Verordening (EG) 178/2002 tot vaststelling van de algemene beginselen en voorschriften van de levensmiddelenwetgeving, tot oprichting van een Europese Autoriteit voor voedselveiligheid en tot vaststelling van procedures voor voedselveiligheidsaangelegenheden, waarin de exploitanten van

verlichting bieden: het verweer van de *software*bouwer dat het feilen van het intelligente tuinonderhoudssysteem door een andere contractspartij van de afnemer moet zijn veroorzaakt, lijkt in het kader van de remedie ontbinding irrelevant omdat ook de tekortkoming van een andere dienstverlener de ontbinding van alle samenhangende overeenkomsten – in wezen dus: de ontbinding van de overkoepelende digitale-dienstverleningsovereenkomst – rechtvaardigt.²⁰¹

49. *Ontbinding alleen voor de toekomst.* Anders dan wanneer wordt geconstateerd dat de afgeleverde zaak niet aan de koopovereenkomst beantwoordt, is met de constatering dat de digitale dienst niet contractconform is, nog niet gezegd dat de dienst al op het moment van de totstandkoming van de overeenkomst niet contractconform was. Ook op dit punt is er aanleiding om afstand te nemen van de fixatie op het koopcontractenrecht. Het mag logisch zijn dat de ontbinding die volgt op de constatering van non-conformiteit van de verkochte zaak, bij wijze van uitgangspunt verplicht tot ongedaanmaking van de prestaties die krachtens en sinds het sluiten van de koopovereenkomst zijn verricht (art. 6:265 jo. art. 6:271 BW), er is goede reden om de rechtsgevolgen van ontbinding wegens non-conformiteit van digitale-dienstverlening bij wijze van uitgangspunt te beperken tot de toekomst.²⁰² Als het intelligente tuinonderhoudssysteem een jaar lang vlekkeloos heeft gefunctioneerd en een software-update aan de basis staat van de tekortkoming die de aanleiding voor de ontbinding van de overeenkomsten is, lijkt art. 6:271 BW tot praktische, en in het licht van art. 6:272 BW zelfs zinloze en onwenselijke problemen te leiden. Als een gebrekkige sensor de stoot tot ontbinding vormt, gaat het te ver om van de cloudservice-dienstverlener te eisen dat hij op de voet van art. 6:272 BW een waardevergoeding betaalt voor zover hij de dataverstrekking door de afnemer uit het verleden niet ongedaan kan maken. De schuldeiser zou de overeenkomst alleen partieel, te weten niet verder dan vanaf het tijdstip van de tekortkoming die de non-conformiteit heeft veroorzaakt, moeten kunnen ontbinden.²⁰³ Volgens de rechtspraak van de

levensmiddelenbedrijven en diervoederbedrijven verantwoordelijk worden gemaakt voor ‘alle stadia van de productie, verwerking en distributie in de bedrijven onder hun beheer’.

201. Zie de noot (sub 9e) van Vranken onder HR 23 januari 1998, NJ 1999/97 (*Jans/FCN*).

202. Zie reeds, met betrekking tot ‘Dauerschuldverhältnisse’, H. Oetker, *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung*, Tübingen: Mohr Siebeck 1994, p. 248 e.v.

203. Vgl. art. 16 lid 1 (Verplichtingen van de handelaar bij ontbinding) van de (hier niet toepasselijke) EU-Richtlijn 2019/770 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten: “(…). In gevallen waarin in de overeenkomst voorziet in de levering van de digitale inhoud of digitale dienst tegen betaling en gedurende een bepaalde periode, en de digitale inhoud of digitale dienst gedurende een bepaalde periode vóór de ontbinding van de overeenkomst conform was, betaalt de handelaar aan de consument evenwel slechts het evenredige

Hoge Raad over art. 6:265 lid 1 BW zou dat vergen dat de schuldenaar zich tegen de ontbinding verweert met een voldoende kenbaar beroep op de tenzij-clausule van die bepaling.²⁰⁴ Daarvan zou de Hoge Raad mijns inziens moeten terugkomen voor zover het om duurovereenkomsten gaat.

(iv) *De remedie ‘nakoming’*

50. *Een van gezondheid blakende tuin.* Het intelligente tuinonderhoudssysteem heeft gevergd dat de afnemer overeenkomsten met een aantal partijen sloot. De partij die ten titel van lease de hardware (tuinsproeiers, tuinslangen, sensor, computer, gateway) aan de afnemer beschikbaar heeft gesteld, kan een tuincentrum of hoveniersbedrijf zijn, een andere partij dan de producent van die hardware (Gardena), een andere partij ook dan de ontwerper van de software die op de computer reageert als de sensor waterbehoefte meet en de sproeiers in werking stelt, een andere partij dan de verstrekker van de smart device waarmee de software wordt bediend, een andere partij dan de cloudservice die de gegevens van de afnemer en het systeem opslaat en actualiseert, en een andere partij dan de provider die de internetverbindingen verzorgt. Wellicht is er ook een financier bij de installatie van het systeem betrokken. Waarschijnlijk heeft de afnemer met elke dienstverlener een zelfstandige overeenkomst gesloten waarop deze laatste zijn eigen algemene voorwaarden van toepassing heeft verklaard en waarbij hij zijn verantwoordelijkheid voor de dienstverlening van de andere betrokken partijen heeft uitgesloten.²⁰⁵ Vanuit het dienstverlenersperspectief bewijst deze ontbundeling van de samenstellende diensten haar nut; de partij die de hardware beschikbaar heeft gesteld, kan aanvoeren dat zij niets met de software te maken heeft en niet is aan te spreken op de fout in de software die ertoe heeft geleid dat alle gegevens van de afnemer zijn gewist. De partij die de software

deel van de betaalde prijs terug dat overeenkomt met de periode waarin de digitale inhoud of digitale dienst niet conform was, en elk deel van de prijs dat vooraf door de consument is betaald voor de contractperiode die zou zijn overgebleven indien de overeenkomst niet zou zijn ontbonden.’

204. HR 31 december 1993, NJ 1994/317 (*Abbas/Woningbouwvereniging*); HR 27 november 1998, NJ 1999/197 (*De Bruin/Meiling*); HR 28 september 2018, RvdW 2018/1025 (*Eigen Haard/X*).

205. In HR 23 januari 1998, NJ 1999/97 (*Jans/FCN*) luidde art. 6 van de algemene voorwaarden van FCN: ‘Klient verklaart de zaak in goede staat te hebben ontvangen; hij ontheft FCN van elke vrijwaring, ook die wegens enig onzichtbaar of verborgen gebrek; hij verklaart, dat de garantie terzake van de geleverde zaak tussen hem en Leverancier en/of fabrikant naar genoegen is geregeld en dat FCN nimmer op enigerlei wijze aansprakelijk zal zijn voor welke klacht dan ook betreffende de in huurkoop geleverde zaak. Klient doet afstand van elke actie tot ontbinding van deze overeenkomst op grond van niet behoorlijke levering, ondeugdelijkheid of gebreken van de zaak; hij verklaart zich op geen grond door compensatie of anderszins aan zijn betalingsplicht te zullen onttrekken.’

beschikbaar heeft gesteld, zal op goede grond kunnen betogen dat hij buiten de overeenkomst tussen de afnemer en de cloudservice-dienst staat, en niet is aan te spreken op het feilen van de cloudservice-dienst, waar alle gegevens van het systeem zijn verdwenen. Wellicht beweert de cloudservice-dienstverlener dat de gegevens zijn gewist door een fout in de computer, die zij niet beschikbaar heeft gesteld en waarop zij blijkens haar algemene voorwaarden dus ook niet op kan worden aangesproken. Uit art. 150 Rv zou volgen dat de afnemer moet bewijzen welke wederpartij in de nakoming van een verbintenis uit haar overeenkomst met de afnemer is tekortgeschoten en daarmee verantwoordelijk is voor het gebrek dat op 10 augustus 2017 tot de non-conformiteit van het dienstenpakket heeft geleid. Waar de *verkoper* zijn wederpartij *niet* kan tegenwerpen dat de non-conformiteit door de leverancier van een halffabrikaat is veroorzaakt, kan de *dienstverlener* dat *wel*, om de enkele reden dat de verschillende diensten niet in handen van de desbetreffende dienstverlener maar in handen van de afnemer tot het beoogde pakket worden geassembleerd. En terwijl het niet als een probleem wordt gezien om een nakomingsactie toe te wijzen tegen de verkoper van een product dat een gebrek heeft dat als zodanig wezensvreemd is aan de *core business* van de verkoper, zou het vreemd aandoen als de afnemer *Nacherfüllung* zou kunnen vorderen van de partij die de software voor het systeem heeft ontworpen, des dat deze wordt veroordeeld om de tuin in de van gezondheid blakende toestand te brengen die de afnemer in het vooruitzicht was gesteld.²⁰⁶ De Hoge Raad aanvaardt het in elk geval niet.²⁰⁷

51. *Alleen een nakomingsvordering m.b.t. de sub-overeenkomst.* Ik heb hiervoor (in paragraaf 4 (iii)) betoogd dat de juridische verantwoordelijkheid voor de conformiteit van het beoogde resultaat zou moeten worden gecentraliseerd, in die zin dat de afnemer *iedere* partij²⁰⁸ kan aanspreken wier dienst een integrerend deel uitmaakt van het dienstenpakket dat het voorwerp van de overkoepelende digitale-dienstverleningsovereenkomst is, en dat de ontbundeling die de desbetreffende dienstverlener zelf in zijn sub-overeenkomst met de afnemer heeft bedongen, rehtens wordt genegeerd. Die verantwoordelijkheid is de keerzijde van de winst die

206. Art. 510 lid 3 BW verplicht de *reisorganisator* de non-conformiteit van de pakketreis te verhelpen, tenzij dat onmogelijk is of onevenredig hoge kosten veroorzaakt. Maar zie Beck Online Kommentar BGB/Geib 51. Ed. 1.8.2019, BGB par. 651k Rn 8: 'Dabei ist allerdings zu beachten, dass der Kern des Reisevertrages gerade in der Organisation der Pauschalreise liegt, so dass der Reiseveranstalter gehalten ist, die Erfüllung durch Dritte, zB andere Leistungsträger zu organisieren (...).' Het komt mij voor dat nakoming en schadevergoeding hier in elkaar overlopen.

207. Vgl. HR 10 juli 2009, NJ 2010/496 (*Claassen/Interkeukengilde*).

208. HvJ EU (derde kamer) 10 juli 2019, C-163/18, ECLI:EU:C:2019:585 (*HQ e.a./Aegean Airlines*) beperkte de aansprakelijkheid tot de reisorganisator, op de grond dat het verhaal van de reiziger gegarandeerd is.

wordt gerealiseerd met de dienst die een integrerend onderdeel van het dienstenpakket uitmaakt. Ze noopt de dienstverlener tot een zorgvuldige selectie van de partijen wier prestaties met de zijne moeten integreren tot een overkoepelende overeenkomst, en tot een zodanige organisatie van de verschillende prestaties dat de kans op non-conformiteit van het resultaat wordt geminimaliseerd en de oorzaak van en feitelijke verantwoordelijkheid voor onverhoopte non-conformiteit eenvoudig zijn vast te stellen. Bovendien kan het een prikkel opleveren om voor de schade die uit het pakket kan voortvloeien een verzekering te sluiten.

Ik heb ook betoogd dat de respectieve sub-overeenkomsten met de verschillende individuele dienstverleners niet moeten worden genegeerd. Naar mijn mening zou de nakomingsactie van de afnemer voor die sub-overeenkomst gereserveerd moeten worden: als vaststaat welke partij voor de non-conformiteit van het resultaat van het dienstenpakket verantwoordelijk is, moet de afnemer van die partij kunnen vorderen dat ze haar eigen prestatie alsnog conform de sub-overeenkomst verricht: de defecte sensor in de hardware wordt hersteld of vervangen, de gebrekkige software wordt geüpdatet, de data van de afnemer worden met behulp van een back-upserver teruggehaald.

De juridische verantwoordelijkheid van de verschillende dienstverleners voor de conformiteit van het *dienstenpakket* moet mijns inziens *niet* inhouden dat de afnemer van hen kan verlangen dat zij het met het dienstenpakket beoogde resultaat alsnog tot stand brengen, herstellen of vervangen. Van nakoming als de primaire remedie zou dan ook afstand genomen moeten worden voor zover het de overkoepelende (digitale-) dienstverleningsovereenkomst betreft.

(v) *De remedie ‘schadevergoeding’*

52. *Schadevergoeding als de primaire remedie.* HR 20 januari 2012, NJ 2012/60 (*AgfaPhoto Finance/Foto Noort*) besliste dat de nauwe verbondenheid tussen overeenkomsten *niet* ook tot gevolg kan hebben dat de schuldenaar die niet in de nakoming van een verbintenis uit zijn overeenkomst is tekortgeschoten, aansprakelijk is voor de schade die het gevolg is van de tekortkoming van de schuldenaar uit een verbintenis uit een andere overeenkomst. Het tuincentrum waarvan de afnemer de hardware least, kan zo gezien niet aansprakelijk zijn voor de schade als de uitval van het intelligente systeem is te herleiden tot een fout van de cloudservice. Dat brengt de afnemer die alle afgestorven vegetatie in zijn tuin moet vervangen, alsnog in de lastige positie dat hij moet bewijzen welke partij is tekortgeschoten en dus op de voet van art. 6:74 BW voor zijn schade aansprakelijk is. De tekortkoming van de cloudservice-dienstverlener kan als

non-conformiteit van het dienstenpakket worden gekwalificeerd, maar omdat de afnemer en de cloudservice-dienstverlener een zelfstandige overeenkomst hebben gesloten, is de laatste niet een hulppersoon van het tuincentrum. De tekortkoming van de cloudservice-dienstverlener kan dus niet op de voet van art. 6:76 BW aan het tuincentrum worden toegerekend.

Als het gaat om non-conformiteit van een dienstenpakket, blijken de remedies nakoming en ontbinding niet steeds soelaas te kunnen bieden. De centrale verantwoordelijkheid die mij voor ogen staat, strekt dan ook tot vergoeding van de schade van de afnemer, dus de kosten die hij moet maken om zijn tuin in een contractconforme staat te brengen. Het argument daartegen in HR 20 januari 2012, NJ 2012/60 (*AgfaPhoto Finance/Foto Noort*) dat ‘de bedoelde samenhang alleen van belang is voor het antwoord op de vraag of het tekortschieten van AgfaPhoto Netherlands onder de huurkoopovereenkomst gevolgen heeft voor de gebondenheid van Foto Noort c.s. jegens AgfaPhoto Finance onder de financieringsovereenkomst’, lijkt me een *petitio principii*, en te worden gelogenstraft door bepalingen als art. 14 lid 2 van EU-Richtlijn 2015/2302 betreffende pakketreizen en gekoppelde reisarrangementen (art. 7:511 lid 2 BW) met betrekking tot de reisorganisator, en art. 10 lid 2 van EU-Richtlijn 2019/771 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, met betrekking tot de verkoper van een zaak met *embedded software*. Naar mijn mening sluit de aansprakelijkheid van de dienstverlener wiens dienst een integrerend onderdeel is van een dienstenpakket dat op enig moment een non-conform resultaat oplevert, aan bij de wél in de wet geregelde gevallen. Als de afnemer een consument is, zou het resultaat bovendien beantwoorden aan het beoogde hoge niveau van consumentenbescherming. Het zou betekenen dat de bouwer van de software die een integrerend deel uitmaakt van het slimme tuinonderhoudssysteem, de schade voor zijn rekening moet nemen, ook als hij zou kunnen bewijzen dat het feilen van het systeem verband houdt met een gebrekkige sensor in de hardware – dat bewijs is hooguit relevant voor het eventuele regres van de softwarebouwer. De consument die schade lijdt als gevolg van een gebrek in de accommodatie die hij via Airbnb heeft geboekt, kan op de beide partijen wier dienst een integrerend deel van het dienstenpakket uitmaakt, zijn schade verhalen. Contractuele bepalingen die daaraan in de weg staan, zouden moeten worden genegeerd.

(vi) De remedie ‘opschorting’

53. *Opschortingsrechten in samenhangende overeenkomsten*. Volgens HR 14 januari 2000, NJ 2000/307 (*Meissner Von Hohenmeiss/Arenda*) impliceert de regel dat overeenkomsten die zodanig met elkaar verbonden zijn dat de

ontbinding van de ene overeenkomst tot gevolg heeft dat de samenhangende andere overeenkomsten evenmin in stand kunnen blijven, dat ook een opschortingsrecht jegens de schuldeisers uit de andere overeenkomsten kan worden ingeroepen. Hierboven schreef ik dat de afnemer van het tuinonderhoudssysteem waarschijnlijk niet kan vorderen dat de cloudservice-dienstverlener wordt veroordeeld om de gezonde, groene tuin tot stand te brengen met welk vooruitzicht de afnemer alle overeenkomsten is aangegaan.²⁰⁹ Maar de afnemer zal wél de nakoming van de verbintenissen kunnen opschorten die krachtens een of meer van de samenhangende overeenkomsten op hem rusten, zoals de betaling van abonnementsgeld aan de softwarebouwer of aan het tuincentrum dat de hardware beschikbaar heeft gesteld. Als de afnemer van hen geen schadevergoeding kan vorderen op de grond dat de cloudservice-dienstverlener toerekenbaar is tekortgeschoten – zoals nu nog besloten ligt in HR 20 januari 2012, NJ 2012/60 (*AgfaPhoto Finance/Foto Noort*) – zal hij het abonnementsgeld ook niet met zijn schade kunnen verrekenen of betaling van het abonnementsgeld kunnen opschorten ten behoeve van verrekening.²¹⁰ Maar op de voet van HR 14 januari 2000, NJ 2000/307 (*Meissner Von Hohenmeiss/Arenda*) is wel pleitbaar dat de afnemer de betaling van zijn abonnementsgeld mag opschorten om de nakoming van zijn schadevergoedingsverbintenis uit de samenhangende overeenkomst met de cloudservice-dienstverlener af te dwingen.²¹¹

(vii) *Remedies van de digitale-dienstverlener*

54. *Smart contracts maken remedies overbodig.* Hiervoor besprak ik dat het intelligente tuinonderhoudssysteem in feite waardeloos is als de software niet functioneert. Met behulp van de software kunnen de prestaties van de dienstverleners wier dienst een integrerend deel van het dienstenpakket uitmaakt, worden geblokkeerd zodra de afnemer zijn contractuele verplichtingen niet of niet volledig nakomt: digitaliteit en smart contracts bieden de digitale-dienstverlener gelegenheid eenzijdig te bepalen wat de inhoud van de wederzijdse contractuele verplichtingen is en de nakoming ervan door de afnemer feitelijk af te dwingen.²¹² Onder het

209. Vgl. HR 10 juli 2009, NJ 2010/496 (*Claassen/Interkeukengilde*). Zie ook HR 20 januari 2012, NJ 2012/60 (*AgfaPhoto Finance/Foto Noort*).

210. HR 26 februari 1999, nr. 16.720 (niet gepubliceerd). Zie over opschorting ten behoeve van verrekening HR 27 maart 1992, NJ 1992/378 (*Arel/Van de Stolpe*); vgl. HR 1 september 2006, RvdW 2006/775 (*X/Wild Water World*).

211. HR 31 oktober 2014, NJ 2015/85 (*Eurostrip/Velenturf q.q.*).

212. E. de Vries, 'Smart contracts: een keten van vertrouwen reikend tot in de fysieke wereld', *NTBR* 2019, p. 73 e.v.; S. Bennis, 'Consumentenbescherming bij blockchain en smart contracts', in: Steennot/Straetmans, *Digitalisering van het recht en consumentenbescherming*, a.w. (voetnoot 49), p. 235 e.v.; Bensamoun/Loiseau/Mekki, *Droit de l'intelligence artificielle*, a.w. (voetnoot 114), nr. 295. Zie ook, in een breder perspectief,

‘instant ink-abonnement’ van Hewlett Packard wordt de inktcartridge van de digitale printer automatisch onklaar gemaakt zodra het abonnement wordt beëindigd; de printer werkt niet meer. De software van een e-reader kan zo worden geprogrammeerd dat de gebruiker alleen ‘boeken’ kan downloaden voor zover de contractvoorwaarden dat toestaan, en zelfs dat ze boeken van de e-reader wist waarvan bij een automatische scan wordt geconstateerd dat ze in strijd met de voorwaarden zijn gedownload.²¹³ Met de smartphone kan niet worden gebeld als het maandtegoed is verbruikt. De koelkast koelt niet als de gebruiker zijn maandbedrag niet heeft betaald. Een auto rijdt niet of gaat zelfs niet van het slot als het overeengekomen maximum aantal kilometers is bereikt. Er is geen beweging meer in te krijgen als de bestuurder een buitenland wil inrijden waar de verzekering geen dekking biedt of de risico’s of aansprakelijkheidseisen de digitale-dienstverlener te zwaar zijn, of als de bestuurder met de auto wil rijden waar dat contractueel of rechtens niet is toegestaan, bijvoorbeeld over een zandpad, in een straat waar een inrijverbod geldt of in een straat waar de bestuurder vanwege een aan hem opgelegd straatverbod niet mag komen.

55. *Smart contracts en de ratio van opschortingsbevoegdheden.* Het is de vraag of deze verregaande vormen van eigenrichting wel met de ratio van opschortingsrechten zijn te verenigen. De digitale-dienstverlener maakt een andere uitleg en uitvoering van de overeenkomst dan die welke hij zelf aanvaardbaar vindt, simpelweg onmogelijk: het systeem functioneert niet buiten de grenzen van uitleg en uitvoering die de digitale-dienstverlener heeft geprogrammeerd. De gebruiker die vindt – voor zover de voorwaarden van de overeenkomst daar al ruimte toe bieden – dat het resultaat van het dienstenpakket niet aan de overeenkomst beantwoordt omdat de haviltex-maatstaf tot een andere uitleg leidt dan het smart contract van de digitale-dienstverlener bepaalt, kan zijn betaling niet – voor eigen risico²¹⁴ – opschorten. Hij moet zich vooralsnog het standpunt van de digitale-dienstverlener laten welgevalen en het bij de rechter ter discussie stellen. Dat druist in tegen art. 6:236 sub c BW, bepalend dat de algemene voorwaarde waarbij het opschortingsrecht van de afnemer wordt uitgesloten of beperkt of het opschortingsrecht van de dienstverlener wordt uitgebreid, onredelijk bezwarend is. Het is evengoed de vraag of het staken van de dienst op de grond dat de afnemer een contractuele voorwaarde schendt, niet op gespannen voet staat met de

T. Rademacher, ‘Wenn neue Technologien altes Recht durchsetzen: Dürfen wir es unmöglich machen, rechtswidrig zu handeln?’, JZ 2019, p. 702 e.v.

213. Vgl. Grünberger, Verträge über digitale Güter, t.a.p. (voetnoot 196), p. 233 e.v.

214. HR 21 september 2007, NJ 2009/50 (Kwekerij De Engel/Enthoven); HR 3 februari 2012, NJ 2012/91 (Eurelco/Naeije).

proportionaliteitseis,²¹⁵ die immers ook een kwalitatief karakter heeft.²¹⁶ Evengoed lijkt het volledig lamleggen van een dienstenpakket dat al ter beschikking staat van de afnemer die op enig moment een betaling inhoudt, niet goed verenigbaar met de regel dat een opschortingsrecht slechts strekt tot een uitstel ex nunc van de eigen prestatie, niet tot het – ex tunc – terughalen van een prestatie die al is verricht.²¹⁷

Smart contracts lijken vooral een uitkomst voor de dienstverleners die in het kader van een dienstenpakket meervoudige duurprestaties moeten verrichten. Ze maken nakomings-, opschortings- en ontbindingsvoorwaarden overbodig. Het effect is ingrijpender dan de uitoefening van een opschortingsbevoegdheid door de verkoper: in veel gevallen berooft het ook de gebruiker die eerder contractconform heeft gepresteerd, onmiddellijk en volledig van het genot van de dienst.²¹⁸

6. Goederenrechtelijke implicaties van digitalisering

56. *Irrelevantie van eigendoms kwesties.* Eigendom is een belangrijk aspect van het goederenrecht. Als eigendom aan relevantie verliest en gebruik en genot centraal komen te staan, moet dat dus betekenis voor het goederenrecht hebben. Dat goederenrecht wordt wel beschreven als een *obstakel* voor een circulaire economie die draait om gebruik en genot.²¹⁹ De geleaste intelligente gevel, de geleaste intelligente ramen, de geleaste intelligente keukens respectievelijk keukenapparatuur, de geleaste intelligente verlichting worden bestanddeel van de woning, die immers zonder

215. Vgl. art. 6:262 lid 2 BW. Zie ook HR 10 juni 2011, RvdW 2011/741 (X/Trebbé).

216. HR 7 mei 1993, NJ 1993/406 (Duijndam/De Kuiper).

217. HR 20 maart 2009, RvdW 2009/448 (Rebel/Resim): '(...) dat het terugdraaien van een reeds verrichte prestatie (zoals Resim deed door de door haar gestorte waarborgsom "terug te halen" door middel van het inroepen van de door Rebel gestelde bankgarantie) niet als opschorting in de zin van art. 6:52 kan worden aangemerkt.'

218. Wendehorst, Consumer contracts and the Internet of Things, t.a.p. (voetnoot 194), p. 218-219, bepleit daarom voorafgaande toetsing van de uitoefening van het opschortingsrecht.

219. A. Mes, H.D. Ploeger & B. Janssen, 'Eigendom van onroerende zaken, met name aantrekking', in: L.C.A. Verstappen (red.), *Boek 5 van de toekomst*, Preadviezen voor de KNB, Den Haag: Sdu 2016, p. 145 e.v., i.h.b. p. 158 e.v.; Koolhoven, Worden 'slimme' zaken in de circulaire economie ook nagetrokken? t.a.p. (voetnoot 36) p. 396 e.v., p. 400 e.v.; Koolhoven, *Gebouwen en hun bestanddelen in een meer circulair goederenrecht. Van een wegwerpeconomie naar een kringloop van hoogwaardige, modulaire producten die worden verdientelikt*, t.a.p. (voetnoot 36), p. 62 e.v.; Akkermans, *Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?* t.a.p. (voetnoot 32), nr. 23; B. Hoops, 'Het recht en de transitie naar duurzaam wonen', in: L.C.A. Verstappen & F.J. Vonck (red.), *Duurzaam wonen*, Preadviezen voor de KNB, Den Haag: Sdu 2019, p. 51 e.v., p. 56 e.v.; T. Hartlief, 'Het huis van de toekomst', *NJB* 2019, p. 1785; Mak, *Consumentenbescherming bij servitisation*, a.w. (voetnoot 33), p. 88 e.v.

ramen, gevels, keuken en keukenapparatuur en verlichting ongeschikt is voor gebruik als woning en als onvoltooid moet worden beschouwd.²²⁰ De intelligente zaken worden dus eigendom van de eigenaar van (het casco van) de woning. Hoewel ik niet uitsluit dat op enig moment de opvatting dat (het casco van) een woning de natrekkende hoofdzaak is, wordt herzien,²²¹ meen ik dat de gedachte dat het goederenrecht hier een obstakel vormt, innerlijk tegenstrijdig is, en neerkomt op het pompen van benzine in een elektrische auto. De primaire materie van de intelligente gevel, ramen, keuken, apparatuur en verlichting is de *software*. Het stofelijke object waarin de software draait, is bijzaak, waardeloos als de software niet werkt, zelfs een last: zodra de leverancier van de intelligente bestanddelen niet langer betaald wordt, blokkeert de software de functionaliteit van de zaak en het ligt voor de hand dat de leverancier heeft veiliggesteld dat de zaak alleen kan functioneren met software die van hem of een door hem geselecteerde partij afkomstig is. De eigenaar van de hoofdzaak kan het nutteloos geworden bestanddeel verwijderen en vervangen, maar dat veroorzaakt kosten. Als hij (of zijn opvolger) alsnog van de nagetrokken gedigitaliseerde zaak gebruik wil maken, moet hij de leverancier met terugwerkende kracht betalen.²²² Als hij er geen gebruik van wil maken, zal hij blij zijn dat de leverancier de gedigitaliseerde zaak om niet uit het casco verwijdt en daarmee de installatie van een andere zaak mogelijk maakt.

57. *Zekerheden*. Vanessa Mak schrijft niet ten onrechte dat betaalde dienstverlenings-duurovereenkomsten uit maatschappelijk oogpunt vergelijkbaar zijn met krediet; ze bieden genot van producten met een waarde die als zodanig buiten het financiële bereik van de gebruiker kan liggen.²²³ Het is begrijpelijk dat de dienstverlener de dienst niet verleent tenzij de afnemer inzicht geeft in zijn financiële positie of zelfs zekerheid geeft voor de betalingsverplichtingen die lopende de overeenkomst ontstaan of kunnen ontstaan.²²⁴ Maar wie nauwelijks eigendom heeft, of geen verhandelbare eigendom omdat zijn zaken zonder een werkende digitale kern geen handelswaarde hebben, kan geen zakelijke zekerheid bieden.²²⁵ Er is slechts het naar zijn aard ónzekeere financiële saldo waarmee de consument zijn *lifestyle* bekostigt, vooral door middel van repeterende

220. HR 15 november 1991, NJ 1993/316 (*Dépex/Bergel*); HR 27 november 1992, NJ 1993/317 (*Ontvanger/Rabobank*).

221. Vgl. Koolhoven, Worden 'slimme' zaken in de circulaire economie ook nagetrokken? t.a.p. (voetnoot 36), p. 396 e.v., p. 403 e.v.

222. Vgl. HR 20 maart 1981, NJ 1981/640 (*Veluwe Nutsbedrijven/Blokland q.q.*).

223. Mak, *Consumentenbescherming bij servitisation*, a.w. (voetnoot 33), p. 72 e.v.

224. Vgl. F.M.J. Verstijlen, *Algemene bepalingen pand en hypotheek*, Mon. BW B11, nr. 6.

225. P. Malaurie, L. Aynès & P. Crocq, *Droit des sûretés* 13e éd., Parijs: LGDJ, 2019, nr. 11.

vaste lasten in verband met zijn verschillende leaseovereenkomsten.²²⁶ Ook dat kan niet zonder gevolgen blijven voor het goederenrecht. Tegen de achtergrond van de tanende relevantie van koopovereenkomsten en de opkomst van dienstverlenings-duurovereenkomsten ligt het in de rede dat zakelijke zekerheden steeds meer plaats zullen maken voor persoonlijke zekerheden (borgtochtovereenkomsten²²⁷) of verzekeringen tegen betalingsonmacht. Ook op dit punt groeien de mens en autonome systemen dan naar elkaar toe: hiervoor (nr. 29) beschreef ik dat autonome systemen – die evenmin over eigen verhaalsvermogen beschikken – op zelfstandige basis aan het maatschappelijk verkeer zouden moeten kunnen deelnemen mits de vergoeding van de schades die zij veroorzaken, is gewaarborgd door een verzekering dan wel een garantie (borgstelling) van een andere partij.

7. Evaluatie en slotsom

58. *Dienstverleningscontractenrecht*. Wij benaderen het contractenrecht nog altijd als koopcontractenrecht. We zien de overeenkomst bij wijze van uitgangspunt als een koopovereenkomst, een uitwisseling van twee prestaties die strekken tot de eigendomsovergang van een zaak. Maar als bijna 80% van het bruto binnenlands product wordt gegenereerd door de dienstverlenende sector, moet het contractenrecht in de praktijk overwegend dienstverleningscontractenrecht zijn. In de toekomst zal dat ook steeds duidelijker blijken: omdat digitalisering nauw verbonden is met dienstverlening, zal voortschrijdende digitalisering een verdere stijging veroorzaken van het aandeel van de dienstverlenende sector in het bruto binnenlands product. In dit preadvies heb ik – ik weet het: soms scherp aangezet – de spanning willen beschrijven die de digitalisering in het vermogensrecht veroorzaakt. Waar software de primaire materie is, draait het vermogensrecht niet in de eerste plaats om koop en eigendom. Naar mijn mening kunnen vragen die door digitalisering ontstaan, niet goed (genoeg) worden beantwoord als we niettemin in termen van koop en eigendom blijven denken. Zonder nadere contractuele of wettelijke regeling is de overeenkomst die strekt tot verkrijging van het genot van een gedigitaliseerde zaak of dienst, in wezen een samenstel van duurovereenkomsten met verschillende partijen, waarbij de prestaties die in hun samenhang het beoogde resultaat opleveren, niet onder de dienstverlener maar onder de afnemer

226. Zie ook Mak, *Consumentenbescherming bij servitisation*, a.w. (voetnoot 33), p. 89 e.v., die het als een probleem van de consument ziet.

227. Vgl. P. Simler, *Cautionnement. Garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 5^e éd., Parijs: LexisNexis 2015, nr. 4.

worden geassembleerd. Dat compliceert het antwoord op de vragen wat precies het resultaat is waartoe de digitale-dienstverleningsovereenkomst zou moeten leiden, welke prestaties in dat kader moeten worden verricht, wanneer het resultaat van die prestaties wel en niet (meer) aan de digitale-dienstverleningsovereenkomst beantwoordt en van welke remedies partijen zich in geval van non-conformiteit kunnen bedienen. Ik heb in dit preadvies ook gewezen op de mogelijke gevolgen van de digitalisering voor de partijautonomie respectievelijk het zelfbeschikkingsrecht, de robotisering van de mens en de vermenselijking van intelligente systemen, en op de bedreiging voor het zelfbeschikkingsrecht die uitgaat van de voor digitale-dienstverlening essentiële verstrekking van data. Ten slotte heb ik de vraag opgeworpen of het goederenrecht in de nieuwe maatschappelijke werkelijkheid zijn traditionele rol kan blijven vervullen. Hoewel ik hier en daar antwoorden op deze vragen heb proberen te geven, ging het mij in dit preadvies vooral om bewustwording, om het inzicht dat koop en eigendom niet de ijkpunten kunnen zijn voor de oplossing van de complexe, maar ook boeiende juridische problemen waarvoor de digitalisering ons plaatst.

DEEL 2

Grondrechten in de platformeconomie

*Janneke Gerards**

Inhoud

1. **Inleiding / 97**
2. **Nieuwe vormen van ruilen, helpen en delen – begripsbepaling / 102**
 - 2.1 Betekenis van en relaties tussen relevante begrippen / 102
 - 2.1.1 ‘Elkaar gebruik laten maken van onderbenut potentieel’ / 102
 - 2.1.1.1 Goederen en de deeleconomie / 103
 - 2.1.1.2 Diensten en de klussen-/klusjeseconomie / 104
 - 2.1.2 Controversiële definitie-elementen / 105
 - 2.1.2.1 ‘Echt’ delen? / 105
 - 2.1.2.2 Uitsluiting van commerciële spelers? / 106
 - 2.1.2.3 Onderbenut potentieel? / 107
 - 2.2 De platformeconomie / 108
 - 2.2.1 Hoofdkenmerken van de platformeconomie / 108
 - 2.2.1.1 Efficiënte en snelle afstemming van vraag en aanbod / 108
 - 2.2.1.2 Reputatie- en beoordelingsmechanismen; ‘delen met vreemden’ / 109
 - 2.2.1.3 Driehoeksrelaties: het digitale platform als performatieve derde speler / 112
 - 2.2.2 De platformeconomie centraal / 113
3. **Wat zijn grondrechten? / 115**
 - 3.1 Categorieën van grondrechten / 115
 - 3.1.1 Privacygerelateerde rechten / 116
 - 3.1.2 Vrijheidsrechten / 118
 - 3.1.3 Gelijkheidsrechten / 118
 - 3.1.4 Procedurele grondrechten / 119
 - 3.2 Onbepaaldheid, proliferatie en inflatie van grondrechten / 120
 - 3.3 Grondrechten in de platformeconomie / 123

* Prof. mr. J.H. Gerards is hoogleraar fundamentele rechten bij de Universiteit Utrecht. Zie voor meer informatie: www.uu.nl/medewerkers/jhgerards.

4.	Digitale platformen en grondrechten: positieve gevolgen en risico's / 125
4.1	Privacygerelateerde rechten / 125
4.1.1	Privacygerelateerde rechten en de platformeconomie: positieve gevolgen / 125
4.1.2	Privacygerelateerde rechten en de platformeconomie: risico's / 127
4.1.2.1	Persoonlijke autonomie, identiteit, integriteit, sociale relaties en reputatie / 127
4.1.2.2	Reputatierechten / 131
4.1.2.3	Persoonsgegevens en informationele privacy / 133
4.1.2.4	Bescherming tegen uitbuiting: sociale grondrechten / 137
4.1.3	Conclusie / 141
4.2	Vrijheidsrechten / 142
4.2.1	Vrijheidsrechten en de platformeconomie: positieve gevolgen / 142
4.2.2	Vrijheidsrechten en de platformeconomie: risico's / 142
4.2.2.1	Vrijheid om informatie te ontvangen / 143
4.2.2.2	Verantwoordelijkheid voor onrechtmatige uitingen / 146
4.2.3	Conclusie / 148
4.3	Gelijkheidsrechten / 149
4.3.1	De platformeconomie, gelijke behandeling en non-discriminatie: positieve gevolgen / 149
4.3.2	De platformeconomie, gelijke behandeling en non-discriminatie: risico's / 150
4.3.2.1	Beoordelingssystemen, profielen en discriminatie / 150
4.3.2.2	Prijdiscriminatie en microtargeting / 154
4.3.2.3	Indirecte uitsluiting / 157
4.3.3	Conclusie / 158
4.4	Procedurale rechten / 159
4.4.1	Platformisering van geschilbeslechting en Online Dispute Resolution (ODR) / 160
4.4.1.1	Toegang tot het recht, ADR en ODR – positieve gevolgen en voorwaarden / 160
4.4.1.2	ODR-platformen die geschilbeslechting faciliteren / 163
4.4.1.3	ODR-platformen die via algoritmes beslissingen nemen / 166
4.4.2	Bewijspositie en de equality of arms / 168
4.4.3	Conclusie / 170
5.	Conclusies / 171
6.	Literatuur / 177

1. Inleiding

Ruilen, helpen en delen: het is van alle tijden.¹ We kennen allemaal de voorbeelden: even naar de burens lopen voor een kopje suiker, kinderkleertjes doorgeven aan de ouders van een net geboren kindje, een dubbel gekregen boek ruilen tegen een ander, helpen bij iemands verhuizing, iemand uit de brand helpen als de computer is vastgelopen. Soms is dat helpen of delen belangeloos, soms is het gebaseerd op een zekere (verwachting van) reciprociteit, maar hoe dan ook: iedereen doet het.

Toch is er iets gaande in deze bekende, vertrouwde wereld. De manier waarop we ruilen, helpen en delen is in de afgelopen twintig jaar snel veranderd, en op hun beurt beïnvloeden die veranderingen onze markteconomie en onze samenleving op een ongekende manier. Er worden allerlei noemers gebruikt om de veranderingen te vatten. Vaak wordt bijvoorbeeld gesproken van de 'deeleconomie' of de 'collaboratieve economie'; anderen hebben het over de 'on-demand'-economie, de 'gig'-economie of de 'kluseconomie'.² Die nieuwe noemers staan voor iets wat innovatie-experts hebben aangeduid als een 'doorbraakinnovatie',³ of als een revolutionaire, disruptieve ontwikkeling.⁴ Maar waarin schuilt dan het radicale van die vernieuwing?

Vernieuwing is allereerst gelegen in de tussenkomst van een intermediair: een platform.⁵ Steeds vaker bieden mensen overbodig geworden spullen aan *via een internetportal*. Mensen vermelden *op een website* dat ze een auto of boormachine beschikbaar hebben; andere mensen maken daarvan gebruik. Mensen zonder eigen auto die ergens naartoe willen gaan vragen *via een app* of iemand (al dan niet tegen een wederdienst of betaling) bereid is ze te vervoeren. Mensen lenen *via een digitaal platform* hun woning uit aan toeristen enzovoort.

De tussenkomst van platformen is als zodanig niet nieuw. Al heel lang bestaat natuurlijk de mogelijkheid om op prikborden bij het lokale winkelcentrum een briefje op te hangen met gevraagde of aangeboden goederen of diensten, om te adverteren in de krant, of om boeken in

1 Hatzopoulos 2018, p. 1; Slink e.a. 2018, p. 200; Frenken e.a. 2017, p. 26; Leong & Belzer 2017, p. 1285.

2. Zie voor deze en talrijke andere begrippen hierna, par. 2.1.

3. Frenken 2016, p. 3.

4. Van Dijk, Poell & De Waal 2018, p. 1; Hatzopoulos & Roma 2017, p. 121; Schmidt 2017, p. 11.

5. Zie bijv. Leong & Belzer 2017, p. 1285. Zie hierover, met nadere bronvermeldingen, par. 2.2.1.

een openbare bibliotheek te zetten.⁶ Voor de echt radicale vernieuwing zorgt vooral de combinatie met een tweede fenomeen, en dat is de inzet van digitale technologieën door de hedendaagse platformen.⁷ Digitale platformen hebben een veel breder bereik dan het lokale prikbord of de bibliotheek; het verlenen van diensten of het doorgeven van spullen is letterlijk grenzeloos geworden.⁸ En bovendien: waar een prikbord niet meer dan een passief doorgeefluik is, kunnen digitale platformen door de inzet van algoritmes en door slimme beoordelingssystemen een eigen, actieve en zelfstandige rol spelen.⁹ Door supersnelle analyse van grote hoeveelheden data kan een platform in een mum van tijd helpen om te bepalen welke diensten of goederen beschikbaar zijn, welke passen bij de wensen van degene die erom vraagt, en welke tegenprestatie eventueel moet worden geboden. Bovendien kan de in een platform ingebouwde technologie ervoor zorgen dat betrouwbaarheidsanalyses worden uitgevoerd en dat een transactie soepel en zonder veel gedoe tot stand komt, ook al kennen gebruikers elkaar niet.¹⁰ Tel daarbij op de grote beschikbaarheid van internet en smartphones en de aantrekkelijke, intuïtief vormgegeven interfaces van webpagina's en apps, en de snelle opkomst van digitale platformen voor ruilen, delen en helpen wordt verklaarbaar, net als het potentieel voor radicale vernieuwing.

Dat ruilen, helpen en delen via digitale platformen in opkomst is, is inmiddels wel gebleken. Weliswaar ontbreken nauwkeurige cijfers,¹¹ maar duidelijk is dat sprake is van een stormachtige groei.¹² Een Eurobarometer uit 2018 laat zien dat bijna een kwart van de Europeanen en een derde van de Nederlanders ooit gebruik heeft gemaakt van een digitaal platform voor dienstverlening, zoals het laten uitvoeren van klusjes, het (ver)

6. Vgl. bijv. Koolhoven 2015a, p. 991; Schor 2014, p. 3.

7. Zie hierover nader, met bronvermeldingen, par. 2.2.1.

8. Veel (maar lang niet alle) commerciële platformen die in Nederland opereren zijn dan ook gevestigd in het buitenland; zie Smink e.a. 2018, p. 201.

9. Vgl. ook Koolhoven 2015a, p. 992.

10. Zie hiervoor nader par. 2.2.1.2.

11. Dit komt vooral doordat niet alle platformen gegevens bekendmaken over hun groei en er veel verschillende definities zijn van de platformeconomie; het doet er voor de cijfers bijvoorbeeld nogal toe of een website voor het verkopen van spullen (zoals Marktplaats) wordt beschouwd als een voorbeeld van de deeleconomie of niet; Frenken e.a. 2017, p. 13. Zie in vergelijkbare zin voor dienstverlening De Stefano 2016, p. 472.

12. Van Dijk, Poell & De Waal 2016, p. 18; Frenken e.a. 2017, p. 13. Zie ook Flash Eurobarometer 2018, p. 6, 11, 13. Het gaat dan vooral om de sectoren vervoer (bijvoorbeeld autodelen of gebruikmaken van een vervoersdienst) en accommodatie (bijvoorbeeld een appartement huren).

huren van een vakantieappartement of het gebruik van een taxidienst.¹³ Het gebruik van digitale platformen voor het ruilen van spullen, zoals Marktplaats of eBay, is in die cijfers niet eens meegenomen. In enquêtes tonen gebruikers zich bovendien overwegend positief over de beschikbaarheid en werking van platformen.¹⁴ Het ligt dan ook voor de hand om aan te nemen dat digitale platformen in moderne samenlevingen een steeds grotere rol zullen gaan spelen en dat de klassieke markteconomie steeds verder 'platformiseert'.¹⁵

Zoals wel vaker het geval is bij de opkomst van nieuwe fenomenen, roept de snelle groei van digitale platformen de nodige controverse op. Enerzijds zijn er gebruikers, wetenschappers, beleidsmakers en politici die de nieuwe vormen van ruilen, helpen en delen met enthousiasme omarmen. Het grootste voordeel dat zij zien is dat digitale platformen het heel gemakkelijk maken om onderbenut potentieel in te zetten. De zelden gebruikte verticuteermachine voor het gazon, de auto die het grootste deel van de week stilstaat, het talent om mooie wenskaarten te knutselen: door de beschikbaarheid van platformen kan er veel slimmer en efficiënter gebruik van worden gemaakt.¹⁶ Op zijn beurt kan dat leiden tot een duurzamere samenleving, grotere solidariteit, betere participatie en een laagdrempeliger toegang tot maatschappelijke goederen.¹⁷ De welvaartsvoordelen zijn dus aanzienlijk.¹⁸ Volgens anderen gaat er achter mooie termen als die van de 'deeleconomie' echter een 'ugly truth' schuil, of toch in ieder geval een complexe werkelijkheid.¹⁹ Om transacties tot stand te kunnen brengen worden persoonsgegevens op grote schaal verzameld en gedeeld; platformen achten zich vaak niet verantwoordelijk voor belangrijke zaken als kwaliteit of arbeidsvoorwaarden; het is moeilijk vat te krijgen op de weinig transparante werkwijze van platformen; beoordelingssystemen kunnen discriminatie in de hand werken; de leefbaarheid van buurten wordt aangetast als op steeds gro-

13. Flash Eurobarometer 2018, p. 4. Hetzelfde rapport laat overigens zien dat het aanbieden van diensten via platformen een veel minder hoge vlucht heeft genomen; zie p. 9. Dit blijkt voor Nederland ook uit Ter Weel e.a. 2018, p. 27, waar blijkt dat in 2017 slechts ongeveer 0,4% van de beroepsbevolking momenteel 'platformwerker' was; van hen was twee derde minder dan 20 uur per week actief.

14. Flash Eurobarometer 2018, p. 27 e.v.

15. Zie over het groeipotentieel nader bijv. Ter Weel e.a. 2018, p. 37. Zie voor het begrip 'platformisering' bijv. Van Dijck, Poell & De Waal 2018, p. 51.

16. Bijv. Frenken e.a. 2017, p. 32; Leong & Belzer 2017, p. 1286; Schor 2014, p. 5-6.

17. Zie bijv. Hatzopoulos 2018, p. 3; Frenken e.a. 2017, p. 32; Europese Commissie 2016, p. 4; Ranchordas 2016a, p. 107; Rogers 2015, p. 86 e.v.

18. Vgl. Van Dijck, Poell & De Waal 2018, p. 23 e.v. en p. 139 e.v.; Koopman, Mitchell & Thierer 2015, p. 531.

19. Van Dijck, Poell & De Waal 2018, p. 22 e.v.; Ranchordas 2016b, p. 650; zie ook Leighton 2016, p. 860 en Schor 2014 ('While some of the platforms present a gentle face to the world, they can also be ruthless', p. 4).

tere schaal woningen aan toeristen worden verhuurd via platformen; de verkeersveiligheid lijdt onder de druk die ‘leenchauffeurs’ en maaltijdbezorgers ervaren om zo veel mogelijk mensen zo snel mogelijk te bedienen; de arbeidscondities van mensen die hun diensten via platformen verlenen worden onvoldoende gecontroleerd; platformen verdringen bestaande marktspelers enzovoort.²⁰

De opkomst van digitale platformen is daarmee een belangrijk, maar ook een complex fenomeen. Dat blijkt des te meer als concreter wordt gekeken naar de juridische gevolgen.²¹ Die gevolgen kunnen consumentenrechtelijk of aansprakelijkheidsrechtelijk van aard zijn, bijvoorbeeld als sprake is van gebrekkige dienstverlening of als een uitgeleende boormachine kapot wordt terugbezorgd.²² Ze kunnen een arbeidsrechtelijk karakter hebben, bijvoorbeeld als het gaat om de arbeidsvoorwaarden bij het verlenen van schoonmaak- of bezorgdiensten via platformen,²³ of mededingingsrechtelijk, zoals bij de vraag hoe markttoegang voor platformen moet worden geregeld of wat er moet gebeuren als platformen bestaande economische spelers de markt uitprijzen.²⁴ De gevolgen kunnen ook bestuursrechtelijk zijn, bijvoorbeeld bij het verlenen van publieke diensten via internettoepassingen of als het gaat om de vraag of vergunningen nodig zijn voor diensten die worden aangeboden.²⁵ Discussies over dergelijke juridische consequenties worden op allerlei fora al gevoerd en er zijn talrijke beleidsstukken beschikbaar waarin daaraan aandacht wordt besteed.²⁶ Minder belangstelling is er tot dusver echter voor een ander juridisch vraagstuk, namelijk de vraag naar de mogelijke gevolgen van de nieuwe vormen van ruilen, helpen en delen voor de grondrechten.²⁷ Op zichzelf wordt in diverse stukken opgemerkt dat die gevolgen er kunnen zijn. Gewezen wordt bijvoorbeeld op risico’s van discriminatie of op consequenties voor de bescherming van persoons-

20. Bijv. Van Dijck, Poell & De Waal 2018, p. 139-140; Smink e.a. 2018, p. 204; Frenken e.a. 2017, p. 32 e.v.; Europese Commissie 2016, p. 4; Frenken 2016, p. 8-12; Ranchordas 2016a, p. 110; Ranchordas 2016b, p. 650; Scholtz 2016, p. 3.

21. Zie voor een overzicht bijvoorbeeld Europese Commissie 2016 en (voor de noordelijke landen) Dølvik & Jesnes 2018, p. 15 e.v.

22. Zie bijv. Hatzopoulos 2018, p. 21 e.v.; Koopman, Mitchell & Thierer 2015, p. 5 e.v.; Tjong Tjin Tai 2018, p. 836 e.v.

23. Zie bijv. Bennaars 2018, p. 10 e.v.; Hatzopoulos & Roma 2017, p. 90.

24. Zie bijv. Hatzopoulos 2018, p. 21 e.v. en p. 103 e.v.; Hatzopoulos & Roma 2017, p. 91-92; Frenken e.a. 2017.

25. Vgl. Hatzopoulos & Roma 2017, p. 90-91; Ranchordas 2019b, p. 13-14.

26. Zie voor een goed overzicht van relevante EU-regelgeving en beleidsstukken bijv. Hatzopoulos & Roma 2017, p. 96 e.v.

27. Zie ook Natour 2016, p. 319.

gegevens.²⁸ Tegelijkertijd bestaat er de nodige onduidelijkheid over de vraag welke grondrechten nu precies worden geraakt door de opkomst van de platformeconomie, hoe groot die consequenties eigenlijk zijn en in hoeverre het recht er een antwoord op geeft.

Dit preadvies beoogt dit kennishiaat te vullen door de gevolgen van de opkomst van digitale platformen voor de grondrechten in brede zin te verkennen. Om dat te kunnen doen, is het allereerst nodig om de focus van dit preadvies op de ‘platformeconomie’ nader toe te lichten. Dit gebeurt hierna in paragraaf 2, waarbij het begrip ‘platformeconomie’ wordt uitgelegd en het wordt onderscheiden van een aantal andere begrippen die worden gebruikt om de nieuwe vormen van delen, ruilen en helpen af te dekken, zoals de deeleconomie en de kluseconomie.

Vervolgens is het nuttig om kort aandacht te besteden aan de betekenis van het grondrechtenconcept, vooral ook om te kunnen bepalen wat precies kan worden aangeduid als een grondrechtelijk relevante consequentie van de platformeconomie. In paragraaf 3 zal daarom worden ingegaan op de betekenis van grondrechten en op de manier waarop zij kunnen worden afgebakend.

Op basis van de keuzes die in deze eerste twee paragrafen zijn gemaakt, wordt in paragraaf 4 vervolgens een overzicht gegeven van de grondrechtenconsequenties van de opkomst van digitale platformen. De weergegeven verkenning is daarbij primair gebaseerd op een onderzoek van sociaalwetenschappelijke en rechtswetenschappelijke literatuur over de al geconstateerde of te verwachten gevolgen van de platformeconomie; deze gevolgen zijn vervolgens geanalyseerd en geduid in het licht van de bekende juridische grondrechtencodificaties en grondrechtendoctrines. De resultaten van dat onderzoek worden gepresenteerd voor vier categorieën van grondrechten, namelijk privacygerelateerde rechten (paragraaf 4.1), vrijheidsrechten (paragraaf 4.2), gelijkheidsrechten (paragraaf 4.3) en procedurele rechten (paragraaf 4.4). Per categorie van rechten wordt daarbij aangeduid hoe de opkomst van de digitale platformen ze kan raken, zowel in positieve als in negatieve zin, en in hoeverre dit juridische vragen oplevert die relevant kunnen zijn voor rechterlijke procedures, regulering en beleidsvorming. Op die manier beoogt dit preadvies een basis te bieden voor een bredere discussie over de juridische impact van de opkomst van digitale platformen, waarin ook de grondrechten een belangrijke rol spelen.

28. Zie bijv. Van Dijck, Poell & De Waal 2018 en 2016; Natour 2016; ShareNL 2015.

2. Nieuwe vormen van ruilen, helpen en delen – begripsbepaling

Er is een bonte verzameling begrippen beschikbaar om de nieuwe vormen van ruilen, helpen en delen af te dekken. In de inleiding zijn al een paar voorbeelden genoemd, maar er zijn er nog veel meer. Gesproken wordt wel van de collaboratieve economie, de deeleconomie, de klusjeseconomie, de ‘product-dienst’-economie, de ‘op-afroep-economie’, de tweedehandseconomie, de ‘peer-to-peer’-economie of de ‘gig’-economie.²⁹ Al die begrippen houden verband met elkaar, maar ze dekken steeds weer net verschillende economische en maatschappelijke fenomenen af.³⁰ Afhankelijk van de focus op de ene of de andere categorie kunnen er bovendien andere juridische vragen opkomen; zo zullen arbeidsrechtelijke kwesties relevant zijn als onder de deeleconomie ook dienstverlening wordt begrepen, maar niet als wordt aangenomen dat de deeleconomie beperkt is tot het ruilen van goederen. Om de consequenties van de verschillende nieuwe economische vormen voor de grondrechten te kunnen duiden, is het daarom nodig om enige ordening aan te brengen in de verschillende begrippen en daarin een keuze te maken.

De betekenis van en de relaties tussen de verschillende relevante begrippen zullen hierna dan ook worden toegelicht in paragraaf 2.1. Daarbij zal eerst het accent liggen op een aantal punten waarover betrekkelijk veel consensus bestaat (paragraaf 2.1.1) en zullen daarna enkele controverses worden besproken (paragraaf 2.1.2). Vervolgens wordt in paragraaf 2.2 ingegaan op de specifieke betekenis van digitale platformen en wordt uitgelegd waarom in dit preadvies het begrip ‘platformeconomie’ centraal staat.

2.1 Betekenis van en relaties tussen relevante begrippen

2.1.1 *‘Elkaar gebruik laten maken van onderbenut potentieel’*

Gemeenschappelijk aan alle hiervoor genoemde begrippen voor de fenomenen helpen, ruilen en delen is dat ze ervan uitgaan dat personen elkaar gebruik laten maken van onderbenut potentieel.³¹ Er wordt geen

29. Vrijwel iedere analyse begint dan ook wel met de mededeling dat er geen algemeen geaccepteerde definitie is van al deze fenomenen; zie voor enkele voorbeelden uit vele Hatzopoulos 2018, p. 4; Hatzopoulos & Roma 2017, p. 84; Frenken e.a. 2017, p. 22; Frenken & Schor 2017, p. 4; Dølvik & Jesnes 2017, p. 11; Aloisi 2016, p. 654; Daunorienė e.a. 2015, p. 837; Schor 2014, p. 2.

30. Hatzopoulos 2018, p. 4.

31. Bennaars 2018, p. 8; Bex e.a. 2018, p. 11; Hatzopoulos & Roma 2017, p. 85; Frenken e.a. 2017, p. 23; Frenken 2016, p. 4; Ranchordas 2016a, p. 102. In de context van EU-beleid wordt meestal gesproken van ‘tijdelijk gebruik’; zie Cauffman & Smits 2016, p. 905; Europese Commissie 2016, p. 3.

nieuwe capaciteit gecreëerd en er worden geen nieuwe goederen geproduceerd; het gaat om het efficiënter gebruiken van dingen, tijd en talenten die er toch al zijn.³² In overkoepelende zin wordt hierbij wel gesproken van de ‘collaboratieve economie’.³³ Een andere koepelterm is die van de ‘toegangseconomie’, wat betekent dat de economie zo is ingericht dat iedereen op elk moment toegang heeft tot bepaalde diensten en goederen.³⁴ Niet zozeer eigendom of overdracht staat daarbij centraal, maar gebruik – ‘we just want to access stuff when we need it’.³⁵

2.1.1.1 Goederen en de deeleconomie

Het ‘elkaar gebruik laten maken van onderbenut potentieel’ kan allereerst goederen betreffen.³⁶ Volgens veel wetenschappers en rapporten duidt de *deeleconomie* specifiek op de situatie waarin ‘twee of meer mensen de baten kunnen genieten van het bezit van een ding’.^{37,38} Goed passend bij deze definitie van ‘delen’ is bijvoorbeeld de mogelijkheid van het uitlenen van spullen die iemand zelf even niet nodig heeft, zoals een boormachine, een auto of een racefiets. Dat kan in Nederland bijvoorbeeld via SnappCar, WeGo of MyWheels als het gaat om auto’s;³⁹ het (uit)lenen van spullen als een boormachine of fiets kan bijvoorbeeld gebeuren via HeelNederlanddeelt. Bij het delen van zaken kan het ook gaan om het tijdelijk laten bewonen van een appartement of kamer door anderen. Airbnb is een bekend voorbeeld van een platform dat tijdelijke verhuur van woningen mogelijk maakt, terwijl werkplekken kunnen worden gedeeld via platformen als Desktoday.⁴⁰

De deeleconomie omvat daarnaast volgens veel auteurs de ‘tweedehands-economie’, waarbij consumenten elkaar via een platform spullen verkopen of dingen met elkaar ruilen.⁴¹ Op zichzelf past verkopen of ruilen niet

32. Vgl. Puschmann & Alt 2016, p. 95.

33. Hatzopoulos 2018; Dølvik & Jesnes 2017, p. 11; Cauffman & Smits 2016, p. 905; ShareNL 2015, p. 11.

34. Hatzopoulos & Roma 2017, p. 85; Frenken e.a. 2017, p. 26. Vgl. ook Cauffman & Smits 2016, p. 905.

35. Scholz 2014. Vgl. ook Hatzopoulos 2018, p. 13-14.

36. Zie voor de hier gemaakte tweedeling tussen goederen en diensten ook Dølvik & Jesnes 2017, p. 12.

37. Daunorienè e.a. 2015, p. 837.

38. Zie bijv. Bennaars 2018, p. 8; Frenken 2016, p. 4; Frenken e.a. 2017, p. 23. Sommige onderzoekers zien niettemin juist de ‘deeleconomie’ als een overkoepelende term en vatten hieronder ook het verlenen van diensten; bijv. Dølvik & Jesnes 2017, p. 9; Natour 2016, p. 315; Puschmann & Alt 2016, p. 95; Thierer e.a. 2016, p. 834; Dillahunt & Malone 2015, p. 2.

39. Zie nader Frenken e.a. 2017, p. 79 e.v.

40. Zie bijv. Schor 2014, p. 3-4.

41. Frenken e.a. 2017, p. 25; Frenken 2016, p. 5.

zo goed bij het fenomeen van delen, omdat bij delen normaal gesproken geen eigendomsoverdracht plaatsvindt. De tweedehandseconomie wordt niettemin vaak tot de deeleconomie gerekend omdat ook hier het effect is dat onderbenut potentieel beter wordt ingezet; een overbodig geworden kledingstuk, boek of koelkast krijgt immers een tweede leven. Ook dit ‘delen’ gebeurt in toenemende mate via algemene digitale platformen, zoals Marktplaats of Ebay, of via specifiekere platformen, zoals Etsy, waar het gaat om handgemaakte kleding of cadeaus, of Krijgdekleertjes voor kinderkleding of speelgoed.

Tot slot stellen sommigen dat ook de zogenaamde ‘product-dienst’-economie deel uitmaakt van de deeleconomie.⁴² Daarbij heeft een onderneming bepaalde zaken in eigendom, zoals een vergaderruimte, fietsen of auto’s, en kunnen mensen daarvan via een platform of een abonnementsstelsel gebruikmaken, bijvoorbeeld bij Seats2Meat, GreenWheels, Car2Go of OV-fiets.⁴³ Het aspect van ‘delen’ is daarbij duidelijk minder sterk, net als het aspect van het gebruiken van onderbenut potentieel. Wel worden in dit soort systemen bepaalde gebruiksgoederen of ruimtes zo effectief mogelijk benut.

2.1.1.2 Diensten en de klussen-/klusjesecconomie

Bij de deeleconomie gaat het dus primair om *ruilen* en *delen*, maar de nieuwe economie strekt zich ook uit tot *helpen*, oftewel dienstverlening. Voorbeelden hiervan zijn het voor iemand koken (bijvoorbeeld via ShareDnD of Thuisafgehaald),⁴⁴ een lamp ophangen (bijvoorbeeld via Peerby, TaskRabbit of Werkspot) of schoonmaken (denk aan Helpling);⁴⁵ het bezorgen van pizza’s of andere maaltijden (bijvoorbeeld via Deliveroo, UberEats of Thuisbezorgd); het verlenen van zorg of vrijwilligerswerk (bijvoorbeeld via Zorgvoorelkaar of NLvoorelkaar); of het vervoeren van mensen van de ene plek naar de andere (waarbij alternatieve taxidiensten Uber en Lyft de geijkte voorbeelden zijn).⁴⁶ Sommigen scharen ook het uitwisselen van diensten onder de deeleconomie, maar de meeste wetenschappers vinden dat te weinig precies, omdat het hier niet gaat om

42. Idem.

43. Vgl. Frenken e.a. 2017, p. 78.

44. Zie over ShareDnD nader Frenken e.a. 2017, p. 60 e.v. Voorheen heette dit platform AirDnD, maar vanwege de mogelijke verwarring met woningdeelplatform Airbnb is de naam veranderd; zie <http://www.deeleconomieinnederland.nl/deeleconomie-startup-airdnd-wordt-sharednd/>. Van Eijk e.a. 2015 gaan in hun studie verder in op Thuisafgehaald.

45. Zie nader Frenken e.a. 2017, p. 43 e.v.

46. Vgl. Smink e.a. 2018.

delen. Zij geven hieraan dan ook liever een andere, specifiekere term mee. Veelgebruikt in Nederland is vooral de term *klussen- of klusjesconomie*,⁴⁷ maar er wordt ook gebruikgemaakt van uit het Engels afkomstige termen als de ‘gig-economie’⁴⁸ en de ‘on-demand’-economie,⁴⁹ of, vertaald naar het Nederlands, de ‘op-afroep’-economie.⁵⁰

2.1.2 Controversiële definitie-elementen

2.1.2.1 ‘Echt’ delen?

De literatuur over de definitie van de ‘deeleconomie’ of de ‘klusjesconomie’ laat de nodige meningsverschillen zien. Een eerste controversieel punt betreft de vraag of van een werkelijk collaboratieve economie sprake kan zijn als er een (financiële) tegenprestatie wordt gevraagd voor verleende diensten of voor het uitlenen van spullen. Er zijn wetenschappers die stellen dat in dat geval geen sprake is van ‘echt delen’ of echt gezamenlijk gebruik.⁵¹ Het verkopen van spullen via Marktplaats zou alleen al om die reden niet binnen het bereik van de notie van de deeleconomie vallen,⁵² maar het kosteloos uitlenen daarvan via HeelNederlanddeelt bijvoorbeeld wel.⁵³ Ook het verlenen van diensten tegen betaling, zoals bij taxiplatforms Uber en Lyft of bezorgdienst Thuisbezorgd, vallen in deze

47. Bennaars 2018, p. 8; Smink e.a. 2018; Ter Weel e.a. 2018, p. 5; Frenken e.a. 2017, p. 24; Frenken 2016, p. 5; De Stefano 2016, p. 471. Binnen de term ‘klussen-/klusjesconomie’ zijn ook weer allerlei verdere indelingen denkbaar; zie daarvoor Ter Weel e.a. 2018, p. 5; Dølvik & Jesnes 2017, p. 28; Schmidt 2017, p. 3; Aloisi 2016, p. 660-661; De Stefano 2016, p. 473-474. Een nuttig nader onderscheid dat in deze literatuur wordt gemaakt is dat tussen ‘crowd work’ (werk dat digitaal/online en daarmee wereldwijd kan worden uitgevoerd, zoals het taggen van foto’s; overigens zijn er ook auteurs die daarbinnen weer onderscheiden tussen ‘cloud work’ en ‘crowd work’ – Schmidt 2017, p. 5) en ‘work on demand via app’ of ‘gig work’ (werk dat ‘live’/offline en daarmee lokaal moet worden uitgevoerd, zoals een taxirit, maar dat wel via een platform wordt aangeboden).

48. Bennaars 2018, p. 8; Burri & Heeger-Hertter 2018, p. 1002; Frenken & Schor 2017, p. 6.

49. Bennaars 2018, p. 8; Frenken & Schor 2017, p. 5; ShareNL 2015, p. 10; genoemd wordt ook wel een ‘on-demand service economy’ (Scholtz 2016, p. 2) of een ‘on-demand personal services economy’ (Frenken & Schor 2017, p. 5), omdat de ‘on-demand’-economie als zodanig soms ook wel gelijk wordt gesteld met de deeleconomie en dan dus alleen het delen van zaken betreft.

50. Frenken 2016, p. 5.

51. Ranchordas 2019b, p. 5 en 8; Ranchordas 2016a, p. 105 en 109. Vgl. ook Hatzopoulos 2018, p. 5; Frenken & Schor 2017, p. 4; Schor 2014, p. 6.

52. Sommigen noemen dit soort commercieel gebruik wel ‘share-washing’, omdat het dan wel deelt in het positieve imago van de deeleconomie (‘sharing economy’); vgl. Schor 2017, p. 264.

53. Volgens Hatzopoulos valt het overdragen van eigendom zelfs niet binnen de koepel-categorie van de collaboratieve economie; Hatzopoulos 2018, p. 7.

lezing buiten de definitie van de collaboratieve economie, net als abonnementensystemen zoals die van GreenWheels of Netflix.⁵⁴

Anderen hebben juist aangegeven dat het voor de definitie niet van belang is of er een winstoogmerk bestaat of dat sprake is van een tegenprestatie – alleen het hierboven weergegeven aspect van het ‘elkaar gebruik laten maken van onderbenut potentieel’ is relevant.⁵⁵ De marktdynamiek is inmiddels namelijk zodanig dat er vrijwel altijd enige economische waarde wordt gegenereerd door het gebruik van deelplatformen.⁵⁶ Of de collaboratieve economie werkelijk leidt tot een ‘sociale transformatie’ en een afkeer van kapitalisme, staat daardoor volgens critici te bezien. Zij vinden dan ook dat het motief van ‘echt delen’ niet relevant zou moeten zijn bij het bepalen van de maatschappelijke en juridische consequenties van de diverse ontwikkelingen.⁵⁷

2.1.2.2 Uitsluiting van commerciële spelers?

Een tweede discussie betreft de vraag of de collaboratieve economie moet worden gedefinieerd als een zogenaamde ‘peer-to-peer’- (of p2p-) of ‘consumer-to-consumer’- (c2c-)economie, waarbij altijd sprake is van transacties tussen gelijken, namelijk tussen natuurlijke personen (professionals en/of consumenten).⁵⁸ Heel vaak is van zo’n p2p-situatie inderdaad sprake.⁵⁹ Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn bij het uitlenen van apparaten of het verkopen van tweedehandsspullen via internet, net als bij dienstverlening binnen coöperaties of het ondersteunen van andere

54. Schor 2017, p. 267; Ranchordas 2016a, p. 109. Platformen als Facebook of andere informatie-uitwisselingsplatformen zouden dan binnen deze definitie kunnen vallen, maar via de advertentiesystemen en andere methoden worden daar toch vaak indirecte revenuen gegenereerd; vgl. Van Eijk e.a. 2015, p. 13. Dat maakt deze platformen moeilijk inpasbaar in de hierboven genoemde begrippen.

55. Bijv. Thierer e.a. 2016, p. 834; ShareNL 2015, p. 14. Gebleken is ook wel dat maar een minderheid van de gebruikers het gratis uitwisselen van diensten ziet als een voordeel van dienstenplatformen; zie Flash Eurobarometer 2018, p. 34.

56. Van Dijck, Poell & De Waal 2016, p. 37; zij wijzen op een forum als Gebiedonline als een van de weinige uitzonderingen hierop.

57. Schor 2014, p. 6-7; het begrip ‘deeleconomie’ wordt inmiddels dan ook bekritiseerd vanwege het feit dat de positieve connotatie van solidariteit en gezamenlijkheid geen recht doet aan de veel meer commerciële werkelijkheid; zie Dølvik & Jesnes 2017, p. 11.

58. Hatzopoulos 2018, p. 7; Frenken e.a. 2017, p. 25; Schor 2017, p. 267; Europese Commissie 2016, p. 3; ShareNL 2015, p. 17. Zie ook Scholtz 2016, p. 2, die in dit verband spreekt van de ‘peer economy’.

59. Vgl. Cauffman & Smits 2016, p. 905.

zzp-ers via broodfondsen.⁶⁰ Tegelijkertijd zijn er nogal wat varianten waarbij de goederen of diensten door of via een onderneming worden gedeeld. Voorbeelden zijn GreenWheels en OV-fiets, waarbij de deelauto's respectievelijk deelfietsen niet het eigendom zijn van een natuurlijke persoon, maar van een onderneming. In zo'n systeem is dus sprake van een 'business-to-consumer'- of 'b2c'-relatie.⁶¹ Waar sommige wetenschappers en beleidsmakers aannemen dat ook die relaties binnen het bereik van de collaboratieve economie vallen,⁶² is dat volgens anderen niet zo; b2c-modellen lijken daarvoor te veel op wat in de 'oude' economie ook al mogelijk is.⁶³ Deze controverse maakt dat de collaboratieve economie moeilijk te duiden is in termen van relaties tussen bepaalde partijen.⁶⁴

2.1.2.3 Onderbenut potentieel?

Een laatste discussie betreft de precieze betekenis in de gemeenschappelijke definitie van het gebruik van 'onderbenut' potentieel. Dat definitie-element betekent dat bij het creëren van nieuwe capaciteit niet kan worden gesproken van een manifestatie van de collaboratieve economie. Maar wanneer is nu echt sprake van nieuwe capaciteit? Is dat bijvoorbeeld het geval als GreenWheels een aantal nieuwe auto's aanschaft om aan de groeiende vraag naar autodeling te kunnen voldoen? En is dat aan de orde als mensen niet langer alleen extra diensten verlenen in hun vrije tijd, maar er hun primaire inkomstenbron uit halen, zoals het geval kan zijn bij taxiplatforms als Uber of Lyft of bij bezorgdiensten zoals Deliveroo of UberEats?⁶⁵ Zelfs als die vragen positief worden beantwoord, valt op dat dit soort platformen in een meerderheid van artikelen en rapporten worden gepresenteerd als schoolvoorbeelden van de deel- of op-afroep-economie. Zelfs deze relatief oncontroversiële definitiefactor is daardoor niet goed bruikbaar als manier om de ontwikkelingen rondom ruilen, helpen en delen goed af te bakenen.

60. Frenken e.a. 2017, p. 25; ShareNL 2015, p. 11. Broodfondsen zijn coöperaties waarbij zzp-ers elkaar ondersteunen door een maandelijkse inleg te betalen ten behoeve van een maandelijkse betaling bij ziekte of arbeidsongeschiktheid; zie nader bijv. www.broodfondsen.nl.

61. Vgl. Schor 2017, p. 267.

62. Hatzopoulos & Roma 2017, p. 85.

63. Schor 2017, p. 267; ShareNL 2015, p. 17.

64. Doménech-Pascual 2016, p. 718.

65. Frenken e.a. 2017, p. 23.

2.2 De platformeconomie

2.2.1 *Hoofdkenmerken van de platformeconomie*

Gelet op de hiervoor besproken controverses wordt in dit preadvies gekozen voor een ander begrip, namelijk dat van de platformeconomie.⁶⁶ De reden daarvoor is dat juist de beschikbaarheid van platformen in belangrijke mate kan verklaren waarom het ruilen, helpen en delen in de ‘nieuwe’ economie zo’n hoge vlucht heeft kunnen nemen en waarom in dit verband wordt gesproken van een radicale en disruptieve vernieuwing die ook juridisch gezien betekenisvol is.⁶⁷ Een korte bespreking van drie hoofdkenmerken van de platformeconomie kan dit laten zien; het gaat dan om de mogelijkheden om via technologie vraag en aanbod op elkaar af te stemmen en te personaliseren; om de betekenis van reputatie- en beoordelingsmechanismen; en om de aanwezigheid van een platform als derde speler in een driehoeksrelatie.

2.2.1.1 Efficiënte en snelle afstemming van vraag en aanbod

Om goed en effectief te kunnen functioneren maken digitale platformen gebruik van complexe en inmiddels alomtegenwoordige technologieën zoals algoritmische analyses van grote hoeveelheden gegevens (big data).⁶⁸ Via een algoritme kan het platform razendsnel selecteren welke diensten of goederen beschikbaar zijn, welke passen bij de wensen van een gebruiker en welke prijs daarvoor moet worden gevraagd.⁶⁹ Het aanbod kan daardoor helemaal worden gepersonaliseerd en kan zo nauw aansluiten op het – eveneens door het platform geïdentificeerde – profiel

66. Zie diepgaand en uitgebreid Hatzopoulos 2018 en Van Dijck, Poell & De Waal 2018 en 2016; de laatste spreken overigens van de *platformsamenleving* (‘platform society’) om te laten zien hoe diepgaand en verstrekkend de invloed van platformen is. Zie over het begrip platformeconomie verder Burri & Heeger-Hertter 2018, p. 1000 e.v.; Dølvik & Jesnes 2017, p. 11; Frenken e.a. 2017, p. 223; Schmidt 2017.

67. Uiteraard zijn er meer verklaringen; zie daarvoor nader bijv. Hatzopoulos & Roma 2017, p. 82-83, die ook wijzen op factoren als urbanisatie en de ‘val’ van conventionele economische modellen.

68. Van Dijck, Poell & De Waal 2018, p. 9-10 en 33-37; Hatzopoulos 2018, p. 11; Pesole e.a. 2018, p. 7; Hatzopoulos & Roma 2017, p. 107; Schmidt 2017, p. 11. Zie over de werking van algoritmische analyses van big data nader Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 14 e.v. en Custers 2017, p. 29 e.v.

69. Wagner & Eidenmüller 2019; Ter Weel e.a. 2018, p. 7; Bar-Gill 2018, p. 1. In de woorden van Van Dijck, Poell en De Waal gaat het hierbij om ‘dataficatie’, dus het traceren van sociale interactie en het interpreteren en voorspellen daarvan, en om ‘selectie’, dus het bepalen van de relevantie van bepaalde informatie; zie nader Van Dijck, Poell & De Waal 2016, p. 39 e.v. resp. p. 50 e.v.; zie ook Van Dijck, Poell & De Waal 2018, p. 33-46. Hierbij wordt veel gebruikgemaakt van de mogelijkheid van algoritmes om correlaties te ontdekken in grote hoeveelheden data en op basis daarvan profielen te creëren; zie nader King & Forder 2016; Schermer 2011, p. 45.

van de gebruiker.⁷⁰ Bovendien kunnen algoritmes allerlei omslachtige controles snel uitvoeren, zoals identificatie van een aanbieder of echtheid van een aangeboden product.⁷¹ Zelfs geschilbeslechtsprocedures kunnen door inzet van kunstmatige intelligentie in veel gevallen grotendeels digitaal worden ondersteund.⁷² Al deze technologie en dit proces van ‘dataficatie’ zijn voor gebruikers bijna onzichtbaar. Toegang tot de aangeboden goederen en diensten wordt immers geboden via gebruiksvriendelijke webinterfaces en apps, die vrijwel iedereen tegenwoordig gemakkelijk kan gebruiken via een computer, tablet of smartphone.⁷³ De inzet van kunstmatige intelligentie is ook voor de platformen zelf een groot voordeel, omdat transactiekosten zoals zoekkosten, contractkosten en controlekosten erdoor worden geminimaliseerd en er – zeker voor commerciële platformen – grote winsten kunnen worden behaald als per geslaagde transactie een kleine commissie aan het platform wordt betaald.⁷⁴ Deze combinatie van factoren maakt de inzet van digitale platformen heel aantrekkelijk en verklaart in belangrijke mate de snelle opkomst ervan.⁷⁵

2.2.1.2 Reputatie- en beoordelingsmechanismen; ‘delen met vreemden’

Een tweede belangrijke functie van de inzet van digitale technologieën is dat die ruilen en delen met en helpen van vreemden mogelijk maken (‘stranger sharing’).⁷⁶ Traditiegetrouw worden spullen vooral uitgeleend en diensten verleend aan vrienden, familieleden, burens en bekenden. Dat is ook wel begrijpelijk.⁷⁷ Als iemand haar dure racefiets uitleent, zal zij er op willen kunnen vertrouwen dat de lener er zorgvuldig mee zal omgaan; die inschatting gaat gemakkelijker als zij de lener kent.⁷⁸ En als iemand aanbiedt om te helpen met het installeren van een lastig programma op de computer of met het doen van de belastingaangifte, dan zal dat veiliger aanvoelen als die persoon de reputatie heeft betrouwbaar en zorgvuldig te zijn. Voor sociale en economische interacties is vertrouwen

70. Van Dijk, Poell & De Waal 2018, p. 41-42; Hatzopoulos 2018, p. 11; Schmidt 2017, p. 11.

71. Frenken e.a. 2017, p. 28.

72. Zie daarover nader par. 4.4.1.

73. Frenken e.a. 2017, p. 27.

74. Smink e.a. 2018, p. 200; Frenken e.a. 2017, p. 27; Schmidt 2017, p. 11; Koopman, Mitchell & Thierer 2015, p. 540-541.

75. Vgl. Smink e.a. 2018, p. 200.

76. Hatzopoulos 2018, p. 1; Ter Weel e.a. 2018, p. 9; Frenken e.a. 2017, p. 26; Dillahunt & Malone 2015, p. 3; Schor 2014, p. 7.

77. Zie voor het achterliggende economische mechanisme bijv. Tadelis 2016, p. 325; Frenken e.a. 2017, p. 27.

78. In de economie wordt in dit verband gesproken van informatie-(a)symmetrie; zie bijv. Thierer e.a. 2016, p. 832-833.

dus essentieel.⁷⁹ Bij ruilen, helpen en delen via digitale platformen is het ogenschijnlijk een stuk lastiger om dit soort vertrouwen op te wekken. De partijen kennen elkaar immers lang niet altijd en ook de klassieke ‘mond-tot-mond’-reclame werkt niet.⁸⁰ Dat het toch aantrekkelijk is om via platformen transacties tot stand te brengen, komt doordat digitale platformen andere mechanismen kunnen gebruiken om vertrouwen te creëren.⁸¹ Het gaat hierbij om verificatiesystemen en om reputatie- en beoordelingsmechanismen.⁸²

Verificatiesystemen kunnen helpen om te checken of een aanbieder of afnemer ‘echt’ en betrouwbaar is.⁸³ Meestal worden dergelijke systemen ingezet door een platform dat als een actieve intermediair fungeert en dat ervoor zorgt dat alleen die partijen gebruik kunnen maken van het systeem die op kwaliteit en betrouwbaarheid zijn gescreend en die waar nodig zijn gecertificeerd.⁸⁴ Vaak wordt bovendien informatie beschikbaar gesteld over het individuele profiel van een gebruiker om zijn ‘echtheid’ te kunnen inschatten of te kunnen controleren.⁸⁵

Reputatie- en beoordelingsmechanismen kunnen worden ingezet aan beide kanten van een transactie en ze kunnen verschillende aspecten van de transactie betreffen.⁸⁶ Bij het uitlenen van een camera kan de gebruikende partij bijvoorbeeld een oordeel geven over de betrouwbaarheid van degene die de camera heeft uitgeleend (en die hem eerder terug bleek te willen hebben dan was afgesproken), maar ook over de kwaliteit van de camera (die veel minder goed was dan op het platform stond aangekondigd). Andersom kan de uitlener een oordeel geven over de lener,

79. Ranchordas 2018b, p. 128; Thierer e.a. 2016, p. 835.

80. Al kan dat natuurlijk wel, bijvoorbeeld bij platformen die alleen binnen een bewoners- of vriendengroep of binnen een kleine coöperatie worden gebruikt. Zie over ‘word-of-mouth’ (WOM)-communicatie nader o.m. Balaji, Khong & Chong 2017, p. 528.

81. Ranchordas 2019b, p. 18-20; Ranchordas 2018a, p. 129; Europese Commissie 2016, p. 4-5; Doménech-Pascual 2016, p. 718; Tadelis 2016, p. 322; Thierer e.a. 2016, p. 841; Koopman, Mitchell & Thierer 2015, p. 541; Schor 2014, p. 7.

82. Ranchordas 2016a, p. 105; ShareNL 2015, p. 24. Op dit punt lopen de eerste en de tweede verklaring overigens in elkaar over, want deze systemen worden op hun beurt aangestuurd via algoritmes.

83. Ranchordas 2019b, p. 24; Van Dijck, Poell & De Waal 2016, p. 77; ShareNL 2015, p. 24. Een voorbeeld van een platform waarbij daadwerkelijk van certificering gebruik wordt gemaakt is Helpling, waar aanbieders van schoonmaakdiensten alleen worden aanvaard als ze aan de relevante eisen voldoen; zie Frenken e.a. 2017, p. 43.

84. Moerel & Van der Wolk 2017, p. 45; Thierer e.a. 2016, p. 860.

85. Zie Ranchordas 2018a, p. 130 e.v.; ACM 2017, p. 10; Leong & Belzer 2017, p. 1287.

86. Het gaat hier om peer-to-peer-reputatiesystemen; zie Van Dijck, Poell & De Waal 2018, p. 43; Leong & Belzer 2017, p. 1288; Tadelis 2016, p. 328; Thierer e.a. 2016, p. 864. Zie voor een heel aantal voorbeelden van verschillende systemen ook ACM 2017, p. 5-6.

bijvoorbeeld als de lener de camera heeft beschadigd of hem niet op tijd terug heeft gebracht.⁸⁷ Soms gebeurt dit via een simpel systeem van het toedelen van sterren of cijfers, wat het geven van een beoordeling heel laagdrempelig maakt, maar vaak wordt ook verwacht dat korte recensies worden geschreven.⁸⁸ Daarnaast werken veel platformen met uitgebreide en zichtbare gebruikersprofielen waarbij informatie wordt gegeven over de aanbieders van bepaalde goederen en diensten, vaak voorzien van een naam en foto en van de nodige persoonlijke informatie. Al die informatie en beoordelingen maken het voor gebruikers van een platform heel gemakkelijk om een inschatting te maken van de betrouwbaarheid en kwaliteit van bepaalde aanbieders of afnemers.⁸⁹ Daardoor is het risico van het delen met of helpen van een wildvreemde beheersbaar geworden. Als het bijvoorbeeld gaat om het huren van een appartement via Airbnb, kan iemand afgaan op informatie over de verhuurder die blijkt uit diens profiel en op wat anderen al hebben gezegd over de staat van onderhoud, de verzorging, de bereikbaarheid etc.⁹⁰ En als het erom gaat een lange autorit te maken met een onbekende chauffeur, kan een gebruiker van Blablacar het prettig vinden dat de chauffeur op haar profielfoto vriendelijk oogt en dat de beoordelingen laten zien dat ze andere mensen zonder mankeren naar de juiste bestemming heeft gebracht.

Digitale verificatie-, beoordelings- en reputatiemechanismen lijken dus op de mechanismen die in de fysieke wereld maken dat mensen besluiten om iemand te helpen of een ding uit te lenen, om een bepaald product te kopen of om met een bepaalde aanbieder van een dienst in zee te gaan.⁹¹ Bovendien zijn profielen, beoordelingen en recensies via een webinterface of app gemakkelijk aan te maken, goed raadpleegbaar en direct inzichtelijk.⁹² Ook deze factor verklaart daarom in belangrijke mate waarom digitale platformen een zo hoge vlucht hebben kunnen

87. Zie bijv. Citron & Pasquale 2014, p. 3. Overigens wordt een volledig tweezijdig systeem, waarbij zowel de verkoper/dienstverlener als de koper/dienstafnemer wordt beoordeeld, lang niet altijd gebruikt; of het zinvol is om dat te doen hangt af van de aard van de dienst of van de zaak waar een transactie betrekking op heeft; zie nader Tadelis 2016, p. 328-329.

88. Zie ACM 2017, p. 10; Leong & Belzer 2017, p. 1287; Ranchordas 2018b, p. 130 e.v.

89. Ter Weel e.a. 2018, p. 9; Schoenbaum 2016, p. 11. Vgl. ook Ranchordas 2019b, p. 20 en p. 33; zij legt uit dat dit vooral belangrijk is bij 'experience goods', waarvan de kwaliteit moeilijk op voorhand is in te schatten.

90. Vgl. Schoenbaum 2016, p. 11: het gaat erom dat de transacties op deze manier weer meer persoonlijk worden gemaakt.

91. Ranchordas 2018a, p. 127 e.v.; Thierer e.a. 2016, p. 868-869.

92. Ranchordas 2018a, p. 132; Schmidt 2017, p. 12.

nemen: het aangaan van transacties met vreemden is kinderlijk eenvoudig geworden.⁹³

2.2.1.3 Driehoeksrelaties: het digitale platform als performatieve derde speler

Een derde hoofdkenmerk van de platformeconomie is gelegen in het gegeven dat bij het delen, helpen en ruilen per definitie een derde speler is betrokken, waardoor er een driehoeksverhouding ontstaat.⁹⁴ Het platform levert immers ten minste de infrastructuur die nodig is om te intermedieren tussen aanbieder en afnemer.⁹⁵ Juristen breken zich het hoofd over de vraag hoe zij deze rol van digitale platformen precies moeten duiden. Moeten zij worden gezien als een passief ‘prikbord’ zonder daadwerkelijke functie, of als een actieve tussenpersoon of bemiddelaar die informatie zou moeten geven over, bijvoorbeeld, verzekerbaarheid, risico’s of juridische consequenties van tekortkoming in de nakoming?⁹⁶ Spelen platformen zoals Uber of Deliveroo alleen een relatief neutrale en faciliterende rol in het bewerkstelligen van een transactie tussen twee partijen over dienstverlening, of moeten ze worden gezien als (een nieuw soort) werkgever of opdrachtgever?⁹⁷ Kunnen platformen verantwoordelijk worden gehouden voor overlast of gebrekkige sociale cohesie door grootschalige verhuur van appartementen of voor schadelijke uitingen die door gebruikers via een platform worden gedaan?⁹⁸ Het antwoord op

93. Schmidt 2017, p. 12; Koopman, Mitchell & Thierer 2015, p. 542-543. Uit de Flash Eurobarometer 2018 blijkt dat 60% van de Europese gebruikers juist de beschikbaarheid van ratings en reviews ziet als een van de grote voordelen van een platform (p. 4). Zie ook Ranchordas 2018a, p. 132, die aangeeft dat Amerikaans onderzoek laat zien dat 82% van de consumenten recensies leest om te beslissen welk hotel, restaurant of elektronisch product ze zullen kiezen. Deze mechanismen werken overigens lang niet altijd goed, wat ze kwetsbaar kan maken; zie Ranchordas 2019b, p. 23-24; Ranchordas 2018a, p. 129 e.v.; Tadelis 2016, p. 333 e.v. Dit maakt ook dat nogal wat mensen toch wantrouwend staan tegenover deze beoordelingsmechanismen; zie Flash Eurobarometer 2018, p. 4 en 41 en ACM 2017, p. 6.

94. Burri & Heeger-Hertter 2018, p. 1003; Dølvik & Jesnes 2017, p. 13; Hatzopoulos & Roma 2017, p. 85; Schmidt 2017, p. 10; Aloisi 2016, p. 656; Europese Commissie 2016, p. 3. Ook andere driehoeksrelaties zijn overigens wel omschreven. Zo spreekt Ranchordas van een relatie tussen 1) de consument-aanbieder en de consument-consument; 2) het platform; en 3) een onderbenut materieel of immaterieel goed (een huis, een auto, vrije tijd) (Ranchordas 2016a, p. 106). Omdat het onderbenutte materiële of immateriële goed geheel passief is, wordt dit in de in dit preadvies gedefinieerde driehoeksrelatie achterwege gelaten en wordt alleen gefocust op de actieve partijen (dus a) de aanbieder; b) de afnemer of gebruiker en c) het platform)).

95. Schmidt 2017, p. 10.

96. Vgl. Bennaars 2018, p. 10-11; Hatzopoulos & Roma 2017, p. 104; Schmidt 2017, p. 10. Zie ook HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099 (*Duinzicht*).

97. Vgl. Bennaars 2018, p. 11; Burri & Heeger-Hertter 2018, p. 1003 e.v.; Schmidt 2017, p. 10.

98. Vgl. Bennaars 2018, p. 14.

veel van die vragen is nog onduidelijk, maar het enkele feit dat ze er zijn laat wel zien dat platformen een zekere rol spelen.⁹⁹ Weliswaar varieert de precieze invloed per platform en context, maar het is een feit dat de platformexploitanten bepalen welke vormen van kunstmatige intelligentie worden ingezet om het platform goed te laten functioneren, hoe en welke data daarvoor worden verzameld en doorzocht, en hoe de digitale interface vorm krijgt die maakt dat aanbieders en afnemers er gebruik van maken.¹⁰⁰ De platformen stemmen vervolgens via hun algoritmen vraag en aanbod op elkaar af, zorgen voor goed inzetbare gebruikersprofielen en gepersonaliseerde aanbiedingen, en maken reputatiebeoordelingen toegankelijk. Daardoor spelen platformen ten minste een modererende en vaak zelfs een performatieve rol, waardoor ze in de verhouding tussen aanbieders en afnemers een factor van grote betekenis zijn geworden.¹⁰¹

2.2.2 *De platformeconomie centraal*

De hierboven besproken kenmerken maken samen dat de opkomst van digitale platformen een daadwerkelijke economische, maatschappelijke en juridische vernieuwing teweegbrengt. Gelet daarop staan digitale platformen in dit preadvies centraal. Een bijkomend voordeel van de keuze voor het begrip ‘platformeconomie’ in plaats van voor begrippen als ‘deeleconomie’ of ‘collaboratieve economie’ is dat een aantal van de in paragraaf 2.1.2 besproken controversiële definitie-elementen wordt vermeden.¹⁰² Zo is het niet noodzakelijk om te definiëren wat er nu precies benut wordt (een goed of een dienst) en evenmin wie dat goed of die dienst aanbiedt (een natuurlijk persoon, een privaatrechtelijke rechtspersoon of een overheidsorgaan).¹⁰³ Ook is niet van belang of er wel of niet een tegenprestatie in de vorm van geld wordt geleverd, net zomin

99. Zie Van Dijck, Poell & De Waal 2018, p. 44.

100. Schmidt 2017, p. 10.

101. Van Dijck, Poell & De Waal 2018, p. 24 en 45.

102. Strikt genomen zou het nog correcter en vollediger zijn om, met Van Dijck, Poell en De Waal, te spreken over de ‘platformsamenleving’ in plaats van de platformeconomie, omdat de invloed van platformen veel verder strekt dan de economie alleen (Van Dijck, Poell & De Waal 2018, p. 2: ‘Platforms (...) do not *cause* a revolution; instead, they are gradually infiltrating in, and converging with, the (offline, legacy) institutions and practices through which democratic societies are organized.’). Omdat aanvankelijk was aangekondigd dat de vergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht waarvoor dit preadvies is geschreven zich specifiek zou richten op de deeleconomie, is er echter voor gekozen om niet te ver van de economie af te dwalen. De hier gegeven voorbeelden en analyses zijn veelal beperkt tot economisch relevante vraagstukken. Vragen rondom, bijvoorbeeld, de effecten van platformisering voor het kiesrecht of voor de institutionele inrichting van democratische systemen komen daarom niet aan bod.

103. Vgl. Burri & Heeger-Hertter 2018, p. 1001.

als of daadwerkelijk sprake is van gebruik van onderbenut potentieel.¹⁰⁴ Relevant is alleen dat een digitaal platform wordt ingezet om interactie, samenwerking en uitwisseling mogelijk te maken. Een digitaal platform is daarbij te definiëren als een ‘technologische, economische en sociaal-culturele infrastructuur voor het faciliteren en organiseren van online sociaal en economisch verkeer tussen gebruikers en aanbieders, met (gebruikers)data als brandstof’.¹⁰⁵ Platformen verkopen dus zelf geen goederen en ze verlenen geen diensten; het zijn primair intermediairs die een modererende of performatieve rol spelen in het realiseren van transacties tussen andere partijen.¹⁰⁶

Het begrip ‘platformeconomie’ loopt daarmee dus niet helemaal parallel met dat van de collaboratieve economie.¹⁰⁷ Enerzijds is de notie van de platformeconomie veel breder, juist doordat niet wordt gekeken naar het al dan niet commerciële doel van de platformen, naar wat er via een platform wordt uitgewisseld of naar de aard van de betrokken partijen.¹⁰⁸ Ook crowdfundingdiensten,¹⁰⁹ ‘filesharing’-diensten en informatieuitwisseling via sociale media kunnen daardoor bijvoorbeeld worden gezien als platformdiensten, terwijl zij meestal niet tot de collaboratieve economie worden gerekend.¹¹⁰ Het voordeel van een dergelijke ruime definitie is dat rekening wordt gehouden met het gegeven dat digitale platformen als Facebook, LinkedIn, YouTube, Twitter, Netflix, Spotify of Instagram voor de economie en de samenleving van buitengewoon belang zijn geworden.

104. Sommige auteurs onderscheiden binnen de platformeconomie wel weer tussen commercieel en niet-commercieel gedreven platformen; zie Schmidt 2017, p. 9. Vanwege het doel van dit preadvies is dit onderscheid echter van ondergeschikt belang in vergelijking met de kenmerken die de twee typen gemeenschappelijk hebben.

105. Van Dijck, Poell & De Waal 2016, p. 11; zie ook Frenken e.a. 2017, p. 22 en voor een nadere, Engelstalige uitwerking ook Van Dijck, Poell & De Waal 2018, p. 31 e.v. Burri en Heeger-Hertter geven een iets eenvoudiger definitie: ‘Platformeconomie verwijst naar een bedrijfsmodel waar vraag naar en aanbod van goederen en/of diensten via een online platform bij elkaar worden gebracht’ (Burri & Heeger-Hertter 2018, p. 1001).

106. Van Dijck, Poell & De Waal 2018, p. 44-46; Van Dijck, Poell & De Waal 2016, p. 10; Ranchordas 2016a, p. 104.

107. Burri & Heeger-Hertter 2018, p. 1001; ShareNL 2015, p. 16.

108. Sommige auteurs doen dat wel, bijvoorbeeld door binnen de platformeconomie nader onderscheid te maken tussen commerciële en niet-commerciële platformen; zie Schmidt 2017, p. 9. Voor het doel van dit preadvies is dat onderscheid echter niet zo relevant, omdat beide typen platformen zich nog steeds kenmerken door verzameling, analyse en gebruik van gebruikersdata en -profielen en de genoemde driehoeksverhouding voor beide typen platformen tot juridisch relevante vragen kan leiden.

109. Zie uitgebreid Lenz 2016; hij spreekt in dit verband van ‘peer-to-peer lending’, waarbij een platform in feite de taak overneemt van een bank om te intermediairen tussen investeerders en een start-up of project. Zie ook het overzicht van platformen bij Schmidt 2017, p. 6.

110. Hatzopoulos 2018, p. 7-8; Frenken & Schor 2017, p. 4; Schor 2017, p. 266; Van Eijk e.a. 2015, p. 10 e.v.

Deze platformen maken het immers mogelijk om niet-tastbare goederen, met name informatie in de vorm van nieuws, foto's, films, gevoelens, video's, vacatures etc., te delen met een veelheid van andere mensen en om die informatie te 'vermarkten'.¹¹¹ Daarbij hebben ze een grote invloed, al is het maar omdat traditionele aanbieders van informatie (zoals kranten, uitgevers, videoproducenten of uitzendbureaus) hierdoor concurrentie hebben gekregen en hun eigen marktstrategieën volledig op de nieuwe werkelijkheid hebben moeten aanpassen.¹¹² Ook genereren veel informatievoorzieningsplatformen (al dan niet indirect) reclame-inkomsten, ook al hoeft er voor bepaalde diensten niet te worden betaald (zoals bij de informatieuitwisseling via Facebook, LinkedIn of YouTube).¹¹³ Voor de platformeconomie zijn deze spelers dus van groot belang.

Tegelijkertijd is de hier gehanteerde definitie van de platformeconomie smaller dan die van de collaboratieve economie. 'Klassieke', fysieke vormen van helpen, ruilen en delen worden er namelijk niet door afgedekt, ook al kan ook bij die vormen sprake zijn van het elkaar gebruik laten maken van onderbenut potentieel.¹¹⁴ Bovendien vallen niet-digitale uitdrukkingen van de collaboratieve economie, zoals het delen van werkplaatsen of ateliers via een fysiek datumlijstje of het aanbieden van goederen via een prikbord of krantenberichtje, niet onder de platformeconomie en komen zij in dit preadvies dan ook niet aan bod.¹¹⁵ In plaats daarvan staan digitale platformen als intermediair tussen gebruikers centraal.

3. Wat zijn grondrechten?

3.1 Categorieën van grondrechten

Om te kunnen beoordelen of en op welke manier grondrechten in de platformeconomie worden geraakt, is het nodig om te bepalen wat grondrechten nu eigenlijk zijn.¹¹⁶ Een eenvoudig en helder, maar beperkt antwoord op die vraag is dat het gaat om de rechten die als grondrechten zijn erkend door middel van codificatie in internationale verdragsinstru-

111. Van Dijck, Poell & De Waal 2018, p. 37 e.v. en (specifiek als het gaat om nieuwsvoorziening) p. 59 e.v.; Schmidt 2017, p. 6; Ranchordas 2016a, p. 104.

112. Van Dijck, Poell & De Waal 2018, p. 60 e.v.

113. Sommige platformen laten rechtstreeks reclames zien, andere maken het door koppeling aan andere platformen (zoals socialemediaplatform Facebook) mogelijk dat gebruikersdata worden doorgegeven die invloed hebben op het advertentiebeleid van die platformen; zie Van Dijck, Poell & De Waal 2018, p. 61; Bar-Gill 2018, p. 3.

114. Vgl. Schor 2014, p. 3.

115. Ter Weel e.a. 2018, p. 1; Van Eijk e.a. 2015, p. 11.

116. Zie nader ook Gerards 2014.

menten en in de Grondwet.¹¹⁷ Een complexer, maar vollediger antwoord is dat het gaat om manifestaties of verfijningen van kernwaarden die wezenlijk worden gevonden voor mensen om een goed leven te kunnen leiden.¹¹⁸ Dat is de definitie die in dit preadvies wordt gekozen. Een korte bespreking van vier categorieën van grondrechten – privacyrechten, vrijheidsrechten, gelijkheidsrechten en procedurele rechten – kan de relatie tussen kernwaarden en grondrechten verduidelijken.¹¹⁹

3.1.1 *Privacygerelateerde rechten*

De brede categorie van de aan privacy gerelateerde rechten is nauw verbonden met verschillende kernwaarden, in het bijzonder met de menselijke waardigheid, de persoonlijke autonomie, de fysieke en geestelijke integriteit, en de eigen en de sociale identiteit.¹²⁰ Heel kort en grof samengevat houden die kernwaarden in dat moet worden gerespecteerd dat mensen zijn wie ze (willen) zijn, omdat ze allemaal als mens hun eigen waarde hebben.¹²¹ Typische voorbeelden van rechten die nauw met deze kernwaarden samenhangen zijn het persoonlijkheidsrecht,¹²² het recht op respect voor de persoonlijke leefomgeving (zoals de eigen woning), het recht op bescherming van persoonsgegevens,¹²³ rechten die te maken hebben met lichamelijke en geestelijke integriteit,¹²⁴ de bescherming van eer en goede naam,¹²⁵ en de gewetensvrijheid¹²⁶. Het gaat bij

117. Vgl. Hannum 2016, p. 412; Nickel 2007, p. 93 e.v.

118. Hierover bestaat een zeer uitgebreide literatuur, zowel in het recht als in de ethiek; zie voor een recent literatuuroverzicht bijv. Göbel 2019 en zie eerder onder meer Nickel 2007, p. 138 e.v. Zie over de relatie tussen geschreven en ongeschreven grondrechtelijke beginselen ook Gerards 2013a, p. 15-28.

119. Uiteraard zijn veel andere indelingen denkbaar en kan de hier gekozen indeling controverse oproepen omdat die veel verschillende rechten samenbrengt onder een beperkt aantal noemers. Toch is hiervoor gekozen in verband met de beperkte omvang van dit preadvies: de indeling in vier categorieën maakt het gemakkelijker om in par. 4 te kunnen beoordelen wat de grondrechtenconsequenties zijn van de deeleconomie. Zie voor een soortgelijke indeling ook Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018. De hiernavolgende bespreking is mede gebaseerd op de bespreking die in hoofdstuk II van dat boek is gegeven.

120. Vgl. ook Burbergs 2013.

121. Nader Göbel 2019; Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 53 e.v.; Koops e.a. 2017. Zie klassiek ook Warren & Brandeis 1890, p. 193-220. Er zijn nog tal van andere definities mogelijk; zie daarover, met nadere bronvermeldingen, Koops 2019, p. 534.

122. Zie nader Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 57-58; Janssen 2003; Nehmelman 2002.

123. Zie bijv. Koops e.a. 2017. Overigens geven zij aan dat dit recht ook nauw is verbonden met de andere, meer externe dimensie van privacy; zie daarvoor ook Koops 2019, p. 536.

124. Zie daarover nader bijv. Loof & Klaassen 2020 en Vonk 2019. Zie algemener ook Greer, Gerards & Slowe 2018, p. 330 en Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 71-72.

125. Zie uitgebreid Smet 2010; zie specifiek voor het EVRM ook Smet 2020.

126. Zie Vermeulen & Van Roosmalen 2018; Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 54 en 59-60; Evans 2001, p. 72.

deze rechten primair om ‘interne’ aspecten van het mens-zijn en van de eigen persoonlijkheid, die moeten worden beschermd tegen inmenging en bemoeienis door anderen.¹²⁷ Minstens zo belangrijk zijn meer externe en op sociale identiteit gerichte aspecten van de persoonlijke levenssfeer, die gaan over de interactie met anderen.¹²⁸ Concrete uitwerkingen daarvan zijn het recht op respect voor het gezinsleven of het recht om te huwen,¹²⁹ en het recht om relaties met de buitenwereld aan te gaan, zowel in het privéleven als in de werksfeer.¹³⁰

Onder de brede categorie van privacygerelateerde rechten kan in de tweede plaats een aantal rechten worden ondergebracht die kunnen worden gezien als voorwaardenscheppend voor de uitoefening van de hiervoor genoemde kernwaarden. Het ultieme voorbeeld is het recht op leven: als dit recht niet effectief wordt beschermd, is het op geen enkele manier mogelijk om een van de andere genoemde rechten te kunnen uitoefenen en om waarden als die van menselijke waardigheid of autonomie te kunnen verwezenlijken. Hetzelfde geldt voor ‘sociale’ grondrechten zoals het recht op water en voedsel, het recht op goede arbeidsomstandigheden, het recht op een bestaansminimum of het recht op een toegankelijke gezondheidszorg.¹³¹ Als dergelijke basisvoorwaarden onvoldoende worden vervuld, is het niet mogelijk (of in ieder geval minder gemakkelijk) om een menswaardig leven te kunnen leiden waarbinnen autonome keuzes mogelijk zijn.¹³²

127. Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 53 e.v.; Koops e.a. noemen dit de as van de ‘freedom to be let alone’ (Koops e.a. 2017, p. 566). Zie ook Koops 2019, p. 535.

128. Koops e.a. duiden dit aan als de as van de ‘freedom to self-development’ (Koops e.a. 2017, p. 566); zie ook Koops 2019, p. 535, waar hij spreekt van de dimensie van maatschappelijke contexten en sociale interactie.

129. Koops e.a. rekenen dit recht dan ook tot het privéleven (Koops e.a. 2017, p. 521 e.v.). Het EHRM is hierin in het algemeen preciezer en maakt onderscheid tussen privé- en gezinsleven; tegenwoordig beschouwt het bijvoorbeeld het recht om partnerschappen aan te gaan met mensen van gelijk geslacht als onderdeel van het recht op respect voor het gezinsleven, terwijl het dit aspect eerder tot het privéleven rekende (zie bijv. Forder 2020; De Vries 2018); beide aspecten maken echter onderdeel uit van één en dezelfde EVRM-bepaling, namelijk art. 8. Ditzelfde geldt voor de corresponderende bepaling in art. 7 van het EU-Grondrechtenhandvest.

130. Het EHRM heeft dit nadrukkelijk erkend als onderdeel van het recht op respect voor de persoonlijke levenssfeer zoals beschermd door art. 8 EVRM; zie nader en met bronvermeldingen Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 70.

131. Het onderscheid tussen sociale en klassieke grondrechten is grotendeels achterhaald en zal hier daarom niet scherp worden gemaakt; in plaats daarvan wordt juist de onderlinge samenhang tussen deze rechten benadrukt. Zie voor een uitgebreide nadere analyse op dit punt o.m. Leijten 2018; zie korter Gerards 2013a, p. 3-6.

132. Vgl. de ‘Vance’-conceptie van sociale rechten; zie daarover Nickel 2007, p. 139 e.v.

3.1.2 *Vrijheidsrechten*

Vrijheidsrechten hebben eveneens een sterke relatie met de hierboven benoemde kernwaarden, maar zij betreffen sterker het externe aspect: zij zien erop dat individuen onbelemmerd uitdrukking kunnen geven aan hun eigen identiteit.¹³³ Zo zorgt de vrijheid van meningsuiting ervoor dat mensen hun eigen opvattingen of gevoelens kunnen delen met anderen, terwijl de godsdienstvrijheid ruimte laat om een bepaalde geloofsovertuiging (of juist het ontbreken daarvan) actief te belijden en uit te dragen. De verenigingsvrijheid laat toe dat mensen samenkomen met gelijkgestemden, terwijl de demonstratievrijheid betrekking heeft op het op bepaalde manieren kenbaar maken van bepaalde opvattingen aan de buitenwereld, bijvoorbeeld via een mars of het meedragen van paraplu's. De bewegingsvrijheid en het 'habeas corpus'-recht maken het mogelijk om zich ongehinderd te verplaatsen; het eigendomsrecht laat toe dat mensen zelf kunnen bepalen wat ze met hun spullen doen. Het kiesrecht maakt het mogelijk dat mensen vrij kunnen kiezen wie hen zal vertegenwoordigen bij het maken van wetgeving en beleid enzovoort.

Deze voorbeelden laten zien dat de vrijheidsrechten van groot belang zijn voor de persoonlijke autonomie, de eigen identiteit en de menselijke waardigheid, maar daartoe is hun waarde niet beperkt. De vrije uitwisseling van standpunten en ideeën, de toegang tot informatie, een ruime verenigingsvrijheid, de mogelijkheid om ongehinderd een stem te kunnen uitbrengen op een bepaalde kandidaat tijdens de verkiezingen, de mogelijkheid om petitie te kunnen indienen: dat alles is essentieel om een democratische rechtsstaat goed te laten functioneren en om ruimte te laten voor debat en de confrontatie van verschillende opvattingen en ideeën.¹³⁴ Vrijheidsrechten houden dus ook verband met kernwaarden als rechtsstatelijkheid, pluralisme en democratie.¹³⁵

3.1.3 *Gelijkheidsrechten*

Vertrekpunt van de gelijkheidsrechten is de kernwaarde van gelijkwaardigheid.¹³⁶ De behoeften, kwaliteiten, wensen of talenten van ieder mens

133. Zie bijv. Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 92; Nieuwenhuis 2013, p. 91.

134. Idem.

135. Bijv. Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 92; Nieuwenhuis 2013, p. 92. Ook het EHRM heeft deze relatie uitdrukkelijk gelegd; zie nader bijv. Gerards 2019, p. 64-67.

136. Zie onder meer Rawls 1971 (herdrukte versie 1997), p. 186. Een gerelateerde notie is te vinden in een klassieke frase van Dworkin, die wijst op het recht 'to be treated with equal concern and respect' (Dworkin 1977, p. 227). Dit betekent onder meer dat ieders belangen op een gelijke manier moeten worden gewogen; zie Benn 1967 (herdrukt in 1997), p. 114-115.

zijn anders, maar die verschillen mogen niet maken dat sommige mensen of groepen van mensen als ‘minderwaardig’ worden behandeld.¹³⁷ Iedereen heeft het recht om op gelijke voet aan de samenleving, de economie en de arbeidsmarkt deel te nemen (inclusiviteit) en het is niet aanvaardbaar om groepen of personen zonder goede reden uit te sluiten van de toegang tot belangrijke maatschappelijke goederen (toegankelijkheid).¹³⁸ Op dit punt bestaat er een nauwe relatie met de hiervoor genoemde kernwaarden van menselijke waardigheid, autonomie, identiteit en integriteit. Het ontbreken van gelijkwaardige en inclusieve toegang tot belangrijke voorzieningen maakt het immers moeilijk om aan die kernwaarden tegemoet te komen.

De noties van gelijkwaardigheid, inclusiviteit en toegankelijkheid betekenen niet dat mensen altijd volledig gelijk moeten worden behandeld. Er kunnen goede redenen zijn om rekening te houden met de verschillen tussen mensen of de situaties waarin ze zich bevinden. Ongelijke behandeling kan zelfs ‘eerlijker’ zijn dan gelijke behandeling als daarmee beter tegemoet wordt gekomen aan de individuele wensen, behoeften of capaciteiten.¹³⁹ Als de verschillen tussen mensen niet terdege in besluitvorming en bij regelgeving worden betrokken, kan het gevolg bovendien zijn dat die mensen in feite alsnog worden buitengesloten.¹⁴⁰ Het recht op ‘gelijke behandeling’ en non-discriminatie impliceert dus vooral een ‘faire’ behandeling die is gebaseerd op objectieve, zo veel mogelijk rationele gronden, waarbij rekening wordt gehouden met de waarden van gelijkwaardigheid, inclusiviteit en toegankelijkheid.¹⁴¹

3.1.4 Procedurele grondrechten

Procedurele grondrechten, zoals het recht op een effectief rechtsmiddel en het recht op een eerlijk proces voor een onafhankelijke en onpartijdi-

137. Vgl. bijv. Spiegelberg 1969, p. 144 e.v.

138. Dit vloeit voort uit een ‘gemoraliseerd’ begrip van non-discriminatie of gelijkheid; zie nader Altman 2015.

139. Vgl. Altman 2015; zie ook uitgebreid Gerards 2002, p. 9 e.v.

140. Het gaat dan om een formeel gelijke behandeling, met een materieel ongelijk resultaat; vgl. ook daarvoor Altman 2015 en Gerards 2002, p. 12. Als dit ongelijke resultaat bovendien een specifieke groep disproportioneel treft, kan sprake zijn van ‘indirecte’ discriminatie; zie nader bijv. Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 85; Schiek 2007; Gerards 2002, p. 13-14.

141. Dit betekent dat in belangrijke mate een normatieve of morele betekenis aan het gelijkheidsbeginsel wordt toegekend. Dat is nodig omdat het gelijkheidsbeginsel op zichzelf een ‘leeg’ of procedureel beginsel is, dat pas inhoud krijgt als er een prescriptieve norm aan wordt toegevoegd. Zie daarover kort Gerards 2013b en uitgebreid Westen 1982.

ge rechter,¹⁴² zijn wezenlijk om geschillen op een effectieve en objectieve manier te kunnen oplossen en om rechtsherstel te kunnen bieden bij aantasting van individuele belangen.¹⁴³ Daarnaast zijn deze rechten essentieel bij de controle op de uitoefening van wetgevende en uitvoerende bevoegdheden door de overheid.¹⁴⁴ Zeker als grondrechten zijn aangetast, is het belangrijk dat een objectieve derde dit kan vaststellen en dat deze eventueel een besluit kan vernietigen of een wettelijke regeling buiten toepassing kan verklaren.¹⁴⁵ Deels zijn procedurele grondrechten dan ook instrumenteel van aard, in die zin dat ze helpen om de hiervoor besproken, meer materiële grondrechten te realiseren.¹⁴⁶ Tegelijkertijd kan worden aangenomen dat procedurele grondrechten ook intrinsiek bepaalde kernwaarden representeren, in het bijzonder waarden als eerlijkheid (waarbij het vooral gaat om openheid, evenwichtigheid en objectiviteit) en procedurele rechtvaardigheid.¹⁴⁷

3.2 Onbepaaldheid, proliferatie en inflatie van grondrechten

Als concrete uitwerkingen van de genoemde grondwaarden zijn de hiervoor genoemde vier categorieën van grondrechten op uitgebreide schaal en in zekere mate van detail gecodificeerd in allerlei internationale, Europese en nationale reguleringsinstrumenten.¹⁴⁸ Over het grondrechtelijk karakter van de genoemde voorbeelden bestaat ook wel consensus. Veel minder eenstemmigheid is er over het grondrechtelijk gehalte van allerlei meer concrete manifestaties.¹⁴⁹ Te denken is bijvoorbeeld aan een verbod op het wandelen met een niet-aangelijnde hond in het bos, of aan de regulering van tabaksreclame op internet. Een link met grondrechten is hier nog wel te vinden, maar toch komt de vraag op of dit echt grondrechtenkwesties zijn. Die vraag is vooral lastig te beantwoorden doordat het nauwelijks lukt om een grondrecht zo te definiëren dat de ‘buitengrenzen’ ervan scherp zijn afgelijnd en gemakkelijk kan worden bepaald wat erbinnen valt, en wat niet meer.¹⁵⁰ De wezenlijke kern van een grondrecht is meestal nog wel evident, zeker als wordt aangenomen dat grondrechten een specificering vormen van bepaalde waarden.¹⁵¹ Zo

142. Zie ook hiervoor Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 112 e.v., met verwijzingen naar verdere literatuur en bespreking van enkele relevante deelrechten.

143. Idem.

144. Vgl. Staatscommissie Grondwet 2010, p. 61.

145. Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 112 e.v.

146. Grootelaar 2018, p. 5.

147. Zie o.m. Grootelaar 2018, p. 9; Brems 2017, p. 27-28.

148. Zie voor een inmiddels al wat ouder overzicht Gerards e.a. 2013.

149. Zie nader, met verdere bronvermeldingen, Gerards 2011.

150. Idem.

151. Ook het vaststellen van de kern van grondrechten is echter buitengewoon complex; zie daarover o.m. Leijten 2018.

zullen de meeste mensen het erover eens zijn dat directe inbreuken op de lichamelijke of geestelijke integriteit (zoals foltering of gedwongen medische behandelingen) zijn te zien als grondrechteninbreuken, net als nachtelijke invallen in de woning of een strafrechtelijk verbod op homoseksualiteit. In die gevallen is er immers een directe en duidelijke relatie met waarden als die van fysieke integriteit, menselijke waardigheid en autonomie. Het uitlaten van de hond of het maken van tabaksreclame liggen echter verder af van de kern van de grondrechten en van de waarden die zij representeren, zodat daar gronden zijn om te twijfelen over het grondrechtenkarakter ervan.¹⁵²

Ook van dergelijke, meer perifere kwesties is in de loop van de tijd echter steeds vaker aangenomen dat ze binnen het bereik van de grondrechten vallen.¹⁵³ Dat heeft iets te maken met de typische analogieredeneringen die worden gebruikt als het gaat om de kwalificatie van concrete casusposities als gerelateerd aan een grondrecht.¹⁵⁴ Als in een rechterlijke uitspraak of in een wet of beleidsstuk eenmaal een bepaalde situatie als grondrechtelijk is erkend, zullen zich in de praktijk al snel gevallen voordoen die met zo'n situatie vergelijkbare trekken vertonen, maar die toch weer net iets anders zijn. Om die nieuwe gevallen te kunnen kwalificeren als 'grondrechtelijk', wordt vaak (impliciet) ingeschat of de analogie met de eerdere gevallen sterk genoeg is om ook in het nieuwe geval aan te nemen dat een grondrecht van toepassing is. Dat gebeurt bovendien tegen de achtergrond van het (in westerse samenlevingen veelal) positieve imago van grondrechten: het wordt wenselijk gevonden om grondrechten zo veel mogelijk te beschermen, juist omdat ze nauw samenhangen met positieve waarden als menselijke waardigheid, autonomie, vrijheid, pluralisme, democratie, gelijkwaardigheid, inclusiviteit, eerlijkheid en procedurele rechtvaardigheid.¹⁵⁵ De neiging is daardoor groot om de verschillen tussen marginaal aan grondrechten gerelateerde situaties, gevallen en belangen als minder relevant te beschouwen en de overeenkomsten te benadrukken. Als een nieuwe situatie wordt gekwalificeerd als grondrechtelijk, kan die immers delen in de positieve associatie met deze kernwaarden en in de extra bescherming die grondrechten bieden aan bepaalde individuele belangen.

Het gevolg van deze tendens is een zekere olievlekwerking of 'proliferatie' van grondrechten.¹⁵⁶ In de loop van de tijd is de reikwijdte van grondrechtenbepalingen steeds ruimer geworden en grondrechtenbepa-

152. Gerards 2014; Gerards 2011.

153. Idem.

154. Gerards 2011, met nadere bronvermeldingen.

155. Clément 2018, p. 157; Gerards 2014, p. 37.

156. Gerards 2014; Gerards 2011.

lingen dekken een steeds groter aantal belangen af, ook als ze verder zijn afgelegen van de kernwaarden zoals ze in paragraaf 3.1 zijn besproken.¹⁵⁷ Daarnaast wordt steeds vaker aangenomen dat grondrechten niet meer alleen toekomen aan mensen of hun vertegenwoordigers (zoals kerkgenootschappen of uitgevers), maar ook aan bedrijven en zelfs soms aan overheden.¹⁵⁸ Inmiddels komt dat ook tot uitdrukking in codificaties die een relatief recente consensus representeren over de vraag welke rechten kunnen worden beschouwd als grondrechten. Het EU-Handvest voor de Grondrechten bevat bijvoorbeeld bepalingen over de rechten van consumenten en de vrijheid om een onderneming te drijven, waarbij dit laatste recht uitdrukkelijk ook toekomt aan rechtspersonen.¹⁵⁹

Deze proliferatie van grondrechten heeft onder meer invloed op de manier waarop wordt omgegaan met botsingen tussen grondrechten en andere algemene belangen. In het algemeen wordt ervan uitgegaan dat grondrechten niet absoluut zijn.¹⁶⁰ Het gaat om uitdrukkingen van individuele belangen, die moeten kunnen wijken als er meer zwaarwegende maatschappelijke belangen of belangen van anderen op het spel staan.¹⁶¹ Grondrechten dienen bij die afwegingen als een soort ‘troefkaarten’: het gewicht van het grondrechtelijke belang is groot en er zijn sterke argumenten en ‘tegenbelangen’ nodig om een inbreuk op het grondrecht te kunnen rechtvaardigen.¹⁶² De proliferatie van grondrechten betekent dat steeds meer belangen mee zijn gaan delen in de bijzondere waarde en het bijzondere gewicht van grondrechten.¹⁶³ Langzaamaan kan daardoor vrijwel ieder conflict van belangen als een grondrechtenconflict worden

157. Idem; zie ook Clément 2018, p. 155.

158. Het gaat hierbij om ‘pluraliteit van aanspraakmakers’; zie nader, met voorbeelden en bronvermeldingen, Julicher e.a. 2019; Gerards 2017a, p. 9; Fura-Sandström 2007; Emberland 2006; zie eerder ook al Bovens 1998, p. 655.

159. Zie resp. art. 37 en art. 16 EU-Grondrechtenhandvest. Zie over deze laatste bepaling o.m. Gill-Pedro 2017, die onderzoekt welke morele grondwaarde aan dit grondrecht ten grondslag kan worden gelegd.

160. Het EU-Grondrechtenhandvest bevat met het oog daarop in art. 52 lid 2 een algemene beperkingsclausule die voor alle EU-Handvestrechten van toepassing is. Voor het EVRM zijn er iets meer absolute rechten erkend (vgl. Gerards 2019, p. 19 e.v.). In het algemeen wordt aangenomen dat vrijwel alleen het folterverbod absoluut is, hoewel zelfs daarover discussie bestaat als sprake is van een botsing tussen dit verbod en het recht op leven; zie daarover het uitgebreide wetenschappelijke debat tussen Steven Greer en een aantal andere wetenschappers: Greer 2011; Mavronicola 2012; Smet 2013; Greer 2015; Graffin 2017; Mavronicola 2017; Greer 2018. Via methoden als die van de redelijke uitleg van grondrechten worden bovendien vaak toch allerlei beperkingen mogelijk gemaakt; vgl. Gerards 2019, p. 21-23.

161. Dit houdt nauw verband met het karakter van grondrechten als rechtsbeginselen; zie daarover o.m. Gerards 2013a, p. 15 e.v.; Alexy 2002, p. 84; Burkens 1989, p. 55.

162. Vgl. bijv. Van der Schyff 2008, p. 140; Örüçü 1986, p. 37; zie ook Gerards (te verschijnen), par. 4.

163. Clément 2018, p. 155; Gerards 2014, p. 39; Nickel 2007, p. 53.

aangemerkt, waarbij in beide schalen van de balans een extra gewichtje wordt geplaatst.¹⁶⁴ Het recht op respect voor het privéleven komt dan bijvoorbeeld op gelijk niveau te staan met de vrijheid van een platform-exploitant om zijn bedrijf te voeren; het recht op non-discriminatie moet worden afgewogen tegen consumentenbelangen; of de rechter moet onderzoeken of een aanbieder van internetdiensten een redelijk evenwicht heeft gevonden tussen intellectuele-eigendomsrechten en de vrijheid van meningsuiting. Als hierbij geen of nauwelijks onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillende deelaspecten van grondrechten en hun waarde, kan dit ertoe leiden dat de extra bescherming die uitgaat van de grondrechtenkwalificatie feitelijk verdwijnt: ieder belang is immers even zwaarwegend, want ieder belang is een grondrecht.¹⁶⁵ Proliferatie kan dan leiden tot inflatie van grondrechten.¹⁶⁶

3.3 Grondrechten in de platformeconomie

Zoals in de inleiding is aangegeven, wordt in de literatuur over de platformeconomie gewezen op allerlei gunstige gevolgen van de opkomst van de digitale platformen.¹⁶⁷ Het gaat dan bijvoorbeeld om positieve welvaarts- en distributie-effecten, om een betere toegankelijkheid van de markt voor kleine spelers, om duurzaamheid, om het genereren van een divers aanbod voor de consument of om het beter inzetten van onderbenut potentieel. In lijn met de proliferatie van grondrechten en met wat goede wil kunnen al die positieve gevolgen in termen van grondrechten worden geduid, bijvoorbeeld door ze in verband te brengen met consumentenrechten,¹⁶⁸ de vrijheid om een onderneming te drijven,¹⁶⁹ het materiële gelijkheidsbeginsel, het recht op milieubescherming,¹⁷⁰ het eigendomsrecht of de contractsvrijheid.^{171,172} Ook de beweerde negatieve gevolgen kunnen in termen van diezelfde grondrechten worden gedefinieerd. Bij discussies over aantasting van sociale cohesie, verkeersveiligheid, arbeidsvoorwaarden, ruimtelijke ordening of verdringingseffecten

164. Zie voor mogelijke andere consequenties van proliferatie ook Van Sasse van Ysselt 2017, p. 7-9.

165. Gerards 2014, p. 39. Overigens heeft Clément ook wel gewezen op een ander potentieel nadeel, en dat is dat in debatten waarin alsnog sprake is van het troefkaarteffect van grondrechten, dat debat vrijwel wordt doodgeslagen als steeds meer belangen als grondrechten worden gekwalificeerd; het is dan nauwelijks nog mogelijk om op basis van rationele argumenten te prioriteren. Zie Clément 2018, p. 159.

166. Zie uitbreider hierover o.m. Clément 2018; Hannum 2016; Posner 2014; Wellman 1999; Glendon 1991.

167. Zie par. 1, met nadere bronvermeldingen.

168. Art. 38 EU-Grondrechtenhandvest.

169. Art. 16 EU-Grondrechtenhandvest.

170. Art. 37 EU-Grondrechtenhandvest.

171. Art. 17 EU-Grondrechtenhandvest; art. 1 Eerste Protocol EVRM.

172. Vgl. ook Clément 2018, p. 157.

kan bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel in stelling worden gebracht en kan worden gewezen op het recht op leven, de privacygerelateerde rechten, de sociale grondrechten of, opnieuw, de contractvrijheid en de vrijheid om een onderneming te drijven.

Zoals hiervoor is uitgelegd, wordt de meerwaarde van de kwalificatie als grondrecht echter snel minder groot als het voeren van discussies in termen van grondrechten in feite neerkomt op het voeren van een discussie over botsende individuele en maatschappelijke belangen en over sociale rechtvaardigheid in de samenleving.¹⁷³ Dit betekent uiteraard niet dat discussies over, bijvoorbeeld, consumentenrechten, markttoetreding, duurzaamheid, solidariteit of productveiligheid niet relevant zijn. Het is juist belangrijk dat een grondig maatschappelijk en politiek debat wordt gevoerd over de positieve of negatieve effecten van digitale platformen op sociale cohesie, op leefbaarheid van wijken, op ruimtelijke ordening of op de inrichting van onze instituties.¹⁷⁴ Wel betekent het dat de neiging moet worden weerstaan om vrijwel ieder vermeend voor- of nadeel van digitale platformen te duiden in termen van grondrechten en al deze maatschappelijke en politieke discussies in die termen te voeren.¹⁷⁵

Met dit in het achterhoofd zal in dit preadvies dan ook geen aandacht worden besteed aan, bijvoorbeeld, de voedselkwaliteit van maaltijden die via Thuisafgehaald kunnen worden besteld, de consequenties van het delen van auto's en taxiritten voor de verkeersveiligheid, de productveiligheid van spullen die via HeelNederlanddeelt kunnen worden gebruikt, de gevolgen van Airbnb-verhuur voor de woningvoorraad en de sociale cohesie in woonwijken, de effecten van de leveringsvoorwaarden van Marktplaats voor consumentenbelangen, de risico's van verdringing van bestaande aanbieders of beperkingen van de markttoegang voor nieuwe platformen, etc.¹⁷⁶ Voor dit preadvies worden discussies en consequenties over de platformeconomie pas relevant als ze min of meer rechtstreeks raken aan de kernwaarden die ten grondslag liggen aan de grondrechten zoals ze in paragraaf 3.1 zijn besproken, dus als ze nauw verband houden met menselijke waardigheid, persoonlijke autonomie, identiteit, fysieke

173. Vgl. Avbelj 2018, p. 8; Gerards 2014, p. 39.

174. Zoals Clément betoogt moet een dergelijk debat uiteraard wel worden gevoerd in het licht van overwegingen van 'social justice' (Clément 2018).

175. Zie ook Clément 2018; Hannum 2016.

176. Elders is daarover wel al de nodige informatie te vinden; zie bijv. Goes 2019; Van Dijck, Poell & De Waal 2018; Ranchordas 2018b, p. 658; Hatzopoulos & Roma 2017, p. 95 e.v.; Frenken e.a. 2017, p. 87 e.v.; Europese Commissie 2016; Van Dijck, Poell & De Waal 2016.

of geestelijke integriteit, vrijheid, pluralisme, democratie, gelijkwaardigheid, inclusiviteit, toegankelijkheid, eerlijkheid of procedurele rechtvaardigheid.¹⁷⁷

4. Digitale platformen en grondrechten: positieve gevolgen en risico's

In paragraaf 3 is betoogd dat het nuttig is om de grondrechteneffecten van de opkomst van digitale platformen te bestuderen vanuit een relatief smal gedefinieerd grondrechtenbegrip, waarbij het bestaan van een nauwe relatie tussen grondrechten en de onderliggende kernwaarden vooropstaat. Het doel van deze paragraaf, die de kern vormt van dit preadvies, is om deze effecten te verkennen voor de vier eerder besproken categorieën van grondrechten: privacygerelateerde rechten (par. 4.1), vrijheidsrechten (par. 4.2), gelijkheidsrechten (par. 4.3) en procedurele rechten (par. 4.4). Voor iedere categorie van rechten wordt daarbij zowel een aantal mogelijke positieve gevolgen van de platformeconomie besproken als een aantal risico's. Beoogd is daarbij niet om de verschillende rechten die tot een bepaalde categorie behoren uitputtend te analyseren. De focus ligt op die grondrechten waarvoor de platformeconomie een bijzondere relevantie heeft of kan hebben en op die aspecten van de platformeconomie die bijzondere relevantie hebben voor de grondrechten. Paragraaf 4.4, over procedurele rechten, heeft bovendien een iets afwijkend patroon, in die zin dat daarbij de positieve gevolgen en risico's niet afzonderlijk worden besproken. In plaats daarvan wordt in die paragraaf eerst ingegaan op de 'platformisering' van geschilbeslechting en de daarbij behorende voor- en nadelen voor de procedurele rechten; vervolgens wordt afzonderlijk aandacht besteed aan enkele risico's van de platformeconomie voor de procedurele rechten van partijen.

4.1 Privacygerelateerde rechten

4.1.1 *Privacygerelateerde rechten en de platformeconomie: positieve gevolgen*

Bezien vanuit de kernwaarden van menselijke waardigheid, persoonlijke autonomie, integriteit en identiteit zijn er grote voordelen verbonden aan de platformeconomie. Die voordelen schuilen met name in de mogelijkheid om interacties aan te kunnen gaan met anderen en in de gelegenheid die platformen bieden om uitdrukking te geven aan de

177. In feite neemt dit preadvies daarmee een kernrechtbenadering tot uitgangspunt. Zie voor de inzet van die benadering bij de afbakening van grondrechten nader o.m. Gerards (te verschijnen), par. 2 en 5; Leijten 2018; Hannum 2016; Gerards 2011.

eigen autonomie en identiteit.¹⁷⁸ Platformen maken het bijvoorbeeld eenvoudig om – vaak wereldwijd – spullen te verzamelen, te ruilen en te delen en dat is waardevol voor fervente aanhangers van bepaalde muziekstromingen, voor mensen met bijzondere levensstijlen, voor mensen met aparte liefhebberijen enzovoort. Ook samenwerken aan bijzondere of creatieve projecten kan via platformen op een soepele manier worden geregeld, en het wordt gemakkelijker om de juiste persoon te vinden voor het restaureren van een schilderij of voor de samenwerking aan een innovatief ICT-project. Doordat de gebruikte algoritmes door analyse van ‘big data’ heel precieze profielen kunnen maken, kunnen platformen er immers voor zorgen dat mensen precies die diensten, aanbieders of zaken kunnen vinden die passen bij hun persoonlijke voorkeuren.¹⁷⁹ Vanuit autonomieperspectief bezien zijn de mogelijkheden tot personalisering dus heel waardevol.

Veel dienstverleners zijn verder tevreden over de zelfstandigheid en flexibiliteit die platformen bieden. De studente die vrijelijk beslist om haar fiets ook te gebruiken om ’s avonds pizza’s rond te brengen, de autobezitter die ‘in between jobs’ wat bijverdient door taxiritjes aan te bieden, de eenzame oudere die zijn talent om handschriften te ontcijferen ook kan inzetten voor anderen: het biedt mensen een flexibele en gemakkelijke mogelijkheid om zich nuttig te voelen en om contacten te hebben met anderen.¹⁸⁰ De platformeconomie maakt het bovendien mogelijk dat zij zelf bepalen op welke tijdstippen, met welke intensiteit, en waar en hoe zij bepaalde diensten verlenen of werkzaamheden uitvoeren.¹⁸¹ Daardoor kunnen ook mensen die normaal gesproken moeite hebben met toetreding tot de arbeidsmarkt, bijvoorbeeld omdat ze kampen met een beperking of deel uitmaken van een sociaal achtergestelde of kwetsbare groep, via platformen toegang krijgen tot interessant en waardevol werk.¹⁸² Dat betekent dat de toegankelijkheid en inclusiviteit van de arbeidsmarkt door platformen kunnen worden bevorderd,¹⁸³ en op zijn beurt draagt

178. Vgl. Van Dijck, Poell & De Waal 2016, p. 29 e.v.

179. Vgl. King & Forder 2016, p. 700.

180. Schoenbaum 2018, p. 12; Frenken e.a. 2017, p. 35; Davidson & Infranca 2016, p. 269; Schor 2014, p. 7. Vrij veel mensen noemen dit ook wel als een belangrijke reden om gebruik te maken van platformen; zie Flash Eurobarometer 2018, p. 33. Uit empirisch onderzoek blijkt wel dat de contacten ook weer niet te ‘exotisch’ moeten worden; zie daarover Ladegaard 2018, p. 382.

181. Pesole e.a. 2018, p. 43 e.v.; Ter Weel e.a. 2018, p. 25; De Stefano 2016, p. 476. Zie echter ook Aloisi 2016, p. 662 en Leighton 2016, p. 862, die er onder meer op wijzen dat achter deze ervaren voordelen van flexibiliteit vaak minder zichtbare nadelen schuilgaan, zoals een gebrekkige carrièreopbouw.

182. Pesole e.a. 2018, p. 52; Ter Weel e.a. 2018, p. 1; Schmidt 2017, p. 13.

183. Althans, zo lijkt het; zie Burri & Heeger-Hertter 2018, p. 1002 voor een genuanceerder beeld en zie ook hierna, par. 4.3.2.

dat bij aan realisering van het door het EHRM belangrijk geachte recht om interacties te kunnen aangaan met de buitenwereld.¹⁸⁴

Het inzetten van platformen kan ten slotte goed passen bij een meer communautaristisch ingestoken definitie van het privéleven, waarbij het samenzijn in een gemeenschap en delen en helpen belangrijke waarden zijn. Dat speelt vooral bij niet-commerciële platformen die worden gedreven door coöperaties of broodfondsen, waarbij bijvoorbeeld gezamenlijk wordt gezorgd voor een inkomensvoorziening of een verzekering,¹⁸⁵ of waarbij gezamenlijk een auto of een moestuin wordt gebruikt en onderhouden. Als digitale platformen kunnen helpen om dergelijke initiatieven succesvol te maken, is dat winst, ook vanuit een grondrechtensperspectief.

4.1.2 *Privacygerelateerde rechten en de platformeconomie: risico's*

Hoewel de voordelen van de platformeconomie groot zijn, zijn er voor de privacygerelateerde rechten ook risico's te herkennen. Zoals hierna in paragraaf 4.1.2.1 zal blijken, betreffen die risico's allereerst de persoonlijke autonomie, de integriteit en de sociale identiteit: er zijn allerlei manieren waarop platformen ons leven steeds meer beginnen te beheersen en bepalen wie we zijn en hoe we ons gedragen. Uit deze analyse zal tegelijkertijd blijken dat die risico's vooralsnog vrij abstract van aard zijn en dat ze moeilijk in termen van subjectieve grondrechten kunnen worden gedefinieerd. Dit is anders waar het gaat om de gevolgen van beoordelingssystemen voor de reputatierechten (par. 4.1.2.2) en als het gaat om de consequentie van de inzet van big data-analyses voor de bescherming van persoonsgegevens (par. 4.1.2.3). Waar dergelijke risico's inmiddels via wetgeving en grondrechtenbepalingen al actief worden bestreden, blijkt dat moeilijker te zijn in relatie tot vraagstukken die zich kunnen voordoen in relatie tot een aantal voorwaardenscheppende grondrechten, zoals het verbod van uitbuiting, het recht op toegang tot sociale voorzieningen en het recht op goede arbeidsomstandigheden. Een analyse daarvan wordt gegeven in paragraaf 4.1.2.4.

4.1.2.1 *Persoonlijke autonomie, identiteit, integriteit, sociale relaties en reputatie*

Platformen gebruiken hun algoritmes stelselmatig voor personalisering van hun aanbod, waarbij ze bovendien kunnen inzetten op 'microtar-

184. Zie reeds EHRM 16 december 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:1216JUD001371088, NJ 1993/400, m.nt. E.J. Dommering, par. 29 (*Niemietz/Duitsland*).

185. Vgl. Den Ouden, Boogaard & Driessen 2019, p. 18.

geting', 'behavioural targeting' of andere vormen van gedragsbeïnvloeding.¹⁸⁶ Daarbij worden bijvoorbeeld formuleringen en aanbiedingen afgestemd op eerder zoekgedrag of op gedrag dat commercieel of maatschappelijk wenselijk wordt gevonden ('nudging').¹⁸⁷ Op die manier kunnen platformen de keuzes sturen die mensen normaliter zelf maken, zelfs zonder dat ze dat in de gaten hebben en zonder dat ze weten op welke gronden en op basis van welke informatie dat gebeurt.¹⁸⁸ De individuele keuzevrijheid komt onder druk te staan als het moeilijk wordt voor mensen om zich te onttrekken aan de slimme, onzichtbare en sterk gepersonaliseerde strategieën van een verkoop- of nieuwsvoorzieningsplatform, of als de maatschappelijke druk steeds groter wordt om niet meer als werknemer aan de slag te gaan maar om werk uit te voeren als zzp'er via een platform.¹⁸⁹ Spanning met de persoonlijke autonomie kan ook ontstaan als de overheid gebruikmaakt van 'nudging'-strategieën om mensen ertoe aan te zetten om van platformen gebruik te maken.¹⁹⁰ Zo is wel gewezen op de opkomst van de 'sharing city', waar de gemeentelijke autoriteiten het delen van onbenutte goederen en publieke faciliteiten centraal stellen en ze bijvoorbeeld het delen van auto's en ritten vergaand stimuleren om parkeerruimte in de stad beschikbaar te maken, betere bereikbaarheid van bepaalde wijken te genereren en de luchtkwaliteit te verbeteren.¹⁹¹ Dergelijke initiatieven beogen duidelijk publieke belangen te dienen, maar ze maken ook dat mensen in een bepaalde richting worden geduwd.¹⁹² In verband met de risico's daarvan voor de individu-

186. Zie nader o.m. Wagner & Eidenmüller 2019, p. 598 e.v.; Zuiderveen Borgesius 2014, p. 15 e.v.

187. Jacquemard & Van Est 2018; Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 128; Van Est & Gerritsen 2017, p. 19; Moerel & Van der Wolk 2017, p. 42; Zuiderveen Borgesius 2014, p. 15.

188. Jacquemard & Van Est 2018; Fogg 2003, p. 215. Wagner en Eidenmüller hebben erop gewezen dat steeds meer platformen slimme technieken in hun algoritmes inbouwen om ongemerkt de keuzes van mensen te beïnvloeden, zoals 'micro-cliffhangers' om kopers ertoe te verleiden om ook een volgende aankoop te doen (Wagner & Eidenmüller 2019, p. 593).

189. Zie bijv. Den Ouden, Boogaard & Driessen 2019, p. 29; Wagner & Eidenmüller 2019, p. 594 en 602 e.v.; Smink e.a. 2018, p. 206; Frenken e.a. 2017, p. 38; Rogers 2015, p. 101.

190. Zie over nudging Thaler & Sunstein 2008 en Ranchordas 2019a. Over de relatie tussen nudging en autonomie bestaat veel discussie. Zo heeft Westerman betoogd dat nudging door de overheid zeker niet haaks staat op autonomie, al moeten wel goede waarborgen worden geboden tegen misstappen (Westerman 2017, p. 588); zie ook bijv. Hansen & Jespersen 2013. Voor een verdere analyse van het debat, zie Ranchordas 2019b.

191. Amsterdam is bijvoorbeeld een 'sharing city', waarbij sinds 2015 wordt geëxperimenteerd met allerlei vormen van 'delen'; zie nader <https://www.sharenl.nl/amsterdam-sharing-city>; een internationaal netwerk is er inmiddels ook: zie <https://sharingcitiesalliance.com/#about>. Zie hierover nader Ranchordas 2019b; Ranchordas 2016a, p. 108. Vgl. ook Raven 2018, p. 10; Davidson & Infranca 2016, p. 263.

192. Vgl. Ranchordas 2019b, p. 15; Smink e.a. 2018, p. 206; Alemanno & Spina 2014; Fogg 2003, p. 212.

ele keuzevrijheid heeft het Rathenau Instituut zelfs voorgesteld om een nieuw grondrecht te erkennen, namelijk het grondrecht om niet te worden 'gemeten, geanalyseerd en gecoacht'.¹⁹³ Ook als een dergelijk nieuw en specifiek grondrecht niet wordt aanvaard, kan echter nog worden aangenomen dat de persoonlijke autonomie door gedragsbeïnvloeding door platformen onder druk kan komen te staan, en dat goede waarborgen moeten worden geboden om ervoor te zorgen dat deze beïnvloeding op een legitieme en voldoende controleerbare manier plaatsvindt.

Gedragsbeïnvloeding via platformen kan daarnaast tot effect kan hebben dat mensen zich minder vrij gaan voelen om te zijn wie ze willen zijn, waardoor platformen impact kunnen hebben op de individuele identiteit en de geestelijke integriteit.¹⁹⁴ Ook dit is een probleem waarop vooral is gewezen in literatuur: het constant monitoren van individueel internetgedrag om op basis daarvan voorstellen te kunnen doen voor goede 'matches' en de reputatie- en beoordelingssystemen waarmee vrijwel alle platformen werken.¹⁹⁵ Als mensen zich bewust zijn van deze monitoring en sturing, is er een risico dat ze daarop – bewust of onbewust – hun gedrag gaan afstemmen.¹⁹⁶ Vaak sturen platformexploitanten daar zelfs op en bouwen ze 'nudges' in om de platformen zo efficiënt mogelijk te laten functioneren.¹⁹⁷ Zo zijn er platformen waarop een soort 'gamification' is doorgevoerd, zodat virtuele punten kunnen worden gescoord bij goede dienstverlening en de resultaten te zien zijn op 'leaderboards' op de website.¹⁹⁸ Dit soort strategieën kan maken dat mensen zich gedwongen voelen om een bepaald type gedrag te gaan vertonen om steeds meer punten te krijgen en daarmee klanten of afnemers te werven. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen als het bijna alleen mogelijk is om een hoge waardering te krijgen als een aanbieder voortdurend razendsnel, behulpzaam, onderdanig of vrolijk is, en dat tot uitdrukking komt in de beoordelingen of leaderboards.¹⁹⁹ Het steeds moeten vertonen van dergelijk gedrag kan een aanzienlijke mate van emotionele inspanning vergen,²⁰⁰ zodanig dat de individuele identiteit en de geestelijke integriteit erdoor worden

193. Van Est & Gerritsen 2017, p. 43.

194. Vgl. Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 127; Frenken e.a. 2017, p. 35; WRR 2016, p. 92. Zuiderveen Borgesius spreekt in dit verband van 'privacy as identity construction' (Zuiderveen Borgesius 2014, p. 61).

195. Zie nader Zuiderveen Borgesius 2014, p. 75.

196. Idem.

197. Hatzopoulos 2018, p. 154; Ranchordas 2018b, p. 127-128.

198. Smink e.a. 2018, p. 205; Schmidt 2017, p. 12.

199. Van Dijck, Poell & De Waal 2018, p. 91; Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 127-128; Van Est & Gerritsen 2017, p. 23; Kool e.a. 2017, p. 68; Frenken 2016, p. 10; Natour 2016, p. 317.

200. De Stefano 2016, p. 478.

geraakt.²⁰¹ Daar komt bij dat het accepteren van werk of dienstverlening via een app of internetplatform hoe dan ook al het nodige vergt. Mensen moeten voortdurend online en beschikbaar zijn om in aanmerking te kunnen komen voor een klus of om gebruik te kunnen maken van een aanbod, en dat vraagt om een bepaald type gedrag.²⁰² Naarmate platformen alle facetten van het leven steeds meer gaan beheersen, of het nu gaat om werk, vrije tijd of nieuwsvoorziening, kan dat maken dat de eigen identiteit en het eigen leven er steeds meer door worden bepaald.

In verband met het voorgaande kan er verder op worden gewezen dat de platformeconomie de ontwikkeling van iemands sociale identiteit onder druk kan zetten, net als het recht om vrijelijk banden te kunnen aangaan met de buitenwereld.²⁰³ Daarop is vooral gewezen in verband met de sociale effecten van platformwerk.²⁰⁴ De platformeconomie werkt in de hand dat taken en diensten steeds verder worden gespecificeerd en worden opgeknipt in 'gigs' en 'microtaken'.²⁰⁵ Waar een werknemer meestal een heel pakket aan taken heeft, met een zekere diversiteit en met het nodige contact met collega's, wordt via platformen vooral gevraagd naar het vrij routinematig en op afstand uitvoeren van heel specifieke taken, zoals het invoeren van bepaalde data, het 'taggen' van foto's, het maken van transcripties of boekhoudkundige activiteiten.²⁰⁶ Dit 'ontbundelen', in combinatie met de vrij solistische manier waarop virtuele of digitale diensten kunnen worden verleend, kan leiden tot monotoon en weinig betekenisvol werk en tot een verlies van contacten met de buitenwereld en met andere werknemers.²⁰⁷

Op zichzelf zijn deze bedreigingen voor de persoonlijke autonomie, de individuele keuzevrijheid en de eigen of sociale identiteit algemeen en wat abstract van aard. Een daadwerkelijke inbreuk op subjectieve

201. Zie bijv. Smink e.a. 2018, p. 205, die vooral wijzen op de grote druk die hierdoor ontstaat en die de persoonlijke autonomie kan aantasten. Vgl. ook Zuiderveen Borgesius 2014, p. 75-76, die spreekt van intellectuele privacy.

202. Burri & Heeger-Hertter 2018, p. 1002; Hatzopoulos 2018, p. 154.

203. Zie voor dit deelaspect van het recht op respect voor het privéleven bijv. EHRM 16 december 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:1216JUD001371088, NJ 1993/400, m.nt. E.J. Dommering, par. 29 (*Niemietz/Duitsland*); EHRM 4 december 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204, EHRC 2009/13, m.nt. B.J. Koops, NJ 2009/410, m.nt. E.A. Alkema, par. 66 (*S. en Harper/Verenigd Koninkrijk*). Vgl. ook Koops e.a. 2017, p. 521 e.v.

204. Zie in het bijzonder Pesole e.a. 2018, p. 8.

205. Hatzopoulos 2018, p. 153; Ter Weel e.a. 2018, p. 25; Schmidt 2017, p. 13 en 15.

206. Ter Weel e.a. 2018, p. 9-10; Pesole e.a. 2018, p. 34-35; Schmidt 2017, p. 15; Aloisi 2016, p. 653; De Stefano 2016, p. 474.

207. Pesole e.a. 2018, p. 8. Vgl. ook De Stefano 2016, p. 477, die spreekt van een 'perceived dehumanization of their activity'; idem bij Schmidt 2017, p. 15.

privacyrechten zal lang niet altijd aantoonbaar zijn.²⁰⁸ Het EHRM heeft weliswaar, bijvoorbeeld, genderidentiteit en etnische identiteit expliciet erkend als door art. 8 EVRM beschermde aspecten van het privéleven,²⁰⁹ maar de genoemde effecten raken meestal eerder aan de eigen of de sociale identiteit in meer algemene zin.²¹⁰ Mogelijk zouden deze effecten wel een inbreuk kunnen opleveren van de geestelijke integriteit of de persoonlijke autonomie, maar ook daarbij heeft het EHRM een vrij hoge drempel aanvaard om van een daadwerkelijke aantasting te kunnen spreken.²¹¹ In veruit de meeste gevallen zal die drempel niet worden overschreden door de gedragsbeïnvloedende gevolgen van de platformen, voor zover die effecten al meetbaar en aantoonbaar zijn.²¹² Dat neemt niet weg dat de risico's bestaan voor de autonome keuzevrijheid en dat het voor de onderliggende waarden van de privacyrechten belangrijk is om ze te onderkennen.²¹³ In ieder geval is er aanleiding voor het maken van beleid en regelgeving om, bijvoorbeeld, transparantie, participatie en legitimiteit bij gedragsbeïnvloeding via platformen te garanderen. Waar duidelijk is dat die transparantie en waarborgen voor legitimiteit ontbreken, kan via de rechter bescherming van de aan de privacy gerelateerde rechten worden verkregen.

4.1.2.2 Reputatierechten

De beoordelingssystemen waarmee platformen werken, kunnen raken aan de reputatierechten.²¹⁴ Het EHRM heeft dergelijke rechten als belangrijk aspect erkend van het recht op respect voor het privéleven, vanwege het grote belang dat voor mensen samenhangt met hun eer en goede

208. Vgl. Zuiderveen Borgesius 2014, p. 62. Nog los van het feit dat lang niet iedereen dit soort beïnvloeding per definitie als een beperking van de individuele autonomie ziet; zie daarvoor de in noot 190 genoemde discussie.

209. Zie voor genderidentiteit EHRM 17 januari 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0117JUD002968316, EHRC 2019/79, m.nt. N.R. Koffeman (*X./Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*); zie voor etnische identiteit bijv. EHRM 12 april 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0412JUD006460212, EHRC 2016/165, m.nt. K. Henrard, par. 78 (*R.B./Hongarije*) en EHRM 17 januari 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0117JUD001085113, EHRC 2017/102, m.nt. E.H. Jansen (*Király en Dömötör/Hongarije*).

210. Zie over het recht op persoonlijke identiteit zoals erkend in de rechtspraak van het EHRM onder meer Vonk 2020.

211. Sprake moet zijn van een 'minimum level of severity'; zie bijv. EHRM 8 juli 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0708DEC002767702, EHRC 2003/75, m.nt. E. Brems, *NJCM-Bull.* 2004, p. 54, m.nt. A.C. Hendriks (*Sentges/Nederland*).

212. Zie echter ook Van der Sloot 2017, p. 85, die in de rechtspraak van het EHRM aanwijzingen ziet dat in de toekomst mogelijk ook succesvol kan worden geklaagd over meer indirecte effecten voor de privacy.

213. Vgl. Fogg 2003, p. 213 e.v.

214. Zie nader Ranchordas 2018b, p. 133.

naam.²¹⁵ Dit betekent dat het problematisch is als beoordelingssystemen niet goed functioneren of als ze niet betrouwbaar zijn.²¹⁶ Dat laatste kan zich vrij snel voordoen. Het is bijvoorbeeld moeilijk om te controleren of reviews ‘echt’ zijn en of ze daadwerkelijk zijn ingegeven door reële ervaringen met een bepaald goed of een bepaalde dienst.²¹⁷ De slechte waardering van een bepaald Airbnb-appartement kan bijvoorbeeld zijn ingegeven door de gebrekkige kwaliteit daarvan, maar ook door het feit dat een gebruiker toevallig ruzie had met zijn partner en dat zijn beoordeling heeft gekleurd, of doordat de verhuurder blijkens zijn foto een donkere huidskleur heeft.²¹⁸ Een dergelijke onterechte of disproportioneel slechte beoordeling kan vervolgens veel impact hebben en kan lang doorwerken.²¹⁹ Zo blijken de meeste mensen producten of diensten met slechte beoordelingen zonder pardon terzijde te schuiven, zonder te controleren of de beoordelingen reëel en betrouwbaar zijn.²²⁰

Hoewel reputatie in de platformeconomie dus heel belangrijk is, is het moeilijk om die reputatie te beschermen. Vooral in systemen die alleen werken met sterren, bollen of cijfers, is het nauwelijks te achterhalen welke overwegingen er achter een bepaalde beoordeling schuilgaan en waardoor eventuele reputatieschade precies is veroorzaakt. Op zichzelf kunnen beoordelingssystemen vaak wel slimmer worden ingericht en vollediger worden gemaakt, maar daardoor worden ze vaak minder gebruiksvriendelijk en dat staat in de weg aan het gemakkelijk geven van beoordelingen.²²¹ Gelet op het belang van die beoordelingen voor het goed functioneren van de platformen, is dat een moeilijk begaanbare weg. Daardoor is het momenteel vrijwel alleen mogelijk om bij aantasting van reputatierechten rechtsherstel te verkrijgen als sprake is van een uitgeschreven recensie die negatief is en die de aanbieder of gebruiker van een dienst in zijn waarde aantast. Een probleem kan dan nog wel zijn

215. Zie vooral EHRM 15 november 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:1115JUD001255603, *EHRC* 2008/6, m.nt. J.H. Gerards (*Pfeifer/Oostenrijk*). Zie uitgebreid Smet 2020, C.4.1.1; Smet 2010.

216. De grondrechtenimpact geldt dan vooral voor negatieve beoordelingen. Ranchordas geeft daarnaast aan dat veel systemen ook heel positieve beoordelingen in de hand werken en dat die een zekere inflatie tot gevolg kunnen hebben, waardoor de betrouwbaarheid afneemt (Ranchordas 2018b, p. 134).

217. Ranchordas 2018b, p. 135. Overigens is hierover discussie; er zijn ook wetenschappers die er juist op wijzen dat de meeste beoordelingssystemen in feite heel betrouwbaar zijn; zie bijv. Thierer e.a. 2016, p. 870.

218. Vgl. Burri & Heeger-Hertter 2018, p. 1002-1003.

219. Ter Weel e.a. 2018, p. 9. Zie voor een uitgebreide studie naar de negatieve reputatie-effecten (zij het vooral gericht op China) Balaji, Khong & Chong 2017. Een slechte beoordeling is bovendien al snel gegeven en kan te maken hebben met factoren die niet relevant zijn voor de dienstverlening in kwestie; zie De Stefano 2016, p. 478.

220. ACM 2017, p. 6.

221. Ranchordas 2018b, p. 135.

dat er vragen op kunnen komen ten aanzien van de verantwoordelijkheid: moet in dit soort gevallen het platform worden aangesproken, dat immers ruimte geeft voor de beoordelingen en ze zichtbaar maakt voor anderen, of degene die de onterecht negatieve of smadelijke beoordeling heeft geplaatst?²²² Op die vraag wordt verder ingegaan in paragraaf 4.2.2.2, waar de verantwoordelijkheid van platformen in relatie tot de uitingsvrijheid aan de orde komt.

4.1.2.3 Persoonsgegevens en informatieprivacy

Vrijwel alle digitale platformen hebben in meerdere of mindere mate toegang nodig tot data, waaronder persoonsgegevens, om goed te kunnen functioneren.²²³ Het gaat dan bijvoorbeeld om informatie over voorkeuren en kenmerken van gebruikers (leeftijd, beroep, dieetvoorkeuren, gezondheidstoestand, geslacht, etc.),²²⁴ hun individuele zoekgedrag en hun bereidheid om bepaalde transacties aan te gaan.²²⁵ Die informatie over eigenschappen en gedrag kan worden gekoppeld en geanalyseerd, zodanig dat er een persoonlijk gebruikersprofiel ontstaat dat voor het platform relevant is.²²⁶ Als een individuele gebruiker vervolgens iets zoekt op het platform, bijvoorbeeld een taxirit of een grasmaaier, komt alleen die informatie in beeld die voor hem relevant is.²²⁷ Het individuele profiel kan bovendien ook weer worden verbonden aan gegevens over de prijs die andere gebruikers bereid zijn te betalen,²²⁸ net als aan allerlei persoonlijke eigenschappen van die andere gebruikers en hun zoekgedrag.²²⁹ Door dit soort analyses en koppelingen kunnen aanbiedingen, prijzen en informatie op het platform steeds meer worden verfijnd en steeds verdergaand worden gepersonaliseerd.²³⁰ Belangrijk is daarnaast dat beoordelings-/reputatiesystemen kunnen worden gekoppeld aan de algoritmische mechanismen voor 'matchmaking'; de gegeven beoordelingen kunnen immers relevante informatie geven om te kunnen inschatten of een aanbieding interessant is voor een bepaalde gebruiker. Op hun beurt werken die be-

222. Idem, p. 137.

223. Hatzopoulos 2018, p. 67.

224. Idem.

225. Lammerant, Blok & De Hert 2018, p. 3; Van Eijk e.a. 2015, p. 16; vgl. ook Ranzini e.a. 2017, p. 6. Het gaat hierbij om 'datamining'; zie bijv. King & Forder 2016, p. 698; Schermer 2011, p. 46. In veel gevallen, maar niet noodzakelijk, is sprake van het verzamelen en verwerken van persoonsgegevens zoals gedefinieerd in de Algemene Verordening Gegevensbescherming, namelijk om 'informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare persoon'; zie art. 4 lid 1 AVG. Zie over deze definitie en de implicaties daarvan nader Kranenborg & Verhey 2018, p. 102 e.v.

226. Hatzopoulos 2018, p. 67; Frenken e.a. 2017, p. 34; King & Forder 2016, p. 699.

227. Wagner & Eidenmüller 2019, p. 582.

228. Frenken e.a. 2017, p. 34.

229. King & Forder 2016, p. 699.

230. Hatzopoulos 2018, p. 69.

oordelingssystemen zelf stelselmatig met persoonsgegevens, bijvoorbeeld om een beoordeling te kunnen koppelen aan een bepaalde gebruiker en die beoordeling in te passen in diens profiel.

Dit alles betekent dat platformen voortdurend en op verschillende manieren persoonsgegevens verzamelen, analyseren en verwerken.²³¹ Dat geldt ook voor kleine of niet-commercieel gedreven platformen, zoals die van een broodfonds of een coöperatie. Ook daarbij is toegang tot gebruikersgegevens immers nodig om het platform goed, snel en effectief te laten functioneren. Veel (ook niet-commerciële of publieke) platformen delen de verzamelde gegevens bovendien regelmatig met andere platformen en dan in het bijzonder met digitale techreuzen zoals Facebook of Google. Zo wordt in veel gevallen een koppeling met Facebook of LinkedIn ingebouwd om gemakkelijk inloggen mogelijk te maken,²³² of wordt een platform verbonden met Google om zoekresultaten beter toegankelijk te maken.²³³ Dergelijke koppelingen leiden vervolgens tot het verder delen van gegevens, in die zin dat data die bij het inloggen of bij zoekacties op een platform beschikbaar komen worden doorgegeven aan Facebook, LinkedIn of Google. Deze grote platformen kunnen de data vervolgens voor eigen doeleinden benutten, zoals het analyseren van zoekgedrag of het personaliseren van advertenties.²³⁴

Het is duidelijk dat door dit soort gebruik, analyse en koppeling van gegevens de informationele privacy wordt geraakt.²³⁵ Informationele privacy kan daarbij worden gedefinieerd als de aanspraak om zelf te kunnen bepalen wanneer, hoe en in welke mate informatie wordt gecommuniceerd aan anderen.²³⁶ Veel mensen maken zich zorgen over het feit dat anderen, waaronder platformen, voortdurend in de gaten houden hoe zij zich online gedragen en dat zij de verkregen gegevens bovendien op allerlei manieren benutten of zelfs delen met anderen.²³⁷ Bovendien zien zij het als problematisch dat de gegevensverzameling en -verwerking voor

231. Idem, p. 67 e.v.

232. Van Dijck, Poell & De Waal 2018, p. 15-16; Van Dijck, Poell & De Waal 2016, p. 37.

233. Bar-Gill 2018, p. 3; Frenken e.a. 2017, p. 34; Van Dijck, Poell & De Waal 2016, p. 19; Van Eijk e.a. 2015, p. 16.

234. Idem.

235. Bijv. Schermer 2011, p. 45.

236. Zie nader Roessler 2018, p. 138-140; Zuiderveen Borgesius 2014, p. 57.

237. In de Flash Eurobarometer 2018 noemde 37% van de respondenten het misbruik van persoonsgegevens als nadeel van de platformeconomie (p. 4 en 42); overigens is er daarbij een zeer grote variatie zichtbaar – in Denemarken wees bijvoorbeeld maar 7% van de ondervraagden op dit risico, in Ierland 47%. In Nederland was 32% van de ondervraagden bezorgd over misbruik van persoonsgegevens (p. 42). Zie ook Kool e.a. 2017, p. 66. Zie meer algemeen over de zorgen over gegevensverzameling en -verwerking Zuiderveen Borgesius 2014, p. 73 e.v.

henzelf nauwelijks beheersbaar zijn, terwijl die wel grote impact kunnen hebben.²³⁸

Op zichzelf lijken deze bedreigingen van de informationele privacy bij platformen niet anders of veel groter dan die in andere contexten waarin big data en algoritmes een grote betekenis hebben, zoals bij geautomatiseerde besluitvorming.²³⁹ Juist in de platformeconomie komt echter een bijzondere vraag op, namelijk wie nu precies verantwoordelijk is voor de gegevensverzameling en -verwerking.²⁴⁰ Veel platformen betogen dat zij niet meer doen dan transacties tussen partijen faciliteren, zonder dat zij een actieve rol spelen. Juridisch gezien zien zij zichzelf als een 'neutrale' speler en zij schuiven de verantwoordelijkheid voor dataverzameling en -verwerking dan ook graag door naar de gebruikers van het platform.²⁴¹ Andersom stellen partijen die via een platform hun diensten of goederen aanbieden soms dat niet zij, maar het platform verantwoordelijk is voor de manier waarop wordt omgegaan met de gebruikersgegevens.²⁴²

Duidelijk is dat platformen als intermediair van groot belang zijn als het gaat om de inzet van algoritmes en het nemen van beslissingen over het doel en de manier van verwerking van persoonsgegevens.²⁴³ Aangenomen kan dan ook worden dat platformen op dezelfde manier als andere gegevensverwerkers verantwoordelijk moeten worden gehouden voor wat zij doen en dat zij daarbij gebonden zijn aan de regels die zijn opgenomen in de relevante codificaties van het recht op persoonsgegevensbescher-

238. Vgl. Hatzopoulos & Roma 2017, p. 95.

239. Zie daarover uitgebreid onder meer Van der Sloot 2017; Moerel & Prins 2016; Zuiderveen Borgesius 2014.

240. Zie over dit verantwoordelijkheidsprobleem nader Zuiderveen Borgesius 2014, p. 102-103. Zie over het recht op gegevensbescherming in relatie tot platformen daarnaast meer algemeen Hatzopoulos 2018, p. 71 e.v.

241. Gesteld wordt dan dat in feite de data alleen tussen gebruikers ('peers') worden gedeeld; vgl. Ranzini e.a. 2017, p. 3.

242. Zo bood in de zaak *Wirtschaftsakademie* een onderwijsinstelling zijn diensten aan via Facebook, maar stelde zij niet verantwoordelijk te zijn voor de verzameling en verwerking van gegevens door Facebook; zie HvJ EU 5 juni 2018, C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388, punt 18.

243. Dit is in ieder geval in het EU-recht de cruciale factor; zie art. 4 lid 7 AGV en vgl. de uitspraak van het HvJ EU in *Google Spain/Costeja*, waarin het Google als exploitant van een zoekmachine verantwoordelijk hield voor de manier waarop zoekresultaten werden gegenereerd, geordend en weergegeven (HvJ EU 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317, EHRC 2014/186, m.nt. J.V.J. van Hoboken, NJ 2014/385, m.nt. M.R. Mok, *Computerrecht* 2014/115, m.nt. P. van Eecke & A. Cornette, punt 33) en de uitspraak van hetzelfde Hof in *Wirtschaftsakademie*, waarin het Facebook als verwerkingsverantwoordelijke aanmerkte (HvJ EU 5 juni 2018, C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388). Zie nader de annotaties bij deze zaken en Kranenborg & Verhey 2018, p. 131.

ming, zoals de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG).²⁴⁴ Tegelijkertijd kan ook een aanbieder van diensten en goederen als gegevensverantwoordelijke gelden, bijvoorbeeld wanneer hij het platform de mogelijkheid biedt of zelfs verzoekt om bepaalde gegevens te verzamelen om zijn diensten gepersonaliseerd te kunnen aanbieden of om bepaalde aanbiedingen te kunnen doen.²⁴⁵ In die gevallen kan volgens het Hof van Justitie van de EU tot op zekere hoogte wel een gedeelde verantwoordelijkheid worden aangenomen.²⁴⁶

De typerende driehoeksrelatie tussen aanbieder, platform en gebruiker kan ook een rol spelen bij andere kwesties rondom gegevensbescherming, zoals de vraag wie nu precies de eigenaar is van de data die een platform verzamelt,²⁴⁷ en in hoeverre de data die aanbieders of afnemers van het platform beschikbaar stellen ‘draagbaar’ zijn (‘dataportabiliteit’).²⁴⁸ Dat laatste is belangrijk – ook in het licht van de persoonlijke autonomie en keuzevrijheid –, omdat het individuele aanbieders of afnemers vrij moet staan om van het ene platform over te schakelen naar het andere.²⁴⁹ Platformwerkers zullen bijvoorbeeld hun gebruikersprofiel of hun eerder verworven beoordelingen mee willen kunnen nemen, zodat die eventueel ook op een ander platform kunnen worden getoond.²⁵⁰ Dat is moeilijk als een platform weigert om de verzamelde beoordelingen of andere reputatiegegevens beschikbaar te stellen omdat het vindt dat het daarvan zelf eigenaar is geworden door de combinatie van dataverzameling, -analyse en -koppeling.²⁵¹ Voor de EU verzekert de AVG niettemin de draagbaarheid van gebruikersprofielen en beoordelingen door alle betrokkenen het recht te geven om de relevante persoonsgegevens in een ‘gestructureerde, gangbare en machineleesbare vorm’ te verkrijgen en die gegevens desge-

244. Hatzopoulos 2018, p. 73 en 83 e.v.; Hatzopoulos & Roma 2017, p. 107; Europese Commissie 2016, p. 11. Volgens de AGV is een ‘verwerkingsverantwoordelijke’ onder meer een rechtspersoon of dienst die ‘alleen of samen met anderen, het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt’ (art. 4 lid 7 AGV).

245. HvJ EU 5 juni 2018, C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388 (*Wirtschaftsakademie*), punt 39.

246. Het HvJ EU heeft zo’n medeverantwoordelijkheid aangenomen in *Wirtschaftsakademie* (HvJ EU 5 juni 2018, C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388, punt 41 en in *Fashion-ID*, HvJ EU 29 juli 2019, C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629, punt 73 e.v.). Zie ook Kranenborg & Verhey 2018, p. 131.

247. Hierover bestaat in de literatuur een fundamentele discussie, waarbij sommigen lijken te vinden dat data een soort ‘res nullius’ zijn, terwijl anderen de grote economische waarde zien en ervan uitgaan dat data zelfs kunnen worden geëxploiteerd zoals dat ook mogelijk is bij andere ‘hulpbronnen’; zie hierover Hildebrandt 2019, p. 549; Couldry & Mejias 2018.

248. Vgl. Van der Sloot 2018, p. 122; Hatzopoulos & Roma 2017, p. 108; Van der Sloot 2017, p. 53-54.

249. Vgl. De Stefano 2016, p. 500.

250. Schmidt 2017, p. 12.

251. Vgl. Van Est & Gerritsen 2017, p. 32.

wenst door te sturen aan een ander platform.²⁵² Daarnaast biedt de AVG de nodige mogelijkheden om op te treden tegen ongewenste profilering en het creëren van ‘online identifiers’.²⁵³ Daardoor hebben ook gebruikers die juist bezwaar hebben tegen het aanmaken of voortbestaan van gebruikersprofielen een zekere juridische bescherming gekregen.

Tegelijkertijd is erop gewezen dat de AGV juist ten aanzien van platformen nog wat hiaten vertoont. Zo geldt dataportabiliteit alleen voor data die een gebruiker van een platform heeft verstrekt, maar niet voor gegevens die het platform daaruit heeft afgeleid.²⁵⁴ Daarnaast kunnen vooral de recensies op platformen betekenen dat een gebruiker persoonlijke informatie over een ander op het platform zet, zonder dat die ander daarvoor goedkeuring heeft gegeven. Dit soort ‘data-spills’ is vooralsnog moeilijk tegen te gaan.²⁵⁵ Verder is het nog niet zo gemakkelijk om de AVG toe te passen als algoritmes worden gebruikt om niet-persoonsgebonden ‘big data’ te doorzoeken, terwijl de uitkomsten wel worden gebruikt om profielen te maken die helpen bij het personaliseren van aanbiedingen of informatie.²⁵⁶ Voor dat soort kwesties zal in de praktijk, vermoedelijk vooral ook in rechtspraak, een werkbare oplossing moeten worden gevonden.

4.1.2.4 Bescherming tegen uitbuiting: sociale grondrechten

Een belangrijk grondrecht dat samenhangt met de menselijke waardigheid en de integriteit is het verbod van uitbuiting. Zo heeft het EHRM aangenomen dat ‘moderne slavernij’ en uitbuiting binnen het bereik vallen van artikel 4 EVRM.²⁵⁷ Het gaat dan wel om zeer ernstige vormen, waarbij mensen daadwerkelijk hun vrijheid is ontnomen en ze onder dwang moeten werken.²⁵⁸ De vormen van uitbuiting waarom het kan gaan bij platformen zullen allicht meer in de periferie vallen van de betekenis die het EHRM

252. Zie art. 20 van de AGV, zoals ook nader ingevuld in overweging 68 van de preambule. Zie verder hierover o.m. Hatzopoulos 2018, p. 88; Kranenborg & Verhey 2018, p. 214.

253. Zie art. 4 leden 1 en 4, 21 en 22 AGV; zie nader Moerel & Van der Wolk 2017, p. 48; Zuiderveen Borgesius & Poort 2017, p. 11-12.

254. Kranenborg & Verhey 2018, p. 214-215.

255. Hatzopoulos & Roma 2017, p. 109.

256. King & Forder 2016, p. 701. Wel geldt dat zodra er van een individu een ‘online identifier’ beschikbaar is, wat het geval zal zijn als de gecombineerde informatie over een persoon tot die persoon herleidbaar is, de AGV weer van toepassing is; zie art. 4 lid 1 AGV en zie nader Zuiderveen Borgesius & Poort 2017, p. 11-12.

257. Zie bijv. EHRM 26 juli 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0726JUD007331601, EHRC 2005/103, m.nt. J. van der Velde, JV 2005/425 m.nt. R.A. Lawson (*Siliadin/Frankrijk*); EHRM 13 november 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:1113JUD000423908, EHRC 2013/73, m.nt. S.M.A. Lestrade (*CN/Verenigd Koninkrijk*).

258. Idem.

aan artikel 4 heeft gegeven.²⁵⁹ Toch is erop gewezen dat platformen kunnen bevorderen dat bijvoorbeeld mensenhandel en gedwongen prostitutie plaatsvinden en dat ze daarmee seksuele exploitatie in de hand kunnen werken.²⁶⁰ Uitbuiting doet zich mogelijk ook voor als internationaal opererende platformen dienstverlening mogelijk maken tegen extreem lage prijzen en onder zeer slechte omstandigheden.²⁶¹ Vooral voor de Verenigde Staten is wel gewezen op het risico van het ontstaan van een ‘precariaat’, waarbij mensen platformwerk verrichten terwijl ze op de rand verkeren van economische bestaanszekerheid en waarbij er een ‘race to the bottom’ ontstaat waar het gaat om arbeidsvoorwaarden en -condities.²⁶²

Voor Nederland zijn dergelijke risico’s vooralsnog niet aangetoond in die mate dat daadwerkelijk van uitbuiting sprake zou kunnen zijn.²⁶³ Ook minder ernstige vormen of ontzegging van toegang tot sociale zekerheid of goede arbeidsvoorwaarden kunnen echter een grondrechtelijke component hebben. In dat geval kan sprake zijn van strijdigheid met de grondrechten zoals ze onder meer zijn neergelegd in het Europees Sociaal Handvest of in het solidariteitshoofdstuk van het EU-Grondrechtenhandvest. In het bijzonder is er een sterke samenhang met grondrechten als het recht op werk onder billijke arbeidsvoorwaarden²⁶⁴ en in redelijke arbeidsomstandigheden,²⁶⁵ en het recht op toegang tot bepaalde sociale voorzieningen zoals een werkloosheidsuitkering of een uitkering bij ziekte of arbeidsongeschiktheid.²⁶⁶

Risico’s ten aanzien van deze grondrechten doen zich vooral voor als mensen een belangrijk deel van hun inkomen proberen te verwerven via platformwerk.²⁶⁷ De flexibiliteit van platformwerk gaat gepaard met

259. Zie echter Aloisi 2016, p. 655, die stelt dat ‘these new digital formulas are exploitative tendencies similar to those which were already predominant a century ago’.

260. Vgl. Hatzopoulos & Roma 2017, p. 122. Er is wel op gewezen dat vooral de verhuur van appartementen via Airbnb dit mogelijk zou maken; zie Ranchordas e.a. 2016, p. 44 en 89.

261. Vgl. Aloisi 2016, p. 665; De Groen & Maselli 2016, p. 21.

262. Hatzopoulos 2018, p. 148-151; Schor 2017, p. 269; Rogers 2015, p. 99; Schor 2014, p. 9. Zie echter ook voor de Europese context Leighton 2016, p. 864.

263. Zie uitgebreid Ter Weel e.a. 2018.

264. Zie bijv. art. 2 Europees Sociaal Handvest.

265. Zie bijv. art. 31 EU-Grondrechtenhandvest en art. 3 Europees Sociaal Handvest.

266. Zie bijv. art. 34 EU-Grondrechtenhandvest en art. 12-14 Europees Sociaal Handvest.

267. Hatzopoulos 2018, p. 153. Pesole e.a. wijzen erop dat toch zo’n 24% van de platformwerkers in Europa een totaal werkschema heeft van 40 uur per week en dat nog eens 24% tussen de 30 en 39 uur per week via een platform werkt (Pesole e.a. 2018, p. 49). Bijna 13% van de ondervraagde platformwerkers in Europa zegt zelfs meer dan 60 uur per week via een platform diensten aan te bieden (Pesole e.a. 2018, p. 50). In Nederland is twee derden van de werkers minder dan 20 uur per week actief, maar een derde werkt dus meer dan 20 uur per week (Ter Weel e.a. 2018, p. 30).

grote onzekerheid over de beschikbaarheid van voldoende werk, de prijs die daarvoor wordt bepaald en de manier waarop het werk moet worden uitgevoerd.²⁶⁸ Gewezen is al op het feit dat veel platformwerk saai en eenzaam is, zeker als het gaat om het online uitvoeren van microtaken.²⁶⁹ Nogal wat platformen, zoals Uber of Deliveroo, verlangen bovendien het nodige van hun aanbieders. Ze stimuleren dat aanbieders streven naar hoge beoordelingen en naar een zo groot mogelijke betrouwbaarheid, kwaliteit en punctualiteit.²⁷⁰ In hun digitale systemen zijn allerlei ‘nudges’ ingebouwd om dat te bewerkstelligen, zoals minimale beoordelingsniveaus en vereisten dat een minimaal aantal verzoeken wordt ingewilligd of dat een minimaal aantal ritten op drukke tijdstippen wordt uitgevoerd.²⁷¹ Anders dan in de ‘offline’ wereld houden de platformen de arbeidscondities en de voorwaarden voor sociale zekerheid daarbij nauwelijks in de gaten. Dat hoeft volgens hen ook niet; de aanbieders zijn immers zelfstandigen en als zodanig hebben zij een eigen verantwoordelijkheid om dit soort zaken goed te regelen.²⁷²

Bezien vanuit het perspectief van de grondrechten, is tegelijkertijd van belang dat op de staat een verantwoordelijkheid rust om te voorkomen dat mensen hun werk doen onder arbeidsvoorwaarden of -omstandigheden die zodanig zijn dat hun integriteit en autonomie worden aangetast.²⁷³ Ook heeft de staat de verplichting om ervoor te zorgen dat mensen bij ziekte, ouderdom of arbeidsongeschiktheid een leven in waardigheid kunnen leiden.²⁷⁴ Platformwerkers mogen daarbij niet worden achtergesteld bij ‘gewone’ werknemers, tenzij daarvoor goede redenen bestaan; het gelijkheidsbeginsel vereist dat.²⁷⁵ Hoe de overheid er precies voor moet zorgen dat die gelijke toegang tot goede arbeidsomstandigheden en sociale zekerheid in de platformeconomie wordt gegarandeerd, hangt samen met de juridische kwalificatie van

268. Hatzopoulos 2018, p. 154.

269. Zie par. 4.1.2.1.

270. Vgl. Van Dijck, Poell & De Waal 2018, p. 84; Ter Weel e.a. 2018, p. 52; Aloisi 2016, p. 674.

271. Van Dijck, Poell & De Waal 2018, p. 84-85; Ter Weel e.a. 2018, p. 51; Schmidt 2017, p. 14; De Groen & Maselli 2016, p. 9.

272. Vooralsnog wordt ervan uitgegaan dat platformwerkers die op basis van opdracht hun werk verrichten, voor de meeste risico's zelf verzekeringen moeten regelen; zie Ter Weel e.a. 2018, p. 43. Zie ook Van Dijck, Poell & De Waal 2018, p. 85; Pesole e.a. 2018, p. 8; Smink e.a. 2018, p. 203; De Stefano 2016, p. 479; Natour 2016, p. 317; vgl. verder het verweer van maaltijdbezorgplatform Deliveroo in Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198 (*Deliveroo*).

273. Hatzopoulos 2018, p. 156 e.v.; De Stefano 2016, p. 482.

274. Vgl. Natour 2016, p. 318.

275. Pesole e.a. 2018, p. 53. Vgl. ook Hatzopoulos 2018, p. 164-165.

platformen.²⁷⁶ Als platformen als werkgevers worden aangemerkt, kan het arbeidsrecht een geschikt vehikel zijn om effectieve grondrechtenbescherming te verlenen.²⁷⁷ Daardoor gelden immers de gebruikelijke verplichtingen voor werkgevers om ten minste minimale waarborgen te geven als het gaat om arbeidsvoorwaarden, een bestaansminimum, collectieve-actierechten, etc.²⁷⁸ Worden platformen niet als werkgevers aangemerkt en zijn platformwerkers primair zzp'ers die werken op basis van een overeenkomst van opdracht,²⁷⁹ dan bestaat de verantwoordelijkheid van de staat om actief grondrechten te beschermen evenzeer. Die zal dan echter via andere instrumenten moeten worden ingevuld, omdat het reguliere arbeidsrecht niet van toepassing is.²⁸⁰ Het kan bijvoorbeeld nodig zijn om wetgeving te maken die bepaalde verplichtingen oplegt aan platformen om uitbuiting en schending van sociale grondrechten te voorkomen, of om specifieke sociale voorzieningen in het leven te roepen voor zelfstandigen die hun diensten via een platform aanbieden.²⁸¹ Voor de bescherming van de sociale grondrechten is het niet relevant of de ene of de andere weg wordt gekozen, of eventueel nog een derde.²⁸² Belangrijk is vooral dát voldoende inspanningen worden geleverd om het doel van grondrechtenbescherming te bereiken.²⁸³

276. Zie hierover uitgebreid Kruit & Ouwehand 2018; Ter Weel e.a. 2018. Vgl. ook Europese Commissie 2016, p. 13-14.

277. Vgl. Burri & Heeger-Hertter 2018, p. 1004; Ter Weel e.a. 2018, p. 43; Hatzopoulos & Roma 2017, p. 117-118. Dat die kwalificatie in een aantal gevallen mogelijk is, is inmiddels ook in Nederlandse rechtspraak erkend; zie Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198 (*Deliveroo*).

278. Vgl. Hatzopoulos & Roma 2017, p. 118; De Stefano 2016, p. 499-500.

279. Vgl. Burri & Heeger-Hertter 2018, p. 1003; Kruit & Ouwehand 2018, p. 14.

280. Burri & Heeger-Hertter 2018, p. 1003.

281. Hier wordt momenteel aan gewerkt. Zo is er inmiddels een voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn 'betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie' (COM(2017)797 def., 21 december 2017); deze richtlijn is speciaal bedoeld om rekening te houden met mensen die 'atypische' vormen van werk doen, zoals platformwerk (zie bijv. de toelichting bij artikel 2 over de definities van een 'werknemer' en zie overweging 7 van het richtlijnvoorstel). Wel blijft hierbij de definitie van 'werknemer' uitgangspunt voor de voorgestelde bescherming. Zie verder het door Hatzopoulos besproken voorstel om sociale grondrechten 'draagbaar' te maken en te koppelen aan de persoon die diensten of werkzaamheden verleent; Hatzopoulos 2018, p. 169-170.

282. Het creëren van een specifieke categorie voor platformwerkers wordt regelmatig voorgesteld (vgl. Hatzopoulos 2018, p. 169; Kruit & Ouwehand 2018, p. 15), maar hier zijn ook tegenstanders van; zie bijv. De Stefano 2016, p. 494 e.v., die uitlegt dat zo'n derde categorie eerder leidt tot verdere complicering dan tot een oplossing van de bestaande problemen.

283. De Stefano 2016, p. 500-501.

4.1.3 Conclusie

Het voorgaande heeft laten zien dat de platformeconomie in zekere zin kan bijdragen aan het verwezenlijken van de onderliggende waarden van de privacygerelateerde rechten. De individuele keuzevrijheid wordt er vaak groter door en er ontstaan meer en nieuwe mogelijkheden om met elkaar sociale relaties aan te gaan en een actieve rol te spelen in de samenleving. Tegelijkertijd is er een aantal risico's die nauw samenhangen met de in paragraaf 2.2 besproken bijzondere kenmerken van digitale platformen. Waar het gaat om de rechten die verbonden zijn aan de persoonlijke autonomie en de eigen en sociale identiteit, zijn die risico's veelal abstract van aard. Gewezen is bijvoorbeeld op de mogelijkheid dat de werkwijze van platformen leidt tot gedragsverandering bij gebruikers en tot andersoortige interacties met de buitenwereld. Het is moeilijk om dit soort abstracte effecten te vangen in concrete grondrechtentermen en het zal waarschijnlijk zelden komen tot rechtsgedingen waarbij aantasting van persoonlijke autonomie of identiteitsrechten centraal staat.

Dat is anders voor een aantal andere privacyrechten die in deze paragraaf zijn besproken. Bij reputatieschade die voortvloeit uit de inzet van beoordelingssystemen kan bijvoorbeeld een beroep worden gedaan op reputatierechten, zij het dat dit soort schade vaak nog moeilijk bewijsbaar is. Ook als het gaat om de bescherming van persoonsgegevens zijn er bijzondere risico's die verband houden met de grootschalige dataverzameling en -analyse die via platformen plaatsvindt. Specifieke vragen die daarbij opkomen betreffen vooral de verantwoordelijkheid van platformen voor de gegevensbescherming, het eigenaarschap van verwerkte data en de 'draagbaarheid' van op de platformen opgebouwde gebruikersprofielen. De AVG bevat enkele belangrijke antwoorden op die vragen, maar een aantal kwesties is nog niet helemaal uitgekristalliseerd.

Voor voorwaardenscheppende grondrechten zoals het recht op goede arbeidsomstandigheden en het verbod van uitbuiting geldt ten slotte dat regulering hard nodig is. Platformen kunnen een disruptief effect hebben op de sociale grondrechten, terwijl platformen en platformwerkers voorts nog niet goed zijn in te passen in de begrippen waarmee de huidige arbeidswetgeving en rechtspraak werken. Om onderliggende waarden als die van menselijke waardigheid goed te kunnen beschermen, zal het essentieel zijn om hetzij de bestaande bescherming zo te verbreden dat die ook toepasbaar is op werken via platformen, hetzij om nieuwe regelgeving te creëren waardoor respect voor de voorwaardenscheppende rechten kan worden verzekerd.

4.2 Vrijheidsrechten

4.2.1 *Vrijheidsrechten en de platformeconomie: positieve gevolgen*

Vanuit de kernwaarden van de vrijheidsrechten bezien heeft de platformeconomie veel positieve gevolgen. Eerst en vooral zijn er waardevolle effecten voor de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid om informatie te ontvangen, vooral door de gepersonaliseerde beschikbaarheid van een grote en diverse hoeveelheid informatie, door de mogelijkheid om eigen meningen en opvattingen via allerlei platformen te delen, en door de mogelijkheid om te interacteren via allerlei fora en reactiemogelijkheden.²⁸⁴ Op dezelfde manier is de verenigingsvrijheid gebaat bij de talrijke mogelijkheden voor verenigingen of coöperaties om platformen in te richten. Zo kan een duivenvereniging via een digitaal platform gemakkelijk informatie delen over wedstrijden of over te koop aangeboden duiven, of kan een bewonerscollectief via een app bewerkstelligen dat gezamenlijk gebruik kan worden gemaakt van gemeenschappelijke eigendommen.²⁸⁵ In toenemende mate maken bovendien platformwerkers gebruik van de mogelijkheden door nieuwe platformen op te richten om hun gezamenlijke belangen te kunnen behartigen; dergelijke platformen gaan daarmee als een soort vakbonden opereren.²⁸⁶ Andere vrijheden worden eveneens bevorderd door de platformeconomie. De laagdrempelige beschikbaarheid van vervoersdiensten zorgt bijvoorbeeld voor een grotere bewegingsvrijheid, en de vrije beschikking over eigendom wordt gediend als er steeds meer mogelijkheden komen om die eigendommen naar eigen wens of behoefte te delen of gezamenlijk te gebruiken. De platformeconomie biedt dus belangrijke meerwaarde als het gaat om de vrijheidsrechten.

4.2.2 *Vrijheidsrechten en de platformeconomie: risico's*

Waar de platformeconomie veel positieve gevolgen heeft voor de individuele vrijheid, is er ook een aantal risico's. Die risico's zijn in het bijzonder zichtbaar en relevant waar het gaat om de vrijheid om informatie te ontvangen en te verschaffen. Hierna komt eerst de vrijheid om informatie te ontvangen aan bod, waarbij bijzondere aandacht wordt besteed aan de mogelijke gevolgen van personalisering en 'microtargeting' (par. 4.2.2.1). In par. 4.2.2.2 wordt vervolgens ingegaan op een bijzonder vraagstuk dat zich voordoet rondom platformen, namelijk de verantwoordelijkheid van

284. Van Keulen e.a. 2018, p. 11; Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 150; Zuiderveen Borgesius e.a. 2016, p. 6; Van Eijk e.a. 2015, p. 26.

285. Vgl. Ladegaard 2018, p. 382-383.

286. Schmidt 2017, p. 24; Schor 2014, p. 10-11.

een platform voor de informatie die via dat platform wordt verstrekt en de uitingen die daarop worden gedaan.

4.2.2.1 Vrijheid om informatie te ontvangen

Het gebruik van algoritmes door digitale platformen, in combinatie met de breed beschikbare gegevens over de voorkeuren van gebruikers, leidt ertoe dat informatie gefilterd en vaak gepersonaliseerd wordt aangeboden.²⁸⁷ Gebruikerssignalen zoals zoekgedrag, het veelvuldig delen van bepaalde informatie of het toekennen van een hoge waardering worden dan bijvoorbeeld algoritmisch vertaald in een hoge rangorde van bepaalde berichten of in kwalificaties als ‘trending’ of ‘meest relevant voor u’.²⁸⁸ Ook worden vaak alleen die aanbiedingen en advertenties getoond waarvan het algoritme heeft bepaald dat ze relevant zijn voor een gebruiker.²⁸⁹ Dit soort filtering, personalisering en selectie doet zich vooral voor bij het aanbieden en delen van informatie en uitingen via commerciële digitale platformen, zoals bij abonnementsdiensten als Netflix en AppleMusic of bij socialemedia-aanbieders als Facebook en YouTube.²⁹⁰ Het kan echter ook aan de orde zijn bij platformen die niet door commerciële aanbieders worden gedreven, maar waarbij wel informatie, meningen, gevoelens of emoties worden gedeeld – denk aan een platform dat door een school of een buurtvereniging is ingericht. In al deze gevallen kunnen de gebruikte algoritmes problemen vertonen, bijvoorbeeld doordat degenen die ze hebben geprogrammeerd bepaalde vooropgezette meningen of ‘biases’ hebben of doordat de gebruikersdata zelf gekleurd zijn.²⁹¹ Daar komt bij

287. Een voorbeeld is dat waarbij Bol.com een top vijf aanbod van anti-vaccinatieboeken, ‘geheel automatisch samengesteld op basis van klik- en zoekgedrag van andere klanten’ (‘Bol.com zet dubieuze anti-vaccinatieboeken prominent in de etalage’, *De Volkskrant* 14 maart 2019; zie ook ‘Staatssecretaris wil dat Bol.com stopt met aanprijzen antivaccinatieboeken’, *De Volkskrant* 16 maart 2019). Zie verder onder meer Zuiderveen Borgesius e.a. 2016, p. 4, overigens nuanceren zij het risico van beïnvloeding van de eigen mening dat is verbonden aan het creëren van filterbubbels, met name omdat de beschikbaarheid van gepersonaliseerde informatie niet zoveel verschillen heeft met de manier waarop mensen informatie tot zich nemen in de offline wereld en vanwege het feit dat internetplatformen en sociale media de rol van meer traditionele vormen van nieuwsvoorziening (televisie, radio, kranten) zeker nog niet volledig hebben overgenomen; zie p. 6 e.v.

288. Wagner & Eidenmüller 2019, p. 598; Van Keulen e.a. 2018, p. 61; Van Dijck, Poell & De Waal 2016, p. 54.

289. Van Dijck, Poell & De Waal 2018, p. 41-42; Van Keulen e.a. 2018, p. 60 e.v.

290. Vgl. Vetz, Gerards & Nehmelman 2018, p. 129; Zuiderveen Borgesius 2014, p. 83-84. Dit kan ook een rol spelen bij het digitaal verhandelen van spullen, zoals boeken – denk bijvoorbeeld aan de lijstjes van boeken die verkoopplatformen als Amazon en Bol.com hanteren, waarbij door het algoritmisch analyseren van voorkeuren van gebruikers plotseling, bijvoorbeeld, anti-vaccinatieboeken in de top vijf terecht kunnen komen (zie hierboven, voetnoot 287).

291. Zie nader Van Est & Gerritsen 2017, p. 38.

dat dergelijke effecten lang niet altijd bekend zijn, vooral omdat de gebruikte algoritmes zelden transparant zijn en niet duidelijk is met welke data zij precies werken. Bovendien zijn mensen zich lang niet altijd bewust van de invloed van algoritmes op de inhoud van hun 'newsfeed' of op de aanbiedingen die ze te zien krijgen, zodat ze niet weten op welke manieren hun toegang tot informatie wordt bepaald en beïnvloed.²⁹² Daardoor is het mogelijk om dit soort systemen bijna ongemerkt te manipuleren of te beïnvloeden, wat kan leiden tot misinformatie of desinformatie.²⁹³ Dat kan bijvoorbeeld gebeuren door het massaal inzetten van trollen om onjuiste informatie te verspreiden,²⁹⁴ door bots extra 'clicks' op bepaalde berichten of bepaalde aanbiedingen te laten genereren,²⁹⁵ of door berichten of informatie zodanig te formuleren dat ze een bijna magische aantrekkingskracht hebben ('clickbait').^{296,297}

Dit alles kan de pluriformiteit en de kwaliteit raken van de informatie waar mensen toegang toe krijgen.²⁹⁸ De vrees bestaat dat mensen door het gefilterd en gepersonaliseerd aanbieden van informatie minder toegang hebben tot informatie dan zij denken of dat de informatievoorziening onbewust of bewust eenzijdig is.²⁹⁹ Op zijn beurt kan dat leiden tot blikvernaauwing en tot 'echokamers', waarbij mensen vooral de meningen herhalen die binnen hun 'bubbel' gangbaar zijn.³⁰⁰ Ook kunnen gerichte vormen van informatievoorziening of informatiemanipulering, zoals microtargeting of de inzet van trollen en bots, leiden tot sturing van meningen en van gedrag.³⁰¹ Zo wordt 'clickbait' vaak ingezet vanuit commerciële motieven, bijvoorbeeld om mensen naar een bepaalde website

292. Van Keulen e.a. 2018, p. 63-64.

293. Zie nader Van Keulen e.a. 2018, p. 33 e.v. Zij leggen uit dat het bij desinformatie gaat om het opzettelijk creëren en verspreiden van inaccurate, misleidende of onjuiste informatie, terwijl het bij misinformatie gaat om inaccurate informatie die (min of meer) per ongeluk wordt verspreid.

294. Trollen zijn accounts (meestal buitenlandse) die desinformatie verspreiden vanwege overwegend politieke redenen; Van Keulen e.a. 2018, p. 88.

295. Bots zijn geautomatiseerde accounts die bijvoorbeeld op socialemediaplatformen berichten 'liken' en daarmee verder verspreiden; Van Keulen e.a. 2018, p. 88.

296. Voor dit laatste blijken Nederlanders nogal gevoelig; zie Van Keulen e.a. 2018, p. 88.

297. Vgl. Jacquemard & Van Est 2018; Van Keulen e.a. 2018, p. 44 e.v.; Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 162.

298. Zuiderveen Borgesius e.a. 2016, p. 5.

299. Zie voor een genuanceerde uiteenzetting hierover Zuiderveen Borgesius e.a. 2016. Zie ook Van Keulen e.a. 2018, p. 77 e.v. en Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 129 en 154-155.

300. Van Keulen e.a. 2018, p. 77; zij geven aan dat vaak wordt gesteld dat dit ideologische segregatie, polarisatie en politieke verharding in de hand kan werken, maar dat daar geen hard bewijs voor bestaat.

301. Jacquemard & Van Est 2018; Van Keulen e.a. 2018, p. 47. Ook hier geldt overigens dat de precieze omvang van deze invloed nog niet bekend is; vgl. Zuiderveen Borgesius e.a. 2016, p. 5.

te lokken met aanbiedingen of advertenties,³⁰² maar het kan ook zijn dat wordt geprobeerd om politieke opvattingen of zelfs stemgedrag te sturen.

Duidelijk is verder dat platformen als Facebook, maar ook andere internetplatformen, bepaalde informatie bewust niet plaatsen om ervoor te zorgen dat geen inbreuken worden gemaakt op intellectueel eigendom of om te voorkomen dat onaanvaardbare of onzedelijk geachte uitingen worden verspreid.³⁰³ Ook dat kan invloed hebben op de vrijheid om informatie te ontvangen, en bovendien op de vrijheid van meningsuiting van degenen die dergelijke uitingen willen verspreiden. Uiteindelijk kan dit een nadelige invloed hebben op onderliggende waarden zoals pluralisme en democratie.³⁰⁴

Net als bij veel van de hiervoor besproken privacygerelateerde rechten gaat het hier tegelijkertijd om risico's die (vaak) niet heel tastbaar zijn. Zo is het de vraag in hoeverre het meningbepalende effect van de 'filterbubbels' en 'echokamers' daadwerkelijk bestaat.³⁰⁵ Het lijkt erop dat mensen nog steeds veel nieuws en informatie tot zich nemen via traditionele media en informatiebronnen,³⁰⁶ al is er weinig informatie over de diversiteit van die bronnen.³⁰⁷ Ook daarbij maken mensen bovendien keuzes en laten ze bepaalde media stelselmatig links liggen, bijvoorbeeld omdat die niet aansluiten bij hun eigen opvattingen. Het verschil met de manier waarop veel mensen met digitale of sociale media omgaan is daarbij niet heel groot.³⁰⁸ Het aantal gemelde gevallen van desinformatie om zo de meningen van mensen te beïnvloeden is in Nederland verder (nog) relatief beperkt,³⁰⁹ en er zijn weinig aanwijzingen dat er in Nederland

302. Van Keulen e.a. 2018, p. 45. Zij merken ook op dat over de precieze invloed van bots en trollen op, bijvoorbeeld, politieke en kiezersvoorkeuren in Nederland nog niet zoveel bekend is (p. 48).

303. Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 156; Van Est & Gerritsen 2017, p. 38-39.

304. Moerel & Prins 2016, p. 41.

305. Van Keulen e.a. 2018; Zuiderveen Borgesius 2014, p. 85.

306. Vgl. Van Keulen e.a. 2018, p. 18 e.v.: bestaande dagbladen en omroepen spelen nog steeds een belangrijke rol bij verslaglegging en duiding van maatschappelijke ontwikkelingen, al bekijken mensen de nieuwsberichten van hun vertrouwde krant of omroep steeds vaker online.

307. Van Keulen e.a. 2018, p. 28-29.

308. Idem, p. 59.

309. Van Keulen e.a. 2018. Zij wijzen er overigens op dat het verschil tussen Nederland en andere landen, met name de Verenigde Staten, aanzienlijk is; in Amerika is bijvoorbeeld het aantal gemelde gevallen van desinformatie vele malen groter dan in Nederland (p. 35). Daarnaast wijzen zij erop dat het beperkte aantal meldingen in Nederland nog niet wil zeggen dat des- en misinformatie via platformen zich niet of nauwelijks voordoen; via factchecksites komen er wel degelijk allerlei berichten binnen over dit type informatie (idem). De diversiteit van het media-aanbod is tegelijkertijd wel aanzienlijk, zodat de risico's van filterbubbels en echokamers niet zo groot zijn (p. 81).

werkelijk sprake is van gedragssturing als gevolg van het bestaan van filterbubbels, echokamers, desinformatie of misinformatie.³¹⁰

Tot concrete rechtszaken waarbij mensen stellen dat hun toegang tot (pluriforme) informatie is ontzegd door of als gevolg van informatievoorziening via een platform is het daardoor in Nederland nog niet gekomen. Niettemin geldt ook hier dat bij het maken van beleid en het sturen op gedragscodes en zelfregulering rekening moet worden gehouden met de mogelijk nadelige effecten voor de vrijheidsrechten. Dit geldt temeer nu niet is uitgesloten dat in de toekomst meer negatieve effecten van desinformatie en filterbubbels zullen voorkomen, vooral als gepersonaliseerde ‘propaganda’ en ‘microtargeting’ vaker gaan voorkomen.³¹¹ Daarnaast wordt er inmiddels wel geprocedeerd, ook in Nederland, over de keuzes van platformen als Facebook om bepaalde uitingen die als onrechtmatig of onzedelijk worden gezien te verwijderen.³¹² De vrijheid van meningsuiting en de vrijheid om informatie te ontvangen vormen daarbij wel degelijk een concreet aangrijpingspunt.

4.2.2.2 Verantwoordelijkheid voor onrechtmatige uitingen

Een tweede kwestie rondom de vrijheidsrechten is gelegen in de vraag wie verantwoordelijk kan worden gehouden voor onrechtmatige of schadelijke uitingen die via een platform worden gedaan. Deze situatie doet zich in het bijzonder voor op sociale media en internetfora, waarbij een platform het mogelijk maakt dat individuen zich uitspreken en meningen en opinies uitwisselen. Daarbij kan sprake zijn van uitingen die de reputatie, eer of goede naam van anderen aantasten, waarmee vertrouwelijke of geheime informatie wordt prijsgegeven, waarmee inbreuk wordt gemaakt op intellectuele-eigendomsrechten, waarmee wordt opgeruid of aangezet tot geweld, die de goede zeden raken, of die discriminerend of haatzaaiend van aard zijn. De bescherming van privacy- en gelijkheidsrechten, van intellectuele-eigendomsrechten en van andere rechtsstate-

310. Er is bijvoorbeeld wel gewezen op mogelijke effecten van de inzet van bots en trollen om de voorkeuren van kiezers in campagnetijd te beïnvloeden, en er zijn ook aanwijzingen dat ook in Nederland op die manier geprobeerd wordt om de voorkeuren van mensen te sturen; veel gegevens zijn daarover echter nog niet voorhanden; zie nader Van Keulen e.a. 2018, p. 48-49. Van Keulen e.a. laten tegelijkertijd zien dat de correlaties tussen desinformatie en polarisatie, politieke kennis en politieke opvattingen relatief beperkt zijn; die zijn vooral zichtbaar voor bepaalde groepen, zoals ‘zwarte’ internetgebruikers (Van Keulen e.a. 2018, p. 52). Ook laten zij zien dat de personaliseringseffecten en filterbubbels in Nederland niet heel veel invloed hebben op de manier waarop mensen nieuws en informatie tot zich nemen (p. 60 e.v.).

311. Van Keulen e.a. 2018, p. 54 e.v.

312. ‘Weghalen “blootfoto” leidt tot aangifte van fotograaf’, *De Volkskrant* 9 augustus 2019.

lijke waarden, kan dan maken dat een uitzondering op de vrijheid van meningsuiting moet worden gemaakt.

In de driehoeksverhouding die typerend is voor digitale platformen komt daarbij de vraag op wie verantwoordelijk is voor dergelijke uitingen en aan wie de vrijheid van meningsuiting eigenlijk toekomt: is dat het platform of is dat degene die de uiting doet? Volgens de *Delfi*-rechtspraak van het EHRM hangt het antwoord op deze vraag samen met het type platform dat de verspreiding van de uitingen heeft gefaciliteerd.³¹³ Als het platform bijvoorbeeld niet zelf content aanbiedt, of als een heel kleine speler een platform onderhoudt als een soort hobbyproject, is er voor het platform nauwelijks een verantwoordelijkheid voor eventuele onrechtmatige uitingen.³¹⁴ In dat geval moet de benadeelde partij degene die de uiting heeft geplaatst direct aanspreken. Gaat het daarentegen om een commercieel en (relatief) groot platform, dan heeft de platformbeheerder in ieder geval een zekere verantwoordelijkheid om effectieve en voldoende verfijnde maatregelen te treffen tegen ‘hate speech’ of oproepen tot geweld.³¹⁵ Daaraan kan bijvoorbeeld invulling worden gegeven door het inbouwen van een filtermechanisme of een ‘notice and take down’-procedure. Het EHRM is van oordeel dat dit niet leidt tot problematische ‘private censuur’; hoe belangrijk het ook is dat mensen vrijelijk informatie kunnen uitwisselen via internet, dit mag niet leiden tot aantasting van andere grondrechten.³¹⁶ Of en in hoeverre dit ook geldt voor ‘gewone’ reputatieschade of minder ernstige uitingen, is voorsnog niet zo duidelijk. Wel kan daar een parallel worden getrokken tussen platformen en andere intermediairs die informatie doorgeven of modereren, zoals krantenredacties, uitgevers of non-gouvernementele organisaties. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kunnen dergelijke intermediairs aansprakelijk worden gehouden voor (reputatie) schade die wordt veroorzaakt door, bijvoorbeeld, het verspreiden van een ingezonden brief of advertentie of door het via een hyperlink verwijzen naar de inhoud van een website.³¹⁷ Een van de relevante omstandigheden

313. Zie in het bijzonder EHRM 16 juni 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0616JUD006456909, *EHRC* 2015/172, m.nt. B. van der Sloot, *NJB* 2015/1630, *NJ* 2016/457, m.nt. E.J. Dommering (*Delfi AS/Estland*).

314. *Delfi*, par. 116. Zie ook EHRM 7 februari 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0207DEC007474214, *EHRC* 2017/112, m.nt. B. van der Sloot (*Pihl/Zweden*) en vgl. Gerards 2020, C.2.

315. *Delfi*, par. 154. Zie ook Gerards 2020, C.2.

316. *Delfi*, par. 157.

317. Zie bijv. EHRM 4 december 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1204JUD001125716, *EHRC* 2019/52, m.nt. T. McGonagle, *Computerrecht* 2019/92, m.nt. A.J. Tromp, par. 77 (*Magyar Jeti Zrt/Hongarije*); EHRM 27 juni 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0627JUD001722411, par. 87-88 (*Medžlis Islamske Zajednice Brčko/Bosnië-Herzegovina*); EHRM 24 september 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0924JUD004361210, *EHRC* 2013/259, m.nt. D. Voorhoof & R. Ó’Fathaig, par. 58-59 (*Belpietro/Italië*). Zie nader Gerards 2020, C.2 en C.6.2.

daarbij is of de tussenpersoon wist of kon weten dat de inhoud die hij verspreidde smadelijk of onrechtmatig was, en of de tussenpersoon voor het overige te goeder trouw heeft gehandeld.³¹⁸ In samenhang met de hiervoor genoemde *Delfi*-criteria zouden soortgelijke maatstaven nuttig kunnen zijn als platformen zijn gebruikt om onrechtmatige uitingen te verspreiden of om recensies te plaatsen die de reputatie van een gebruiker schaden.

Een en ander laat tegelijkertijd een bepaald spanningsveld zien. Enerzijds dwingt de bescherming van grondrechten de beheerders van (grote) platformen om enig toezicht te houden op wat er via hun platformen gebeurt en welke uitingen worden gedaan.³¹⁹ Doen zij dit inderdaad, en verwijderen zij (al dan niet op grote schaal) bijvoorbeeld schadelijke of beledigende uitingen, oproepen tot gewelddadige demonstraties of uitnodigingen om bij een illegale vereniging aan te sluiten, dan kan dat anderzijds een ontmoedigend effect ('chilling effect') hebben voor mensen die gebruik willen maken van hun vrijheidsrechten.³²⁰ Het gaat hier dus om het vinden van een precair evenwicht tussen grondrechten. Het zoeken van dat evenwicht is daarbij inhoudelijk gezien niet heel anders dan in de offline wereld. Ook wanneer een krant een ingezonden brief plaatst waarin discriminerende bewoordingen worden gebruikt, of een oppositielid tijdens een televisie-interview zeer beledigende uitspraken doet over een minister, zal het immers nodig zijn om afwegingen te maken tussen grondrechten. Toch is de uitdaging om deze afwegingen te maken in de platformeconomie nog veel groter, vooral door de snelheid en de volumes van informatie-uitwisseling, de gemakkelijke anonimiteit waarmee uitingen kunnen worden gedaan, en het verspreidingsbereik van die uitingen. De inschatting van de schade die wordt veroorzaakt en van het gewicht van de betrokken belangen kan daardoor worden beïnvloed, zonder dat nu al duidelijk is wat die invloed precies is of zou moeten zijn.

4.2.3 *Conclusie*

De toenemende beschikbaarheid van platformen heeft grote waarde voor de individuele vrijheid. Enorme hoeveelheden informatie zijn vrij en gemakkelijk toegankelijk, platformen vormen ideale vehikels voor het functioneren van verenigingen en coöperaties, en de mogelijkheden om te ondernemen en contracten aan te gaan zijn verruimd. Tegelijkertijd zijn er risico's, vooral waar het gaat om de vrije toegang tot informatie en de vrijheid van meningsuiting. In het bijzonder lijkt het erop dat

318. Idem.

319. Zie ook Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 157.

320. Idem, p. 159.

typische manifestaties van digitale platformen, zoals personalisering en microtargeting, veel invloed kunnen hebben op de toegankelijkheid van informatie en – daarmee – op de vrije meningsvorming. Vooralsnog is die invloed, in ieder geval voor Nederland, nog weinig tastbaar en lijkt die ook niet heel anders dan die van niet-digitale media. Concrete grondrechtenvraagstukken komen daarnaast op als het gaat om het aanbieden en verwijderen van onrechtmatige informatie via platformen. Daarbij is de vraag vooral in hoeverre en wanneer platformen verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor het plaatsen, tolereren of juist verwijderen van die informatie. Naar huidige rechtspraak lijkt het erop dat vooral grote platformen goed in de gaten moeten houden wat er via hun platformen wordt gepubliceerd en dat ze een beleid moeten voeren om te voorkomen dat onrechtmatige informatie wordt gedeeld. Minder duidelijk is in hoeverre platformen ook een verantwoordelijkheid hebben om te verhinderen dat niet-evident onrechtmatige of reputatiebeschadigende informatie wordt geplaatst. Evenmin is helder waar de balans moet worden gevonden tussen de vrije toegankelijkheid van informatie en andere grondrechten, zoals de bescherming van reputaties of het recht op non-discriminatie. Dat zal zeker aanleiding gaan vormen tot de nodige rechterlijke procedures, waarin rekening zal moeten worden gehouden met de bijzondere aard van de platformen, de effecten van de inzet van algoritmes, en de snelheid en volumes van de uitwisseling van informatie.

4.3 Gelijkheidsrechten

4.3.1 *De platformeconomie, gelijke behandeling en non-discriminatie: positieve gevolgen*

Voor de onderliggende waarden van het recht op gelijke behandeling en non-discriminatie geldt dat er veel te zeggen is voor de platformeconomie. Als er geen winstoogmerk is bij een platform en sprake is van ‘peer-to-peer’-samenwerking of -delen, kan dat de toegankelijkheid en inclusiviteit van maatschappelijk belangrijke goederen ten goede komen.³²¹ Er gaat iets egalitairistisch schuil in de gedachte dat het mogelijk is om, bijvoorbeeld, een auto of appartement te delen of om samen met anderen gebruik te kunnen maken van kostbare apparaten. Bezien vanuit de kernwaarden van gelijkwaardigheid, toegankelijkheid en inclusiviteit is dit soort collaboratieve manifestaties van de platformeconomie zeker als positief te beschouwen.

Ook meer commerciële platformen hebben bovendien als voordeel dat ze laagdrempelig en digitaal zijn en dat de identiteit van een aanbieder of

321. Hatzopoulos 2018, p. 2-3.

gebruiker lang niet altijd relevant is.³²² Het feit dat via platformen vaak kleine ‘microtaken’ kunnen worden uitgevoerd en het werk via platformen heel flexibel kan worden ingericht, kan het voor allerlei mensen gemakkelijker maken om gelijkwaardig en effectief aan de arbeidsmarkt deel te nemen – denk bijvoorbeeld aan mensen die thuis zware zorgtaken hebben en daardoor alleen op afstand kunnen werken.³²³ De relatieve anonimiteit die samenhangt met veel platformen zorgt er daarnaast voor dat identiteit niet altijd belangrijk is.³²⁴ Mensen die in de ‘gewone’ samenleving te maken krijgen met uitsluitingsgedrag of discriminatie, bijvoorbeeld doordat ze bij een balie vervelend worden bejegend omdat ze zichtbaar deel uitmaken van een minderheidsgroep of omdat ze ‘gekke’ voorkeuren of wensen hebben, kunnen via platformen zonder moeite bepaalde producten aanschaffen, van bepaalde diensten gebruikmaken of juist bepaalde diensten aanbieden.³²⁵ Ook op die manier kan een goed ingerichte platformeconomie dus zeker meerwaarde hebben als het gaat om toegankelijkheid, inclusiviteit en gelijkwaardigheid.³²⁶

4.3.2 *De platformeconomie, gelijke behandeling en non-discriminatie: risico's*

4.3.2.1 Beoordelingssystemen, profielen en discriminatie

Een groot risico van discriminatie en ongelijke behandeling hangt samen met de beoordelingssystemen die de meeste platformen gebruiken om ‘delen met vreemden’ te faciliteren.³²⁷ Door elkaar beoordelingen te geven kunnen zowel aanbieders als afnemers iets zeggen over de betrouwbaarheid en kwaliteit van die aanbieder of afnemer.³²⁸ Zeker wanneer er veel gelijkkluidende, positieve beoordelingen beschikbaar zijn, vergroot dit de kans dat een nieuwe afnemer in zee zal willen gaan met een dienstverlener, of dat een aanbieder zijn kostbare eigendommen zal willen uitlenen aan een bepaalde afnemer. Die kans is nog groter als er niet alleen positieve beoordelingen worden gegeven, maar er ook persoonlijke informatie beschikbaar is over een gebruiker. Dat geldt zeker als het gaat om diensten waarbij vertrouwen echt belangrijk is, zoals

322. Barzilay & Ben-David 2017, p. 400; Thierer e.a. 2016, p. 872.

323. Vgl. Schoenbaum 2016, p. 3.

324. Barzilay & Ben-David 2017, p. 400. Dit kan ook gelden als het algoritme dat wordt gehanteerd zo is ingericht dat het onbewuste discriminatie herkent en uitsluit; vgl. Lammerant, Blok & De Hert 2018, p. 8.

325. Zie ook hiervoor, par. 2.4.1.1; zie verder Burri & Heeger-Hertter 2018, p. 1002; Natour 2016, p. 318; Thierer e.a. 2016, p. 871-872.

326. Vgl. Davidson & Infranca 2016, p. 263; Schoenbaum 2016, p. 2; Dillahunst & Malone 2015, p. 9. Te denken is aan mensen met een lage sociaaleconomische positie of met een migratieachtergrond, aan mensen met een beperking of aan vrouwen.

327. Zie nader par. 2.2.1.2.

328. Zie Rathelot & Laounénan 2016, p. 3.

bij ‘intieme’ activiteiten zoals het verhuren van de eigen woning of bij carpooling.³²⁹ Als er dan bijvoorbeeld foto’s of volledige namen staan vermeld in het profiel van een gebruiker, heeft dat grote impact op het opwekken van vertrouwen bij iemand die op zoek is naar een geschikt vakantieappartement of een lange autorit.³³⁰

Tegelijkertijd is de beschikbaarheid van dit soort persoonlijke informatie riskant vanuit het perspectief van het discriminatieverbod. Een probleem is vooral dat beoordelingen gekleurd kunnen zijn door irrelevante overwegingen, door foutieve beeldvorming, of door vooroordelen, stigma’s en stereotypen.³³¹ Zo kunnen negatieve beoordelingen op Airbnb mede zijn bepaald door de etnische afkomst van de verhuurder, of kan een Uberchauffeur lage cijfers krijgen omdat hij een ontsierende huidaandoening heeft.³³² Dit is des te problematischer omdat de eerder gegeven beoordelingen ook de daaropvolgende reviews kunnen bepalen.³³³ Samen met negatieve beelden die kunnen worden opgeroepen door de beschikbare persoonsinformatie (bijvoorbeeld naam, foto, leeftijd, geslacht) in het profiel, kunnen dergelijke beoordelingen vervolgens de transacties beïnvloeden die via een platform tot stand komen.³³⁴ Het gevolg daarvan kan zijn dat dienstverleners met bepaalde kenmerken (een donkere huidskleur, een zichtbare handicap) minder gewild zijn, of dat homoseksuelen stellen of mensen met een buitenlandse achternaam een hogere prijs moeten betalen voor, bijvoorbeeld, een taxirit.³³⁵ Uiteindelijk kan dat leiden tot uitsluiting of tot een beperking van de mogelijkheid om bepaalde diensten te verlenen, waarvoor moeilijk een objectieve rechtvaardiging is te vinden.³³⁶ Dit is nog extra problematisch omdat de invloed van vooroordelen of vooropgezette meningen nauwelijks kenbaar en moeilijk meetbaar is. Aan beoordelingen is bijvoorbeeld lang niet altijd af te zien

329. Vgl. Schoenbaum 2018, p. 7; Tjaden, Schwemmer & Khadjavi 2018, p. 421.

330. Leong & Belzer 2017, p. 1287.

331. Zie bijv. idem, p. 1291; Van Dijck, Poell & De Waal 2016, p. 78; Citron & Pasquale 2014, p. 4. Ook Wagner en Eidenmüller laten zien dat menselijke besluiten in de economische sfeer onvermijdelijk gekleurd zijn (Wagner & Eidenmüller 2019, p. 592). Zie in meer algemene zin over dit risico ook Lammerant, Blok & De Hert 2018, p. 10.

332. Vgl. Burri & Heeger-Hertter 2018, p. 1002; Tjaden, Schwemmer & Khadjavi 2018; Leong & Belzer 2017, p. 1274; Edelman, Luca & Svirsky 2016; Ge e.a. 2016, p. 10; Rogers 2015, p. 95.

333. Leong & Belzer 2017, p. 1294; Citron & Pasquale 2014, p. 4.

334. Leong & Belzer 2017, p. 1292; Citron & Pasquale 2014, p. 4. Wagner en Eidenmüller spreken van een ‘mass production of bias’ (Wagner & Eidenmüller 2019, p. 593).

335. Zie nader, met voorbeelden en cijfers, bijvoorbeeld De Groen & Maselli 2016, p. 5-6. Voor de Verenigde Staten is er veel bewijs van discriminatie bij taxidiensten die via Uber worden aangeboden; zie bijv. Leong & Belzer 2017, p. 1274; Ge e.a. 2016, p. 10 e.v. Voor Duitsland is dergelijk bewijs beschikbaar waar het gaat om carpooling; zie Tjaden, Schwemmer & Khadjavi 2018.

336. Vgl. Burri & Heeger-Hertter 2018, p. 1002; Van Dijck, Poell & De Waal 2016, p. 78.

of ze zijn ingegeven door stereotypen of negatieve beeldvorming over bepaalde groepen mensen.³³⁷ De algoritmes die worden gebruikt om totaal-scores te berekenen zijn bovendien vaak geheim of in ieder geval weinig transparant.³³⁸ Voor individuen die het gevoel hebben te zijn gediscrimineerd als gevolg van een beoordelingssysteem of de inrichting van een gebruikersprofiel is het daardoor niet eenvoudig om rechtsbescherming tegen discriminatie te verkrijgen. Zo zal het vaak moeilijk zijn om aan te tonen dat een transactie niet tot stand is gekomen of iemand een klus niet heeft gekregen doordat hij als gevolg van discriminatie relatief lagere beoordelingen heeft gekregen of doordat uit zijn naam of foto blijkt dat hij tot een bepaalde minderheid behoort.³³⁹

Dit soort vormen van discriminatie kan tot op zekere hoogte worden tegengegaan door de platformen zelf. Zo kan het al helpen om geen foto's of namen op te nemen in de app waarmee een platform werkt, zodat factoren als etnische afkomst of geslacht niet meteen een rol kunnen spelen bij de totstandkoming van een transactie of bij het geven van een beoordeling.³⁴⁰ Grote platformen als Uber of Airbnb proberen door een betere inrichting van hun algoritmes en hun beoordelingssystemen de invloed van vooroordelen en stereotypen ook al te verkleinen.³⁴¹ Tegelijkertijd is het nog niet helemaal duidelijk of de platformen hier ver genoeg in gaan.³⁴² Op dit punt kan nadere, verplichtende wetgeving wenselijk zijn om ervoor te zorgen dat de gebruikte technologie zo veel mogelijk discriminatieproof wordt gemaakt.

Voor zover discriminatie door een goede inrichting van de platformen en door slimme technologie (nog) niet kan worden voorkomen, roepen de grote consequenties van beoordelingssystemen vragen op naar de

337. Vgl. Van Dijck, Poell & De Waal 2016, p. 78. Er zijn overigens ook wel meer open gevallen van discriminatie, bijvoorbeeld op grond van geslacht; zie daarover Schoenbaum 2016, p. 24 e.v.

338. Moerel & Prins 2016, p. 40; Citron & Pasquale 2014, p. 5. Vaak worden ze ook beschermd door bedrijfsgeheim; zie nader Hatzopoulos 2018, p. 97.

339. Burri & Heeger-Hertter 2018, p. 1007.

340. Ge e.a. 2016, p. 10 en 20; zij geven ook een aantal andere aanbevelingen om discriminatie te voorkomen bij vervoersdiensten die worden aangeboden via platformen. Datzelfde geldt voor Rathelot & Laounéan 2016, p. 4-5 en, voor Airbnb, Edelman, Luca & Svirsky 2016, p. 18. Rathelot en Laounéan wijzen er overigens ook op dat mensen dan toch weer op zoek kunnen gaan naar zogenaamde 'proxy's' – andere, ogenschijnlijk neutralere criteria die in feite hetzelfde effect hebben als het selecteren op basis van bijvoorbeeld geslacht of etniciteit (Rathelot & Laounéan 2016, p. 7).

341. Vgl. Rathelot & Laounéan 2016, p. 4; Rogers 2015, p. 95. Er zijn ook suggesties gedaan om hier nog verder in te gaan; zie bijv. Edelman, Luca & Svirsky 2016, p. 18.

342. Vgl. Edelman, Luca & Svirsky 2016, p. 20. Het verlies aan data dat ontstaat als bepaalde informatie niet meer kan worden weergegeven, kan bovendien zo nadelig zijn dat het voor een platform zwaarder weegt dan het risico op bias; zie Tadelis 2016, p. 336.

rechtsbescherming bij eventuele (indirecte) discriminatie.³⁴³ Op dit punt biedt de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving wel enige ruimte, nu die niet alleen discriminatie op een groot aantal gronden verbiedt door werkgevers en bij het uitoefenen van vrije beroepen (zoals het geval is voor de meeste EU-gelijkebehandelingswetgeving), maar ook bij het aanbieden van goederen en diensten.³⁴⁴ Daardoor kan deze wetgeving worden toegepast als platformen een actieve rol spelen bij het realiseren van transacties.³⁴⁵ Lastiger wordt het als een platform zich opstelt als een passieve tussenpersoon, en niet zelf de trekken vertoont van een daadwerkelijke aanbieder van diensten of een daadwerkelijke werkgever. Naar huidig recht kan zo'n platform dan niet verantwoordelijk worden gehouden voor eventuele (indirect) discriminerende gevolgen bij het aanbieden van goederen of diensten, maar moet de individuele aanbieder worden aangesproken.³⁴⁶ Die individuele aanbieder is echter lang niet altijd verantwoordelijk voor discriminatie in de geaggregeerde en gemiddelde beoordelingen, en discriminatie op basis van het gebruikersprofiel is vaak moeilijk aantoonbaar. Algemene gelijkheidsbepalingen, zoals artikel 1 van het Twaalfde Protocol bij het EVRM of artikel 1 Grondwet, kunnen mogelijk wel als vangnet dienen, maar dan moet wel worden aangenomen dat deze bepalingen ook van toepassing zijn op horizontale rechtsverhoudingen zoals ze in de platformeconomie vaak aan de orde zijn. Bovendien heeft dit soort algemene bepalingen als nadeel dat ze weinig precieze aanwijzingen geven ten aanzien van wat wel of niet toelaatbaar is.³⁴⁷ Gelet hierop lijkt nadere regulering en aanpassing van bestaande wetgeving noodzakelijk, bijvoorbeeld door in de AWGB intermediërende platformen verantwoordelijk te maken voor (indirecte) discriminatie die via hen plaatsvindt.³⁴⁸ Daarbij moet dan rekening worden gehouden met de specifieke kenmerken van digitale platformen, zoals het gebruik van algoritmes en de discriminatierisico's die daarmee samenhangen,³⁴⁹ en het gebruik van empirische gegevens, zoals het ver grote risico van discriminatie als foto's of namen in een gebruikersprofiel worden opgenomen.³⁵⁰

343. Vgl. Van Dijck, Poell & De Waal 2018, p. 147 e.v.

344. Zie voor een kort overzicht van de voor de platformeconomie relevante bepalingen Burri & Heeger-Hertter 2018, p. 1006.

345. Zie ook Burri & Heeger-Hertter 2018, p. 1007.

346. Idem.

347. Ook elders is wel gewezen op het feit dat de huidige regelgeving nog niet voldoende is ingericht op het waarborgen van de betrouwbaarheid en de kwaliteit van beoordelingen; bijv. Frenken e.a. 2017, p. 101.

348. Frenken e.a. 2017, p. 101.

349. Vgl. Van Dijck, Poell & De Waal 2019, p. 149-150.

350. Ge e.a. 2016, p. 20.

4.3.2.2 Prijsdiscriminatie en microtargeting

In paragraaf 4.1.2 is aan de orde gekomen dat de algoritmes waarmee digitale platformen werken in staat zijn om grote hoeveelheden informatie en gebruiksdata aan elkaar te koppelen. Daardoor kunnen vraag en aanbod goed op elkaar worden afgestemd en kunnen op de persoonlijke wensen en omstandigheden toegesneden aanbiedingen worden gedaan ('microtargeting').³⁵¹ In de praktijk wordt deze informatie ook gebruikt om prijzen voor goederen of diensten te bepalen.³⁵² Dat heeft als groot voordeel dat het aanbod en de prijzen zorgvuldig worden toegesneden op de individuele situatie en op wat mensen bereid zijn om te betalen.³⁵³ Dit kan op zichzelf leiden tot een ongelijke behandeling, bijvoorbeeld als de prijs die een platform berekent voor dezelfde dienst hoger is voor verschillende afnemers, zonder dat daarvoor een verklaring is te vinden in – bijvoorbeeld – hogere kosten voor het verlenen van die dienst ('prijsdiscriminatie').³⁵⁴ Daarvoor kan vaak echter een objectieve, economische rechtvaardiging bestaan in het eenvoudige gegeven dat verschillende mensen of groepen van personen kennelijk bereid zijn om verschillende prijzen te betalen.³⁵⁵ Op zichzelf hoeft dit soort prijsdifferentiatie dus niet problematisch te zijn vanuit het perspectief van het gelijkheidsbeginsel, ook al ervaren veel mensen dit anders.³⁵⁶

Dit kan anders zijn als wordt bedacht dat veel van de gebruiksdata waarvan algoritmes gebruikmaken weinig neutraal zijn.³⁵⁷ Bovendien wordt met de algoritmes vaak gezocht naar patronen en correlaties die

351. Poort & Zuiderveen Borgesius 2019, p. 580.

352. Zie nader bijv. Zuiderveen Borgesius & Poort 2017; weliswaar beschrijven zij prijsdiscriminatie door webshops, maar de prijsbepaling door platformen is hiermee door de toepassing van algoritmes sterk vergelijkbaar.

353. Frenken e.a. 2017, p. 34; King & Forder 2016, p. 702.

354. Poort & Zuiderveen Borgesius 2019, p. 580; Wagner & Eidenmüller 2019, p. 585; Zuiderveen Borgesius & Poort 2017, p. 5.

355. Bovendien is niet altijd unieke en digitale identificatie van een individu nodig voor prijsdiscriminatie, al wordt de differentiatie eenvoudiger en preciezer naarmate er meer informatie beschikbaar is. Zie nader hierover Poort & Zuiderveen Borgesius 2019, p. 583.

356. Poort & Zuiderveen Borgesius 2019, p. 584; Wagner & Eidenmüller 2019, p. 585; Zuiderveen Borgesius & Poort 2017, p. 7-8; King & Forder 2016, p. 702. Poort en Zuiderveen Borgesius wijzen er wel op dat in veel van deze gevallen wel sprake is van verwerking van persoonsgegevens om tot de gedane aanbiedingen en prijzen te komen, en dat die persoonsgegevensverwerking niet altijd rechtmatig is (Poort & Zuiderveen Borgesius 2019, p. 582); die problematiek staat in deze par. echter niet centraal, maar is aan de orde gekomen in par. 4.1.2.3.

357. King & Forder 2016, p. 702. Daar komt nog bij dat de meeste algoritmes nogal ondoorzichtig en onvoorspelbaar zijn en dat het dus niet gemakkelijk is om te achterhalen of de logica achter de getrokken conclusies wel klopt; zie Moerel & Prins 2016, p. 45. Zie ook Lammerant, Blok & De Hert 2018, p. 11.

te maken hebben met lastig te definiëren begrippen als ‘kwaliteit’ of ‘competenties’.³⁵⁸ Zo kan een platform werken met een algoritme dat erop is gericht om zo nauwkeurig mogelijk de betrouwbaarheid van een aanbieder te bepalen om te zien of die tot het platform kan worden toegelaten. Het algoritme werkt dan met patroonherkenning op basis van een big-data-analyse: welke aanbieders zijn in het verleden betrouwbaar gebleken (bijvoorbeeld blijkend uit ratings en reviews) en welke kenmerken hadden zij? Daarbij zal het algoritme ongetwijfeld een aantal correlaties vinden, maar die zullen niet in alle gevallen daadwerkelijk iets zeggen over de feitelijke betrouwbaarheid. Dat kan tot gevolg hebben dat bepaalde onbetrouwbare aanbieders toch tot het platform worden toegelaten, terwijl sommige betrouwbare aanbieders juist worden uitgesloten.³⁵⁹ Wanneer die fouten (‘false positives’ of ‘false negatives’) ook nog samenhangen met ‘verdachte’ persoonskenmerken als de huidskleur, het geslacht of de seksuele voorkeur van een gebruiker van een platform, kan dat leiden tot ongerechtvaardigd onderscheid.³⁶⁰

Dit wijst bovendien op een tweede probleem, en dat is dat de patronen die worden herkend kunnen samenhangen met het bestaan van maatschappelijke vooroordelen en stereotypes.³⁶¹ De data die het algoritme van het platform gebruikt kunnen ‘vervuild’ zijn doordat ze onaanvaardbaar geachte generalisaties reflecteren, bijvoorbeeld over de huidskleur of het geslacht van een aanbieder of afnemer.³⁶² Het kan bijvoorbeeld zijn dat voor bepaalde diensten die worden geassocieerd met ‘typisch’ mannelijke of vrouwelijke kenmerken alleen mannelijke of vrouwelijke aanbieders naar boven komen, dat de prijzen voor ‘typisch vrouwelijke’ spullen hoger zijn als een vrouw ernaar zoekt dan als een man dat zou doen, of dat dezelfde diensten een hoger uurbedrag opleveren als ze

358. De Hert, Lammerant & Blok 2017, p. 128.

359. Schermer 2011, p. 48.

360. King & Forder 2016, p. 702.

361. Sterk gerelateerd hieraan is het probleem dat door de profielvorming de kenmerken van losse individuen die deel uitmaken van een bepaalde groep (bijvoorbeeld mensen met een migratieachtergrond) worden toegeschreven aan de groep als geheel; dergelijke groepsprofielen kunnen dan gemakkelijk leiden tot benadeling, stigmatisering en discriminatie van individuen die niet zelf over die kenmerken beschikken; zie Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 134-135; Calders & Žliobaitė 2012, p. 51; Schermer 2011, p. 47. Overigens wijzen Thierer e.a. erop dat de inzet van individualiseerbare beoordelingssystemen dit tegen kan gaan (Thierer e.a. 2016, p. 872), maar dergelijke systemen hebben mogelijk weer invloed op de privacyrechten (zie daarvoor par. 4.1.2.1).

362. Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 142; De Hert, Lammerant & Blok 2017, p. 131; Calders & Žliobaitė 2012, p. 46 e.v.; Schermer 2011, p. 47.

door mannen worden aangeboden in vergelijking tot vrouwen.³⁶³ In die gevallen kan het resulterende verschil in aanbod of prijs een extrapolatie zijn van maatschappelijk bestaande ongelijkheid of van ongefundeerde en al te generalistische opvattingen.³⁶⁴ Bezien vanuit het gelijkheidsbeginsel vraagt het daarom ten minste om een stevige rechtvaardiging als blijkt dat aanbieders van woningen via Airbnb met een getinte huid stelselmatig minder geld kunnen vragen voor het verhuren van hun appartement dan witte mensen, of als blijkt dat de Turks of Marokkaans klinkende naam van iemand die een rit aanvraagt via Uber leidt tot een aanzienlijk hogere ritprijs.³⁶⁵ In veel gevallen is zo'n rechtvaardiging niet te geven, omdat de feitelijke ongelijke behandeling niet het resultaat is van objectieve en relevante kenmerken van het verhuurde object of van de kwaliteit van de verhuurder, maar van maatschappelijke vooroordelen en stereotypen.³⁶⁶

Dit betekent dat de platformalgoritmes gevoelig zijn voor discriminatie. Dit kan deels worden opgelost door de algoritmes zo in te richten dat zij zelf discriminatie leren herkennen en tegengaan.³⁶⁷ Daarvoor bestaan al methoden, maar die zijn vooralsnog niet ver genoeg ontwikkeld om ze op grote schaal te kunnen inzetten.³⁶⁸ Op dit moment is er ook geen regelgeving of rechtspraak in Nederland die daartoe verplicht.³⁶⁹ In plaats daarvan zullen mensen die zich het slachtoffer voelen van prijsdiscriminatie naar de rechter moeten stappen en voldoende bewijs moeten aanvoeren van een statistisch significant indirect onderscheid. Daarmee gaan echter praktische moeilijkheden gepaard, zoals het feit dat veel platformen niet zichtbaar maken of en hoe zij hun prijs- en personaliseringsbeleid vormgeven en hoe hun algoritmes werken.³⁷⁰ Ook is het vaak moeilijk om een voldoende groot aantal vergelijkingsgevallen te vinden om statistische discriminatie te kunnen aantonen.³⁷¹ Dit bemoeilijkt de individuele rechtsbescherming tegen discriminatie door digitale platformen. Zoals

363. Vgl. Calders & Žliobaitė 2012, p. 50. Voor dit laatste (hogere uurlonen voor vrouwen dan voor mannen bij aanbieden van dezelfde diensten) bestaat in de VS empirisch bewijs; zie Barzilay & Ben-David 2017, p. 408.

364. Vgl. Citron & Pasquale 2014, p. 14-15.

365. Tjaden, Schwemmer en Khadjavi vonden sterk empirisch bewijs voor discriminatie op grond van de etnische klank van een achternaam bij carpooling in Duitsland (Tjaden, Schwemmer & Khadjavi 2018, p. 419).

366. Vgl. De Hert, Lammerant & Blok 2017, p. 127.

367. Zie voor de technische mogelijkheden daarvan De Hert, Lammerant & Blok 2017, p. 131-132.

368. De Hert, Lammerant & Blok 2017, p. 132.

369. Zie ook Lammerant, Blok & De Hert 2018, p. 22-23.

370. Poort & Zuiderveen Borgesius 2019, p. 588-590.

371. Vgl. Calders & Žliobaitė 2012, p. 50. Voor dit laatste (hogere uurlonen voor vrouwen dan voor mannen bij aanbieden van dezelfde diensten) bestaat in de VS empirisch bewijs; zie Barzilay & Ben-David 2017, p. 408.

hiervoor ook al is besproken ten aanzien van de reputatie- en beoordelingsmechanismen, is het voor het vinden van een oplossing hiervoor nodig om de gelijkebehandelingswetgeving aan te passen en die sterker toe te snijden op de specifieke eigenschappen van digitale platformen.

4.3.2.3 Indirecte uitsluiting

Platformen kunnen verder indirecte uitsluiting tot gevolg hebben. Sommige platformdiensten zijn bijvoorbeeld alleen in bepaalde wijken, steden of regio's goed beschikbaar.³⁷² Dit is op zichzelf logisch, omdat een deelauto- of bezorgdienst alleen functioneel kan zijn als er genoeg mensen zijn die ervan gebruik willen maken.³⁷³ Dit betekent echter ook dat mensen die niet in de grote steden wonen minder toegang hebben tot bepaalde goedkope en laagdrempelige voorzieningen. Zij kunnen alleen tegen hoge prijzen gebruikmaken van bepaalde platformdiensten of ze blijven aangewezen op diensten die in de 'gewone' economie worden aangeboden.³⁷⁴ Een soortgelijk probleem is dat sommige aanbiedingen helemaal niet aan bepaalde groepen of in bepaalde gebieden worden gedaan, bijvoorbeeld omdat een algoritme bij het toekennen van dienstverleningscontracten stelselmatig de voorkeur geeft aan mensen met een hogere opleiding of met een bepaalde woonplaats.³⁷⁵ Eveneens vergelijkbaar is het gegeven dat vooral mensen die vermogen hebben, bijvoorbeeld in de vorm van een mooi huis of een luxueuze auto, van de platformeconomie profiteren; hun eigendommen zijn immers aantrekkelijk, wat betekent dat zij gemakkelijk en tegen een hoge prijs via Airbnb hun appartement kunnen verhuren of via autodeelplatformen hun auto kunnen delen.³⁷⁶ Uit Amerikaans onderzoek blijkt bovendien dat onderbemiddelde groepen vaak terughoudender zijn als het gaat om het benutten van platformen om zaken te lenen of om anderen klussen voor zich te laten uitvoeren.³⁷⁷ Daarnaast heeft de flexibiliteit van de platformeconomie weliswaar voordelen als het gaat om participatie, maar de snelheid waarmee moet worden gereageerd vergt ook een bepaalde vaardigheid en een bepaald gedrag.³⁷⁸ Mensen die minder handig zijn met internet of die eenvoudigweg door een beperking of gezinszorg minder vaak gebruikmaken van apps of internet, komen daardoor bijvoorbeeld minder

372. Vgl. De Groen & Maselli 2016, p. 8.

373. Zie nader over de sterke relatie tussen de platformeconomie en steden Davidson & Infranca 2016, p. 226 e.v.

374. De Groen & Maselli 2016, p. 9.

375. Moerel & Van der Wolk 2017, p. 42; Schor e.a. 2016, p. 79; Schor 2014, p. 8; Zuiderveen Borgesius 2014, p. 81. Vgl. ook Moerel & Prins 2016, p. 47.

376. Frenken e.a. 2017, p. 34; Schor 2017, p. 276; Cansoy & Schor 2016, p. 3; Frenken 2016, p. 8-9. Vgl. ook Poort & Zuiderveen Borgesius 2019, p. 582.

377. Dillahunst & Malone 2016, p. 9-10.

378. Burri & Heeger-Hertter 2018, p. 1002.

snel in aanmerking voor klussen of dienstverlening die via een platform verlopen.³⁷⁹ In ieder geval voor de Verenigde Staten betekent dit dat de platformeconomie een merkbare verschuiving van economische kansen en mogelijkheden tot gevolg heeft, met nadelige gevolgen voor de laagste inkomens- en opleidingsgroepen.³⁸⁰

Dit laat zien dat platformen bestaande, maatschappelijke patronen van ongelijke behandeling, uitsluiting en achterstelling reflecteren.³⁸¹ Dat gebeurt meestal niet bewust en vaak ongemerkt. De vraag is ook of de platformeconomie daarmee daadwerkelijk *nieuwe* vormen van discriminatie en uitsluiting genereert – in veel gevallen gaat het vooral om een versterking van al bestaande fenomenen. Vanuit het perspectief van het gelijkheidsbeginsel is die vraag echter minder relevant. Het gaat er vooral om of deze ongelijke gevolgen moeten worden geaccepteerd.³⁸² Vanuit waarden als die van gelijkwaardigheid, toegankelijkheid en inclusiviteit zou het in ieder geval niet zo mogen zijn dat groepen die minder van de platformeconomie profiteren disproportioneel veel mensen omvatten die maatschappelijk gezien toch al in een nadelige positie verkeren, zoals mensen met een migratieachtergrond of een handicap of mensen met een lage sociaaleconomische status. Om dit soort maatschappelijke ongelijkheid te bestrijden zal het mogelijk nodig zijn om sociaal beleid te voeren of in gevallen van achterstelling (feitelijke) compensatie te bieden.³⁸³

4.3.3 Conclusie

Net als voor de privacygerelateerde rechten en vrijheidsrechten geldt voor gelijkheidsrechten dat de platformeconomie het nodige te bieden heeft. De toegang tot voorzieningen en diensten kan door de beschikbaarheid van digitale platformen inclusiever worden, al is het maar doordat anoniem – en daarmee zonder aanzien des persoons – transacties kunnen plaatsvinden. Daarnaast zijn door het gebruik van algoritmes vergaande differentiatie en personalisering mogelijk, waardoor aanbiedingen en prijzen helemaal kunnen worden toegesneden op de individuele behoeften.

Tegelijkertijd kan de werking van de platformalgoritmes zodanig zijn dat bepaalde groepen mensen minder profiteren van de voordelen van

379. Idem.

380. Schor 2017, p. 265.

381. Vgl. Kleinberg e.a. 2019, p. 21; Schor 2014, p. 8.

382. Of, zoals Schoenbaum het formuleert: 'We have rejected (...) these arguments in the traditional economy. Is there a reason to accept them in the sharing economy?' (Schoenbaum 2016, p. 31).

383. Vgl. Frenken e.a. 2017, p. 102.

de platformeconomie dan andere. Een zekere compensatie daarvoor door middel van algemeen beleid en wetgeving kan nodig zijn om die nadelen te bestrijden. Meer concreet is duidelijk geworden dat de inzet van algoritmes bij prijsbepaling en personalisering en in het kader van beoordelings- en reputatiesystemen kan leiden tot ongerechtvaardigd onderscheid en discriminatie. Concrete rechtszaken daarover zijn mogelijk, maar het zal door ondoorzichtigheid en geheimhouding van algoritmes niet altijd eenvoudig zijn om de discriminerende effecten van een algoritme te achterhalen en aan te tonen. Daarnaast is het momenteel lastig om platformen direct verantwoordelijk te houden voor discriminatie in bijvoorbeeld beoordelingen of algoritmegedreven prijsbepaling. Technologische ontwikkelingen om discriminatie in algoritmes te voorkomen en te detecteren kunnen worden gestimuleerd om deze problemen tegen te gaan. Daarnaast is het wenselijk om de bestaande gelijkebehandelingswetgeving beter toe te snijden op de rol die platformen spelen bij dienstverlening en het aanbieden van goederen.

4.4 Procedurele rechten

Ogenschijnlijk worden de procedurele rechten nauwelijks door de opkomst van de platformeconomie geraakt. Uiteindelijk kunnen mensen die benadeeld zijn door een aankoop via een platform immers altijd terecht bij de rechter, net als mensen die bijvoorbeeld het slachtoffer zijn van discriminatie door een beoordelingssysteem. De bijzondere aard en kenmerken van platformen lijken op het verloop van die procedures niet of nauwelijks invloed te hebben. In werkelijkheid zijn de effecten echter aanzienlijk. Dit heeft allereerst te maken met het feit dat veel (vooral grote) platformen voor geschilbeslechting gebruikmaken van alternatieve, online vormen van geschilbeslechting, bijvoorbeeld om een oplossing te vinden voor de kleinere consumentenkwesaties of bij conflicten over de op een platform gegeven beoordelingen.³⁸⁴ Vaak wordt daarbij ook weer gebruikgemaakt van een digitaal platform, zodat er sprake is van een zekere ‘platformisering’ van de geschilbeslechting. De vraag naar de eventuele effecten daarvan voor de grondrechten komt hierna aan de orde in paragraaf 4.4.1.

Ook wanneer een zaak ‘gewoon’ bij een overheidsrechter terechtkomt, kunnen er bijzondere vraagstukken spelen ten aanzien van de procedurele rechten. Dit heeft vooral te maken met het feit dat platformen veelvuldig gebruikmaken van algoritmes om op een efficiënte manier vraag en aanbod met elkaar in verband te brengen. Die geautomatiseerde processen van dataverwerking kunnen in rechterlijke procedures proble-

384. Hatzopoulos 2018, p. 177; Zie ook Cortés 2016a, p. 1.

matische effecten hebben voor de equality of arms en de bewijspositie van partijen, en ze kunnen leiden tot een gebrek aan transparantie in de procedure. Op die risico's wordt ingegaan in paragraaf 4.4.2.

4.4.1 *Platformisering van geschilbeslechting en Online Dispute Resolution (ODR)*

4.4.1.1 Toegang tot het recht, ADR en ODR – positieve gevolgen en voorwaarden

Steeds meer platformen en hun gebruikers kiezen voor de afhandeling van hun geschillen voor een vorm van Online Dispute Resolution (ODR).³⁸⁵ Klachten kunnen daarbij via een digitaal platform worden ingediend bij een aanbieder van diensten of goederen en ook een deel van het case-management – zoals het beheer van een dossier en de uitwisseling van informatie – vindt via het platform plaats.³⁸⁶ Mocht dit digitale contact niet leiden tot een bevredigende oplossing van een geschil, dan kan eventueel gebruik worden gemaakt van een fysiek mechanisme van alternatieve geschilbeslechting (Alternative Dispute Resolution, ADR) of kan uiteindelijk een rechter worden benaderd.³⁸⁷ ODR en ADR kunnen een laagdrempelige en efficiënte vorm van geschilbeslechting opleveren, bijvoorbeeld bij consumentengeschillen rondom de aankoop of huur van producten of de verlening van diensten. De toegang tot het recht, een belangrijke grondrechtelijke waarde, kan worden bevorderd door de inzet ervan.³⁸⁸ Bovendien kan dit soort mechanismen de rechtspleging efficiënter en goedkoper maken doordat niet steeds de overheidsrechter hoeft te worden benaderd.

De vraag is niettemin of er aan de inzet van ODR-platformen risico's zijn verbonden als het gaat om procedurele grondrechten. Bij de beantwoording van die vraag biedt de EHRM-rechtspraak over het recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces belangrijke kaders. In *Momčilović/Kroatië* oordeelde het EHRM bijvoorbeeld dat het opleggen van een verplichting om te proberen een geschil eerst via mediation op te lossen niet per definitie in strijd is met het recht op toegang tot de rechter van art. 6 EVRM.³⁸⁹ Wel vereist het EHRM daarbij dat het mogelijk moet zijn om de

385. Bauw 2018; Condlin 2017; Sela 2017; Rühl 2015. Zie over ODR in het algemeen ook Coenraad & Ingelse 2017, p. 31 e.v.

386. Idem.

387. Zie over de definitie en verschillende vormen van ADR nader Bauw e.a. 2018, m.n. p. 55 e.v.; Coenraad & Ingelse 2018, p. 28 e.v. en p. 73 e.v.

388. Sela 2017, p. 642.

389. EHRM 26 maart 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0326JUD001123911, *EHRC* 2015/135, m.nt. M. Wiesterveld, par. 46 (*Momčilović/Kroatië*).

procedure uiteindelijk voor de overheidsrechter voort te zetten, dat de periode waarin moet worden gezocht naar alternatieve geschilbeslechting niet onnodig lang mag zijn en dat de kern van het recht op toegang tot de rechter niet mag worden aangetast.³⁹⁰

In *Tabbane/Zwitserland* en in *Mutu en Pechstein/Zwitserland* oordeelde het EHRM daarnaast dat het niet in strijd is met het door art. 6 EVRM gegarandeerde recht op toegang tot de rechter als twee contractspartijen samen en vrijwillig besluiten een geschil te laten beslechten via arbitrage, ook als daarna geen rechterlijke toetsing niet meer mogelijk is.³⁹¹ De partijen kunnen immers zelf kiezen voor deze vorm van geschilbeslechting en ze kunnen daarbij ook afstand doen van een aantal procedurele rechten. Voorwaarde is wel dat beide partijen deze keuzes maken in volledige vrijheid en op een wettige en duidelijke manier.³⁹² Als de toestemming voor arbitrage niet helemaal vrij is gegeven, kan niet worden gesproken van 'vrijwilligheid' en kan ook niet worden aangenomen dat beide partijen de eventuele nadelige procedurele consequenties van alternatieve geschilbeslechting onomwonden hebben aanvaard.³⁹³ Voor Nederland blijkt een soortgelijk basisrecht uit art. 17 Grondwet, dat inhoudt dat iemand niet mag worden afgehouden van een bij wet opengestelde rechtsgang.³⁹⁴ Net als onder art. 6 EVRM mag onder art. 17 Gw afstand worden gedaan van een beroep op de rechter, maar opnieuw moet dat in vrijheid gebeuren.³⁹⁵

390. Idem, par. 52-53.

391. Zie resp. EHRM 1 maart 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0301DEC004106912, *EHRM* 2016/156 (*Tabbane/Zwitserland*) en EHRM 2 oktober 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1002JUD004057510, *EHRM* 2019/43, m.nt. D.A.V. van Toor (*Mutu en Pechstein/Zwitserland*).

392. *Mutu en Pechstein/Zwitserland*, par. 96 ('in the case of voluntary arbitration to which consent has been freely given, no real issue arises under Article 6. The parties to a dispute are free to take certain disagreements arising under a contract to a body other than an ordinary court of law. By signing an arbitration clause the parties voluntarily waive certain rights secured by the Convention. Such a waiver is not incompatible with the Convention provided it is established in a free, lawful and unequivocal manner').

393. *Mutu en Pechstein/Zwitserland*, par. 113-115. In *Mutu en Pechstein/Zwitserland* konden de sporters op wie de zaak betrekking had nauwelijks nog aan relevante competities deelnemen als zij de arbitrage niet hadden aanvaard; bovendien had Mutu niet voldoende duidelijk en onomwonden ('unequivocally') afstand gedaan van zijn procedurele rechten in het kader van de arbitrage. Ook in consumentengeschillen die relevanter zijn voor platformen kan zo'n situatie van feitelijke onvrijheid bij de keuze voor arbitrage zich gemakkelijk voordoen; zie bijv. Bauw 2011 en zie de annotatie van Westerveld bij *Momčilovič/Kroatië*, EHRM 26 maart 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0326JUD001123911, *EHRM* 2015/135.

394. Barkhuysen, Gerards & Van Emmerik 2009, p. 13. Vgl. ook Coenraad & Ingelse 2017, p. 74.

395. Idem; zie ook MvT bij de Verklaringswet recht op een eerlijk proces, *Kamerstukken II* 2015/16, 34 517, 3, p. 13-14. Bedingen in de algemene voorwaarden van een overeenkomst worden niet gezien als een aanvaardbare afstand van de gang naar de reguliere rechter; zie art. 6:236 onder n BW en vgl. Bauw 2011, p. 193.

Dit betekent dat vrijwillig aangegane afspraken om gebruik te maken van ODR-systemen niet snel in strijd zullen zijn met de procedurele grondrechten.³⁹⁶ Wel is van belang dat die keuze werkelijk vrijelijk wordt gemaakt en dat niet te veel (impliciete) druk wordt uitgeoefend om ODR te benutten.³⁹⁷

Los van de vraag of het als zodanig verenigbaar is met het recht op toegang tot de rechter om mensen te verplichten om gebruik te maken van ADR of ODR, is de vraag of ADR- en ODR-systemen zelf aan bepaalde procedurele voorwaarden moeten voldoen. De meeste codificaties van procedurele rechten zijn niet van toepassing op ADR- of ODR-systemen, omdat het daarbij gaat om buitengerechtelijke afdoening van geschillen.³⁹⁸ Toch wordt in het algemeen aangenomen dat ten minste een aantal procedurele waarborgen zodanig wezenlijk zijn dat zij van overeenkomstige toepassing kunnen worden verklaard op ADR- en ODR-procedures.³⁹⁹ Consensus bestaat bijvoorbeeld over het feit dat het beginsel van de equality of arms in acht moet worden genomen; dat betekent onder meer dat er tijdens de procedure voldoende ruimte moet bestaan voor hoor en wederhoor, voor het kunnen inzien van elkaars stukken en voor de goede voorbereiding van de eigen inbreng.⁴⁰⁰ Daarnaast wordt het van belang gevonden dat de procedure binnen redelijke termijn wordt afgerond en dat er voldoende mogelijkheden bestaan voor vertegenwoordiging en bijstand.⁴⁰¹ Aangenomen kan dan ook worden dat bij de inrichting van

396. Bauw e.a. 2018, p. 142.

397. Zie voor zorgen daarover CRvdM 2019, p. 46; Hatzopoulos 2018, p. 180.

398. In bepaalde gevallen, waarbij bijvoorbeeld bindende uitspraken kunnen worden gedaan en een arbitragetribunaal bij wet is ingesteld, kan feitelijk wel sprake zijn van afdoening van een geschil door een 'rechter'. Zie ten aanzien van art. 6 EVRM bijv. Van den Eijnden 2020, onderdeel C.8.4.1 en vgl. EHRM 2 oktober 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1002JUD004057510, EHRC 2019/43, m.nt. D.A.V. van Toor, par. 145-149 (*Mutu en Pechstein/Zwitserland*) en eerder *Lithgow e.a./Verenigd Koninkrijk*, EHRM 8 juli 1986, ECLI:CE:ECHR:1986:0708JUD000900680, par. 201.

399. Bauw e.a. 2018, p. 28 e.v.

400. Idem, p. 50 en p. 146.

401. Idem, p. 50 en 147. Zij wijzen er ook op dat veel andere waarborgen, zoals onafhankelijkheid of onpartijdigheid, bij ADR niet altijd dezelfde mate van relevantie hebben; zie met name p. 143 e.v. De mate waarin mag worden verwacht dat rechtsstatelijke waarborgen, zoals procedurele waarborgen, ook bij ADR-trajecten gelden, is afhankelijk van een aantal factoren, zoals de mate van feitelijke keuzevrijheid van de gebruikers, de mate van betrokkenheid van de overheid, de mate van professionaliteit van de aanbieder en de mate waarin de ADR-aanbieder optreedt als geschilbeslechter; zie nader Bauw e.a. 2018, p. 151-154.

ODR-platformen die grondrechten in ieder geval moeten worden gerespecteerd.⁴⁰²

4.4.1.2 ODR-platformen die geschilbeslechting faciliteren

Zoals hiervoor opgemerkt zijn ODR-platformen vooral bedoeld om alternatieve vormen van geschilbeslechting te faciliteren door een digitale, laagdrempelige en efficiënte omgeving te bieden waarin partijen met elkaar in contact kunnen treden.⁴⁰³ Ook de Europese Unie beschikt sinds 2016 over een ODR-platform, dat wordt onderhouden door de Europese Commissie.⁴⁰⁴ Dit platform maakt het mogelijk om via een online mechanisme conflicten op te lossen tussen consumenten en aanbieders van goederen en – in beperkte mate – van diensten.⁴⁰⁵ Platformen die zich richten op online handel en dienstverlening zijn zelfs verplicht om een link naar het ODR-platform op te nemen.⁴⁰⁶ Het EU-ODR-platform maakt het consumenten mogelijk om via het internetportal direct contact op te nemen met de ondernemer en om daarmee digitaal berichten uit te wisselen.⁴⁰⁷ Als het binnen een maximaal aantal dagen niet is gelukt om het geschil op te lossen via direct contact tussen de gebruikers, biedt het platform bovendien de optie om ofwel een goedgekeurde ADR-entiteit in te schakelen of om een ander instrument te benutten om het geschil te beslechten.⁴⁰⁸

402. Zie ook de ethische gedragscode voor de toepassing van artificiële intelligentie in geschilbeslechtingssystemen die vanuit de Raad van Europa tot stand is gebracht: CEPEJ 2018, p. 7 e.v. Voor zover sprake is van bindend advies of arbitrage zijn hiervoor enige relevante uitwerkingen te vinden in het burgerlijk (proces)recht; zie voor bindend advies in het bijzonder art. 7:900 BW en zie voor arbitrage art. 1020 e.v. Rv. Zie uitgebreid daarover Bauw e.a. 2018, p. 60 e.v.

403. Vgl. Hatzopoulos 2018, p. 183; Sela 2017, p. 639; Rühl 2015, p. 80.

404. Zie over de inrichting van het huidige systeem nader Cortés 2016b, p. 20 e.v. Zie ook Bauw e.a. 2018, p. 58-59.

405. Europese Commissie 2017; Cortés 2016b, p. 30. Zie daarnaast de onderliggende regelgeving: de ODR-verordening (Verordening (EU) 524/2013 van 21 mei 2013, *PbEU* 2013 L 165/1 van 18 mei 2013 en de ADR-consumentenrichtlijn (Richtlijn 2013/11/EU van 21 mei 2013, *PbEU* 2013 L 165/63 van 18 juni 2013). Het gaat hier vooral om consumentenkwesties rondom de levering of de kwaliteit van bepaalde zaken, maar ook om rechten rondom vertraagde of geannuleerde vluchten, om pakketreizen of om oneerlijke handelspraktijken; zie in het kort de website <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.consumer.rights#inline-nav-2>.

406. Hatzopoulos 2018, p. 184. Zie voor het toepassingsbereik de ODR-verordening, overweging 14 en 15. Zie ook Europese Commissie 2017, p. 3.

407. Cortés 2016b, p. 30. Hij wijst erop dat ook op nationaal niveau ODR-portals kunnen worden ontwikkeld, die dan kunnen schakelen met het EU-platform.

408. Europese Commissie 2017, p. 2. De goedkeuring kan blijken uit het feit dat de ADR-entiteit is opgenomen op een door de Europese Commissie bijgehouden lijst; zie daarvoor de ADR-consumentenrichtlijn (Richtlijn 2013/11/EU van 21 mei 2013, *PbEU* 2013 L 165/63 van 18 juni 2013) en zie nader Biard 2019.

De voordelen van dit Europese ODR-platform zijn onder meer gelegen in toegankelijkheid, snelheid, duidelijkheid en rechtszekerheid.⁴⁰⁹ Door het grote aantal ADR- en ODR-mechanismen dat beschikbaar was bij de vele individuele verkoopplatformen en online winkels, was het voor gebruikers van platformdiensten steeds moeilijker geworden om door de bomen het bos te zien en te weten welke procedures wel of niet betrouwbaar waren.⁴¹⁰ Het ODR-platform kanaliseert dit en maakt het proces bovendien meer kostenefficiënt.⁴¹¹ De eerste analyses van de functionaliteit van het ODR-platform laten zien dat deze kanalisering inderdaad nuttig is en dat er op ruime schaal gebruik van wordt gemaakt.⁴¹²

Het ODR-platform van de EU beoogt bovendien procedurele grondrechten te beschermen, onder meer door te voorzien in een transparant, gebruiksvriendelijk en open casemanagementsysteem waardoor beide partijen gelijkwaardige toegang hebben tot informatie,⁴¹³ door te voorzien in de mogelijkheid van de vertaling van relevante processtukken,⁴¹⁴ en door duidelijke deadlines te verschaffen om te waarborgen dat de procedure binnen redelijke termijn wordt afgerond.^{415,416} Als een kwestie uiteindelijk bij een ADR-entiteit terechtkomt (wat tot nu toe maar in een zeer beperkt aantal gevallen gebeurt⁴¹⁷), moet de ADR-procedure bovendien voldoen aan de procedurele eisen die door de ADR-consumentenrichtlijn worden gesteld.⁴¹⁸ Die eisen hebben bijvoorbeeld betrekking op de toegankelijkheid, transparantie, billijkheid en vertrouwelijkheid van de ADR-procedure, op de redelijke termijn waarbinnen het ADR-proces zich moet voltrekken, en op de onafhankelijkheid en integriteit van de ADR-entiteit.⁴¹⁹ Op zowel het ODR-platform als de ADR-mechanismen zijn daarnaast waarborgen ingebouwd om de persoonsgegevens van de betrokkenen te beschermen.⁴²⁰

409. Vgl. Rühl 2015, p. 83.

410. Zie daarvoor de overwegingen voorafgaand aan de ODR-verordening (Verordening (EU) 524/2013 van 21 mei 2013, *PbEU* 2013 L 165/1 van 18 mei 2013).

411. Cortés 2016b, p. 18.

412. Bekendheid is een belangrijke factor als het gaat om de effectiviteit van een ODR-platform als dit; zie nader Cortés 2010, p. 77.

413. Art. 8 en 9 ODR-verordening.

414. Art. 9 ODR-verordening. Zie nader ook Cortés 2016b, p. 32.

415. Art. 9 ODR-verordening.

416. Vgl. Europese Commissie 2017, p. 2; Rühl 2015, p. 83.

417. Zie Europese Commissie 2017 en 2018 voor de cijfers; het ging in het eerste jaar om 1% en in het tweede jaar om 2% van alle ingediende klachten.

418. Richtlijn 2013/11/EU van 21 mei 2013, *PbEU* 2013 L 165/63 van 18 juni 2013; zie in het bijzonder overweging 24 e.v. van de preambule. Zie nader over deze eisen Cortés 2016b, p. 22 e.v.

419. Zie in het bijzonder art. 6-12 van de ADR-consumentenrichtlijn; zie nader Cortés 2016b, p. 24 e.v.

420. Art. 12 en 13 ODR-verordening; zie ook de preambule, overweging 27-29.

Het EU-ODR-platform kan daarmee op zichzelf een effectief rechtsbeschermingsmechanisme opleveren dat met voldoende waarborgen is omkleed en waarvan in algemene zin kan worden verwacht dat consumenten er gebruik van maken voordat zij naar de rechter stappen.⁴²¹ Bovendien staat zowel in de ODR-verordening als in de ADR-consumentenrichtlijn uitdrukkelijk vermeld dat de ODR- en ADR-mechanismen niet zijn bedoeld om een gerechtelijke procedure te vervangen en dat het consumenten of ondernemers ook niet mag verhinderen in het gebruik van hun recht op toegang tot de rechter.⁴²² Ook dat recht is in dit systeem dus afdoende gewaarborgd.

Ondanks dit soort waarborgen kan er bij ODR-systemen een risico bestaan voor procedurele rechten.⁴²³ Als bijvoorbeeld zou blijken dat ontwerpfouten tot gevolg hebben dat een van de procespartijen onvoldoende toegang heeft tot informatie of als de ‘equality of arms’ stelselmatig onder druk komt te staan doordat een van de procespartijen niet goed weet hoe hij toegang moet krijgen tot de informatie op het platform, is er alsnog reden tot zorg.⁴²⁴ Procedurele problemen bij de goedgekeurde ADR-entiteiten kunnen eveneens leiden tot tekortkomingen vanuit grondrechtelijk opzicht.⁴²⁵ Of dit voor het EU-systeem aan de orde is, is overigens nog niet bekend; daarvoor zijn nog onvoldoende ervaringen opgedaan met het platform en is ook nog onvoldoende onderzoek gedaan naar de werking ervan.

Los daarvan is van belang om te constateren dat het EU-ODR-platform beperkt is in zijn toepassingsbereik. Het is alleen gericht op internethandel en consumentengeschillen en bovendien kunnen alleen consumenten en aanbieders die zijn gevestigd in de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte er gebruik van maken.⁴²⁶ Als sprake is van geschillen over niet-consumentenrechtelijke kwesties – bijvoorbeeld geschillen over arbeidsvoorwaarden voor platformwerkers – is het Europese ODR-mechanisme dus

421. Dit kan uiteraard alleen als wordt voldaan aan de in par. 2.4.4.1.1 uiteengezette eisen; zo is afstand van een gang van de rechter alleen mogelijk als de beide partijen daartoe in vrijheid beslissen en als zij ook duidelijk en onomwonden instemmen met het daarmee afstand doen van bepaalde procedurele waarborgen.

422. ODR-verordening, overweging 26 van de preambule; ADR-consumentenrichtlijn, overweging 45.

423. Zie nader Condlin 2017, p. 734 e.v. Dat er enkele problemen zijn, is al geconstateerd door Cortés, die er bijvoorbeeld op wijst dat de communicatie tussen consument en ondernemer niet altijd goed is geregeld en dat dat ertoe kan leiden dat bepaalde klachten niet goed in behandeling worden genomen, en dat er geen interoperabiliteit is tussen het ODR-platform en de ADR-entiteiten, waardoor consumenten vaak veel moeite moeten doen om alsnog bij een ADR-entiteit uit te komen; Cortés 2016b, p. 33.

424. Zie over dit soort risico's uitgebreider Condlin 2017, p. 734 e.v.

425. Zie daarover uitgebreid Biard 2019, p. 112 e.v.

426. Art. 2 ODR-verordening.

niet bruikbaar.⁴²⁷ Datzelfde geldt als via het platform is gehandeld met een aanbieder in een derde land, zoals de Verenigde Staten (denk aan Amazon of eBay) of China (denk aan Taobao van Alibaba). In die gevallen moet gebruik worden gemaakt van de eventuele andere ODR-mechanismen waarin die aanbieders voorzien.⁴²⁸ De procedurele inrichting van dat soort mechanismen is uiterst divers.⁴²⁹ Zo voorziet zowel eBay als Taobao in een online jury die op afstand meebeslist over geschillen over transacties of over het verwijderen van commentaren en beoordelingen die op de platformen zijn geplaatst.⁴³⁰ In hoeverre dergelijke ODR-mechanismen allemaal voldoen aan de in Nederland gestelde grondrechtelijke eisen is door de variëteit van deze mechanismen moeilijk te zeggen.

4.4.1.3 ODR-platformen die via algoritmes beslissingen nemen

De hiervoor besproken ODR-platformen hebben één gemeenschappelijk kenmerk, en dat is dat zij tot doel hebben om geschilbeslechting via een digitaal medium te faciliteren.⁴³¹ De platformen dragen dus niet zelf zorg voor de eigenlijke geschilbeslechting. Dat is anders bij platformen die ook de beslissingen via geautomatiseerde processen en algoritmes laten verlopen.⁴³² Een voorbeeld hiervan is het Nederlandse 'e-Court',⁴³³ waarbij sprake is van arbitrage in – overwegend – incassozaken.⁴³⁴ De arbitrageprocedure verloopt daar – net als bij ODR-mechanismen – via een digitaal platform,⁴³⁵ maar anders dan bij de meeste ODR-platformen

427. Zie ook Hatzopoulos 2018, p. 174 en 179, die aangeeft dat de consumentenbescherming en de daarmee samenhangende mechanismen niet van toepassing zijn in onder meer 'business-to-business'- en 'consumer-to-consumer'-relaties, terwijl dergelijke relaties zich in de platformeconomie regelmatig voordoen. In dat geval zijn er soms overigens weer andere, specifieke ODR-mechanismen beschikbaar; zie voor voorbeelden (vooral voor de VS) Sela 2017, p. 640.

428. Soms werkt dit soort platformen met externe ODR-mechanismen (bijv. Modria), maar in toenemende mate bouwen zij ook eigen ODR-platformen; zie Rühl 2015, p. 82, die wijst op het 'Resolution Centre' van eBay en zie Gao 2017, die de ODR-mechanismen van Taobao bespreekt. De laatste wijst er ook op dat deze gigantische platformen vaak ook werken met verschillende ODR-mechanismen tegelijkertijd, afhankelijk van het type zaak waarom het gaat. Zie voor enkele andere voorbeelden ook Hatzopoulos 2018, p. 185.

429. Zie nader de door Sela 2017 gegeven typologie.

430. Sela 2017, p. 660-661.

431. Gao 2017, p. 445.

432. Het eBay Resolution Centre maakt hiervan bijvoorbeeld gebruik in het licht van de grote volumes van consumentenklachten waarmee het te maken heeft; zie Sela 2017, p. 662.

433. Zie <http://www.e-court.nl/>.

434. Bauw 2018, p. 890. Zie voor andere nationale voorbeelden een al wat ouder overzicht bij Cortés 2010, p. 95 e.v.

435. Art. 2 en 3 van het procesreglement van e-Court (http://www.e-court.nl/wp-content/uploads/2018/03/Procesreglement-eCourt-2017_20180201.pdf).

worden ook de beslissingen zelf in eerste instantie genomen door een ‘robotrechter’: een algoritme dat automatisch beslissingen genereert in eenvoudige zaken.⁴³⁶ In de meeste zaken moet een professionele arbiter nog wel naar de digitaal gegenereerde uitkomst kijken, wat resulteert in een arbitraal vonnis waarvoor een exequatur kan worden gevraagd bij de voorzieningenrechter.⁴³⁷ In zaken waarbij de gedaagde geen verweer voert – verstekzaken – vindt die controle echter niet plaats en staat het digitale oordeel meteen vast.⁴³⁸

E-Court is sterk bekritiseerd vanwege het ontbreken van procedurele waarborgen in de praktische uitvoering.⁴³⁹ Gewezen is op de weinig vrije keuze voor beide partijen om e-Court in te schakelen, op onzorgvuldigheden in de procedure die in het nadeel werken van de gedaagden, op risico’s van belangenverstrengeling bij de arbiters, op het ontbreken van een mondelinge behandeling en, vooral, op het feit dat een ondoorzichtig en niet-openbaar algoritme de uitkomst genereert zonder dat die uitkomst van een uitgebreide motivering wordt voorzien.⁴⁴⁰ Rechterlijke correctie achteraf is alleen mogelijk via een exequaturprocedure, waarbij de voorzieningenrechter het verlot voor tenuitvoerlegging mag weigeren als het arbitraal vonnis in strijd is met de openbare orde.⁴⁴¹ Het uitgangspunt in deze procedure is echter dat de toetsing summier van aard is, waardoor niet altijd is gegarandeerd dat procedurele gebreken worden gedetecteerd en dat daaraan gevolgen worden verbonden.⁴⁴² Wordt ervoor gekozen om procedures geheel via een digitaal platform te laten verlopen, dan is het vanuit grondrechtenperspectief wenselijk dat centrale procedurele

436. Bauw 2018; Van Duin 2018.

437. Art. 1062 lid 1 Rv. Zie nader Bauw 2018, p. 892; Brief Minister voor Rechtsbescherming, *Kamerstukken II* 2017/18, 29 279, 423, p. 2.

438. E-Court heeft dit zelf erkend; zie persbericht e-Court, ‘e-Court betreurt negatieve berichtgeving’, 19 januari 2018, <http://www.e-court.nl/wp-content/uploads/2018/01/Persbericht-2018-01-19-reactie-publiciteit.pdf>, punt 10.

439. Zie bijv. Bauw 2018; Van Duin 2018; Brief Minister voor Rechtsbescherming, *Kamerstukken II* 2017/18, 29 279, 423, p. 2-3.

440. Bauw 2018; Van Duin 2018; Spronken 2018; Brief Minister voor Rechtsbescherming, *Kamerstukken II* 2017/18, 29 279, 423, p. 2-3; Sociaal Werk Nederland & LOSR 2018, p. 11. Zie voor problemen die zich bij de procedure kunnen voordoen bijv. Rb. Amsterdam 30 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:419. Zie voor kritiek op het geautomatiseerd, via een algoritme laten nemen van beslissingen in ODR ook Condlin 2017, p. 723 en 744 e.v. Zie over het probleem van het ontbreken van een deugdelijke motivering bij via een algoritme genomen beslissingen nader de brief van de Minister voor Rechtsbescherming aan de Eerste Kamer over artificiële intelligentie en algoritmen in de rechtspleging, *Kamerstukken I* 2018/19, 34775-VI, AH, p. 9.

441. Art. 1065 lid 1 Rv. Deze correctiemogelijkheid is onder meer benut in Rb. Overijssel 15 juni 2018, ECLI:NL:ROVE:2018:2037; Rb. Amsterdam 27 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:2424; Rb. Almelo 28 oktober 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BU2930.

442. Zie art. 1063 lid 1 Rv. Zie nader Van Duin 2018; Spronken 2018; Brief Minister voor Rechtsbescherming, *Kamerstukken II* 2017/18, 29 279, 423, p. 4.

waarborgen tijdens de hele procedure worden geboden.⁴⁴³ Bovendien moet er voldoende rechterlijke controle mogelijk zijn op het respecteren van deze waarborgen.

4.4.2 *Bewijspositie en de equality of arms*

Eerder in dit preadvies is uiteengezet dat de algoritmes waarmee platformen werken een risico kunnen vormen voor reputatierechten, de informationele privacy en de gelijkheidsrechten.⁴⁴⁴ Om de algoritmes adequaat te laten functioneren moet immers grootschalige toegang worden geboden tot gebruikersdata, die bovendien gekleurd kunnen zijn en daardoor kunnen leiden tot maatschappelijke of indirecte vormen van discriminatie. Ook kunnen de algoritmes zelf bepaalde ‘biases’ vertonen waardoor discriminatie kan worden veroorzaakt of kunnen ze een foutmarge bevatten waarmee in de besluitvorming onvoldoende rekening wordt gehouden.⁴⁴⁵ Voor beoordelingssystemen komt daar nog bij dat in de praktijk lang niet alle beoordelingen even goed bruikbaar zijn; er worden nogal wat ‘fake reviews’ op websites geplaatst. Dat kan niet alleen reputatieschade tot gevolg hebben, maar het kan ook de geaggregeerde resultaten vertekenen en leiden tot uitsluiting van bepaalde gebruikers.

Toegang tot de rechter is een belangrijk instrument om dergelijke grondrechtenproblemen ter discussie te kunnen stellen en om effectief rechtsherstel te kunnen genereren.⁴⁴⁶ Juist de inzet van algoritmes door platformen kan daarbij echter een probleem vormen, vooral waar het gaat om de equality of arms en het recht op een open, eerlijke en evenwichtige procedure. Deze rechten betekenen dat er een zeker processueel evenwicht moet bestaan tussen de partijen en dat geen van de partijen in een nadeliger procespositie terecht mag komen dan de andere.⁴⁴⁷ Met het oog hierop moeten beide partijen bijvoorbeeld worden gehoord en moeten ze effectief kunnen reageren op elkaars stellingen (hoor en wederhoor), moeten ze allebei in gelijke mate relevant materiaal kunnen aandragen en elkaars materiaal goed en effectief kunnen bestuderen en betwisten, en moeten er goede en evenwichtige bewijsregels bestaan.⁴⁴⁸ Vanuit dit perspectief is het problematisch dat de meeste algoritmes uiterst ondoorzichtig zijn en dat hun werking lang niet altijd goed uitlegbaar

443. Vgl. in dit verband ook de eisen zoals die uiteen zijn gezet in de ethische gedragscode van CEPEJ 2018, p. 7 e.v.

444. Zie resp. par. 2.4.1.2.1-2.4.1.2.2 en 2.4.3.

445. Zie ook Prins & Van der Roest 2018, p. 265.

446. Vgl. Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 112.

447. Idem, p. 120.

448. Idem, met nadere bronverwijzingen.

is.⁴⁴⁹ Dat maakt het lastig om te weten wat nu precies moet worden aangevochten. Daarnaast heeft het platform dat een algoritme inzet meestal veel meer informatie voorhanden over de werking van dat algoritme dan degene die alleen de uitkomsten ziet.⁴⁵⁰ Algoritmes worden bovendien vaak beschermd door bedrijfsgeheim, waardoor het voor een benadeelde partij nog moeilijker wordt om inzicht te krijgen in de werking van het algoritme.⁴⁵¹ Dit kan een informatie-asymmetrie tot gevolg hebben die de bewijspositie van een benadeelde partij aanzienlijk kan bemoeilijken, en die kan leiden tot de *inequality of arms*.⁴⁵²

Inmiddels zijn er wel technologische instrumenten voorhanden die kunnen helpen om deze asymmetrie te reduceren, zoals instrumenten om te bepalen of een algoritme discriminatoire uitkomsten oplevert.⁴⁵³ Inzet van dergelijke instrumenten kan bijdragen aan het beter beschermen van de evenwichtigheid van rechterlijke procedures.⁴⁵⁴ Vooralsnog zijn dergelijke systemen echter nog maar beperkt operationeel en worden ze in rechterlijke procedures nog niet ingezet.⁴⁵⁵ Bezien vanuit het perspectief van procedurele rechten is het daarom zaak om ook andere manieren te vinden om de procespositie te beschermen van mensen die zich benadeeld voelen door algoritmische platformbeslissingen, of die het gevoel hebben dat ratingsystemen benadelend hebben uitgepakt of hun reputatie hebben beschadigd. Dit zou kunnen door te eisen van platformeigenaren dat zij platformmechanismen inzichtelijk maken voor gebruikers, bijvoorbeeld door duidelijk te maken welke keuzes in het onderliggende algoritme zijn ingebouwd en hoe met datastromen wordt omgegaan.⁴⁵⁶ Buiten de specifieke context van de platformen is dat bijvoorbeeld al gebeurd in het bestuursrecht, waar de Afdeling Bestuursrechtspraak heeft vereist dat bestuursorganen die een algoritmische analyse gebruiken als grondslag voor een besluit op een toegankelijke manier uitleggen op welke veronderstellingen, keuzes en gegevens die algoritmische besluit-

449. Ranchordas 2018b, p. 136; Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 170; Schermer 2011, p. 47.

450. Vgl. Ranchordas 2018b, p. 136.

451. Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 170. Zie over bescherming via bedrijfsgeheimen nader Hatzopoulos 2018, p. 97.

452. Vgl. WRR 2016, p. 113; Schermer 2011, p. 47.

453. Zie bijv. Kleinberg e.a. 2019, p. 16 e.v.; Sandvig e.a. 2014. Zie ook reeds Schermer 2011, p. 51.

454. Vgl. Kleinberg e.a. 2019.

455. Dit kan ook nog niet, zoals Kleinberg e.a. 2019 laten zien; daarvoor zijn ook aanpassingen van regelgeving en beleid nodig.

456. Poort & Zuiderveen Borgesius 2019, p. 588; Van Dijck, Poell & De Waal 2018, p. 149.

vorming is gebaseerd.⁴⁵⁷ Iets soortgelijks kan worden verlangd wanneer platformen beslissingen nemen waaraan een algoritmische analyse van big data ten grondslag ligt, bijvoorbeeld beslissingen tot het doen van een bepaalde aanbieding of het zichtbaar maken van een bepaalde beoordeling.

4.4.3 *Conclusie*

Geschilbeslechting verloopt in het kader van de platformeconomie in toenemende mate ook zelf via platformen. Het gaat dan om alternatieve vormen van geschilbeslechting zoals arbitrage of mediation die via een digitaal portal worden aangeboden: Online Dispute Resolution. De inzet op ODR staat op zichzelf niet op gespannen voet met procedurele grondrechten, zolang mensen maar in vrijheid kunnen besluiten om ervan gebruik te maken en de ODR-systemen met voldoende procedurele waarborgen zijn omkleed. Het nieuwe Europese ODR-platform lijkt dergelijke waarborgen wel te kunnen bieden, maar dit platform is beperkt in zijn toepassingsbereik. Buiten de specifieke context van Europese consumentengeschillen zijn mensen vaak toch aangewezen op de gang naar de overheidsrechter of op andere ODR- of ADR-mechanismen, waarbij onduidelijk is of ze met de nodige procedurele waarborgen worden geboden.

Gaat het om procedures bij de overheidsrechter, dan zijn concrete risico's voor de procedurele rechten vooral verbonden aan de inzet van algoritmes door platformen. Wanneer een platform zelf partij is bij een zaak en weet hoe het algoritme werkt, terwijl de andere procespartij minder inzicht heeft in de werking van het algoritme, kan dat leiden tot een problematische informatie-asymmetrie en tot onevenwichtigheid in de procedure. Het is belangrijk om die asymmetrie zo veel mogelijk terug te dringen, hetzij door technologische eisen te stellen, hetzij door van platformen te verlangen dat ze de werking en de onderliggende keuzes voor hun algoritmes kunnen toelichten.

457. Zie in het bijzonder ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 14.4: 'Ter voorkoming van deze ongelijkwaardige procespositie rust in dit geval op genoemde ministers en de staatssecretaris de verplichting om de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames volledig, tijdig en uit eigen beweging openbaar te maken op een passende wijze zodat deze keuzes, gegevens en aannames voor derden toegankelijk zijn. Deze volledige, tijdige en adequate beschikbaarstelling moet het mogelijk maken de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames te beoordelen of te laten beoordelen en zo nodig gemotiveerd te betwisten, zodat reële rechtsbescherming tegen besluiten die op deze keuzes, gegevens en aannames zijn gebaseerd mogelijk is, waarbij de rechter aan de hand hiervan in staat is de rechtmatigheid van deze besluiten te toetsen.' Zie voor een bevestiging en verdere verduidelijking hiervan ook ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 23.1 e.v. Zie hierover ook Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 172-174.

5. Conclusies

Platformen zijn de laatste jaren van groot belang geworden voor onze economie en voor onze samenleving. Steeds vaker maken we gebruik van digitale intermediairs om spullen te verkopen, te lenen of te huren, om informatie tot ons te nemen of te delen, of om werkzaamheden uit te voeren of te vragen om dienstverlening. De snelle opkomst van de platformeconomie of de platformsamenleving is in veel opzichten waardevol. Platformen zorgen er allereerst voor dat onderbenut potentieel beter kan worden gebruikt. Boormachines of hogedrukreinigers staan bijvoorbeeld niet meer ongebruikt in ieders schuurtje, maar kunnen worden geleend wanneer ze nodig zijn; overbodig geworden spullen kunnen gemakkelijk worden verkocht. Ook kan via de platformen gemakkelijk gebruik worden gemaakt van ieders bijzondere talenten en vaardigheden: mensen kunnen eenvoudig voor anderen een maaltijd bereiden, een lamp ophangen of boekhoudkundige werkzaamheden uitvoeren. Er zijn allerlei tekenen dat dat de duurzaamheid en sociale cohesie in onze samenleving ten goede komt.

Tegelijkertijd levert de snelle opkomst van de platformeconomie de nodige nieuwe vragen en controverses op. Dat heeft in belangrijke mate te maken met de kenmerken van de platformeconomie die in dit preadvies centraal hebben gestaan. Een eerste hoofdkenmerk is dat in de platformeconomie altijd sprake is van driehoeksverhoudingen. Het platform speelt immers per definitie een rol in het tot stand brengen van een overeenkomst tussen een aanbieder van goederen en een consument of tussen een dienstverlener en een afnemer. De aard van die rol verschilt sterk per platform. Sommige platformen zijn nauwelijks meer dan een soort digitaal prikbord, andere zijn juist belangrijke en zelfstandige spelers die grote invloed uitoefenen op de overeenkomsten die worden gesloten tussen gebruikers. Deze betekenisvolle rol van het platform als derde speler maakt dat juridische relaties in de platformeconomie duidelijk anders zijn dan we in de klassieke markteconomie gewend zijn geraakt.

Een tweede kenmerk van de platformeconomie is de essentiële rol van technologie. Platformen kunnen alleen goed functioneren doordat zij gebruikmaken van algoritmische big-data-analyses. Daardoor kunnen zij vraag en aanbod razendsnel analyseren en op elkaar afstemmen, kunnen zij gerichte en op de persoon toegespitste aanbiedingen doen, en kunnen zij nauwkeurig prijzen en voorwaarden bepalen. Bovendien hanteren veel platformen digitale systemen waarbij gebruikers (zowel aanbieders als afnemers) elkaar kunnen beoordelen en korte recensies kunnen schrijven. Die beoordelingen maken het voor gebruikers mogelijk om de betrouwbaarheid en kwaliteit van een aanbieding te kunnen inschatten

en dat is essentieel om transacties met vreemden aan te kunnen gaan. Of het nu gaat om de aankoop van een tweedehandstelevisie, het uitlenen van de eigen auto of woning, of het overlaten van een schilderklus aan iemand anders: het is prettig om te weten of de aanbieder betrouwbaar is en of het product of de dienst van goede kwaliteit is. Ook de beoordelings- en reputatiesystemen zijn stelselmatig gebaseerd op algoritmische analyses van de data die een platform verzamelt. Juridische vraagstukken die verband houden met de rol van technologieën zoals kunstmatige intelligentie, big-data-analyses en algoritmes doen zich in verband met de platformeconomie dan ook prominent voor.

In het licht van deze kenmerken van de platformeconomie is in dit preadvies een verkenning uitgevoerd naar de consequenties van de opkomst van platformen voor de grondrechten. De notie van grondrechten is daarbij relatief smal geformuleerd. Onderzocht is alleen in hoeverre de werking van platformen invloed heeft op grondrechten die dicht aanliggen tegen kernwaarden als menselijke waardigheid, persoonlijke autonomie, identiteit, integriteit, vrijheid, pluralisme, democratie, gelijkwaardigheid, inclusiviteit, toegankelijkheid, eerlijkheid en procedurele rechtvaardigheid. Om de bespreking van de gevolgen te faciliteren is daarbij gekozen voor een nadere toespitsing op een viertal categorieën van grondrechten: privacy-gerelateerde rechten, vrijheidsrechten, gelijkheidsrechten en procedurele rechten. De *tour d'horizon* die in het kader van deze vier categorieën van grondrechten is gemaakt, levert een aantal centrale bevindingen op.

Allereerst blijkt de opkomst van de platformeconomie voor alle grondrechten voordelen te kunnen hebben. Onze autonomie wordt vergroot doordat we via de platformen steeds meer mogelijkheden hebben om precies die spullen te kopen of te gebruiken die we graag willen benutten en doordat we heel gemakkelijk sociale relaties kunnen aangaan. Platformen bieden een bijna grenzeloze toegang tot informatie en maken het mogelijk om precies die informatie te vinden die we zoeken. De algoritmes die platformen gebruiken zorgen voor een nauwkeurige en gedifferentieerde afstemming van aanbiedingen op onze behoeftes en onze persoonlijke kenmerken, waardoor materiële gelijkheid binnen handbereik ligt. De online mogelijkheden die veel platformen gebruiken om geschillen op te lossen zijn vaak laagdrempelig, goedkoop, snel en efficiënt. Vanuit dat perspectief bezien is er dus weinig reden om terug te willen naar het pre-platformtijdperk.

Tegelijkertijd is er een aantal risico's geïdentificeerd die samenhangen met de platformeconomie. Een deel van die risico's is nogal abstract, al zijn ze daarom niet minder belangrijk. Dat geldt vooral voor de risico's

die zijn besproken voor de persoonlijke autonomie, de eigen en sociale identiteit, de toegang tot informatie en de maatschappelijke uitsluitingseffecten. Er zijn veel aanwijzingen dat de overheersende invloed van digitale beoordelingssystemen en gepersonaliseerde aanbiedingen leidt tot gedragsbeïnvloeding. Mensen kunnen zich gaan gedragen naar de aanbiedingen die zij krijgen of kunnen zich gedwongen voelen om hun gedrag kunstmatig aan te passen in het licht van hun online reputatie. Gewezen is ook op risico's van beïnvloeding van meningen door 'micro-targeting' en het ontstaan van filterbubbels en echokamers. Belangrijk is verder dat de inzet van algoritmes in de platformeconomie kan leiden tot het uitvergroten en versterken van maatschappelijke uitsluitingsproblemen. Mensen met een lagere sociaaleconomische status of een lagere opleiding profiteren bijvoorbeeld duidelijk minder van de voordelen van de platformeconomie. Ook kan de werking van algoritmes ervoor zorgen dat maatschappelijke vooroordelen of stereotypen jegens bepaalde groepen, bijvoorbeeld mensen met een bepaalde etnische of nationale komaf, een doorvertaaleffect hebben in de transacties die via platformen tot stand komen.

Dat dergelijke problematische effecten er zijn, staat wel vast. Voor juristen is tegelijkertijd lastig dat ze moeilijk meetbaar en ook niet altijd scherp aantoonbaar zijn. Zo is het een open vraag of de gedragsbeïnvloedende werking van digitale platformen nu werkelijk anders of sterker is dan die van, bijvoorbeeld, traditionele media of reclamecampagnes. Op basis van de beschikbare onderzoeken is het moeilijk om daarover scherpe en goed onderbouwde uitspraken te doen, wat het niet eenvoudig maakt om na te denken over oplossingen en regulering. Vooralsnog zijn deze risico's in ieder geval niet zodanig dat het gemakkelijk zal zijn om bij de rechter in een concrete zaak een succesvol beroep te doen op een afdwingbaar grondrecht zoals de vrijheid van meningsuiting of het recht op respect voor de persoonlijke levenssfeer.

Niet alle risico's zijn echter zo abstract. Voor alle vier de categorieën van grondrechten is ook een aantal meer concrete consequenties geconstateerd:

1. Voor de *privacygerelateerde rechten* is allereerst de bescherming van persoonsgegevens relevant. Bij de alomtegenwoordige algoritmische big-data-analyses verwerkt ieder platform voortdurend gegevens, waaronder persoonsgegevens. De informatieprivacy en de bescherming van persoonsgegevens staan daarbij evident onder druk. Inmiddels is wel erkend dat platformen als gegevensverwerkers zijn onderworpen aan dezelfde wetgeving over persoonsgegevens als aanbieders en afnemers in de 'klassieke' economie. Niettemin is geble-

ken dat het karakter van de platformen als digitale tussenpersonen tot bijzondere uitdagingen kan leiden, bijvoorbeeld als het gaat om de vraag wie nu eigenlijk eigenaar is van de verwerkte gegevens en welke effecten dat heeft op de 'draagbaarheid' van gebruikersprofielen. De AVG biedt al een aantal belangrijke aanknopingspunten om met deze uitdagingen om te gaan, maar ook deze verordening biedt nog niet op alle vragen antwoord.

Daarnaast is gewezen op een aantal voorwaardensechpende, veelal sociale grondrechten, zoals het verbod van uitbuiting of het recht op redelijke arbeidsomstandigheden. Bescherming van die grondrechten is noodzakelijk om de onderliggende waarden van de privacy-gerelateerde rechten te kunnen verwezenlijken, zoals menselijke waardigheid of persoonlijke autonomie. Op risico's van uitbuiting is vooral voor de Verenigde Staten wel gewezen, waar een 'precariaat' dreigt te ontstaan doordat veel platformwerkers tegen lage prijzen lange uren moeten maken en oninteressant en eenzijdig werk moeten doen. Voor Nederland en voor de Europese Unie is dat soort daadwerkelijke uitbuitingseffecten nog niet duidelijk aangetoond, maar ook hier zijn er bij platformwerk grote zorgen over toegang tot sociale voorzieningen, redelijke arbeidsomstandigheden en goede vertegenwoordiging van platformwerkers. Duidelijk is dat de sociale grondrechten van platformwerkers deugdelijk moeten worden beschermd. Dat kan bijvoorbeeld door platformen gelijk te stellen met een werkgever, door een nieuwe categorie van werkers te erkennen tussen 'pure' zelfstandigen (opdrachtnemers) en werknemers in, of door de wetgeving in ieder geval zo in te richten dat ook platformwerkers laagdrempelige toegang hebben tot sociale voorzieningen en verzekeringen en tot goede arbeidsomstandigheden. Momenteel is er echter nog veel discussie over de vraag welke van deze opties moet worden gekozen.

2. Voor de *vrijheidsrechten* betreft een belangrijke concrete grondrechtenvraag de verantwoordelijkheid van platformen voor informatie die via die platformen wordt aangeboden en verspreid. Deze kwestie is vooral van belang voor platformen waarop informatie, meningen en gevoelens kunnen worden uitgewisseld, zoals socialemediaplatformen. Vooralsnog gaat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ervan uit dat alleen grotere platformen, die commercieel opereren, daadwerkelijk zelf kunnen worden aangesproken als onrechtmatige uitingen zijn geplaatst en zij die niet hebben verwijderd. Als een platform daarentegen niet zelf content aanbiedt of als het gaat om een heel kleine speler, moet een slachtoffer van een onrechtmatige uiting zich rechtstreeks richten tot degene die de uiting heeft gedaan. In

hoeverre dit bijvoorbeeld ook geldt wanneer sprake is van reputatieschade door negatieve beoordelingen, is uit de rechtspraak nog niet duidelijk.

Bij de verantwoordelijkheid van de grote platformen voor de verspreide informatie of uitingen moet vervolgens een evenwicht worden gevonden tussen het respecteren van de vrijheid van meningsuiting en andere (vaak grondrechtelijke) belangen. Met een beroep op verschillende grondrechten kunnen aanbieders van informatie of slachtoffers van verwijderde of juist onrechtmatig geplaatste informatie zich richten tot de rechter. Het zoeken van een evenwicht is daarbij op zichzelf niet heel anders dan bij uitingen die zijn gedaan via traditionele nieuwsmedia als televisie of kranten. Gelet op de grote volumes van informatie, de problemen bij de inzet van algoritmes om onrechtmatige informatie te herkennen en de snelheid en het verspreidingsbereik van de uitingen, ontstaan hierbij echter toch nieuwe vragen, die nog lang niet allemaal zijn beantwoord.

3. Gaat het om *gelijkheidsrechten*, dan houden de concrete risico's van de platformeconomie met name verband met de inzet van reputatie- en beoordelingsmechanismen en het gebruik van algoritmes bij het op elkaar afstemmen van vraag en aanbod en de prijsbepaling. Reputatie- en beoordelingsmechanismen hebben bijvoorbeeld als probleem dat de gegeven beoordelingen gekleurd kunnen zijn door menselijke vooroordelen en stereotypen. Bij gedifferentieerde prijsbepaling en gepersonaliseerde aanbiedingen kan het gebruik van door vooropgezette meningen 'vervulde' data eveneens leiden tot ongerechtvaardigd onderscheid. De ondoorzichtigheid van de algoritmes die de geaggregeerde uitkomsten van dit soort systemen bepalen, maakt het daarbij voor individuele gebruikers moeilijk te achterhalen of zij het slachtoffer zijn van discriminatie en om daartegen rechtsbescherming te verkrijgen. Het is daarom wenselijk dat algoritmes door technische hulpmiddelen zo veel mogelijk 'discriminatieproof' worden gemaakt om ongerechtvaardigd onderscheid te voorkomen. Voor zover er toch problemen ontstaan, is het bovendien van belang dat intermediairende platformen in de gelijkebehandelingswetgeving meer zichtbaar worden gemaakt als verantwoordelijke speler die rechtstreeks kan worden aangesproken op de inzet van discriminerende algoritmes. Op dit punt kan de gelijkebehandelingswetgeving beter worden toegesneden op de bijzondere kenmerken van algoritmes die worden ingezet bij besluitvorming door platformen.
4. Ten slotte geldt voor de *procedurele rechten* een wat bijzondere situatie in de zin dat geschilbeslechting en rechtsbescherming in de

afgelopen twintig jaar zélf ‘geplatformiseerd’ zijn. Veel platformen voorzien in systemen van Online Dispute Resolution (ODR) om bij geschillen of problemen een buitengerechtelijke afdoening mogelijk te maken. Voor zover de partijen daarvan welbewust en vrijwillig gebruikmaken en niet worden afgehouden van een rechter, is dat vanuit de procedurele grondrechten bezien niet problematisch. Wel moeten ook de ODR-mechanismen uiteraard aan minimale procedurele vereisten voldoen. Op EU-niveau is geprobeerd daarin te voorzien, maar het EU-ODR-systeem is beperkt tot bepaalde typen van geschillen (vooral consumentenzaken) en tot geschillen die zich binnen Europa afspelen. Daarbuiten is momenteel niet duidelijk of overal goede procedurele waarborgen worden geboden.

In de tweede plaats is gebleken dat de positie van platformen en de inzet van algoritmes de waarborgen van een eerlijk proces ook in ‘gewone’ procedures voor de overheidsrechter kunnen raken. In het bijzonder kan de ‘equality of arms’ onder druk komen te staan als een platform gebruikmaakt van een algoritme waarvan de andere procespartij de werking niet kent. Hiervoor kunnen oplossingen worden gevonden door van platformexploitanten te vereisen dat zij de onderliggende mechanismen en keuzes zo veel mogelijk inzichtelijk maken voor de gebruikers. In rechtspraak en regelgeving zou dit soort mogelijkheden om informatie-asymmetrie te voorkomen nader moeten worden verkend en geïmplementeerd.

Deze korte samenvatting laat zien hoe groot, maar ook hoe ongrijpbaar de grondrechtelijke gevolgen van de opkomst van de platformeconomie zijn. Deels zijn de consequenties concreet, en deze risico’s kunnen mede worden aangepakt via wetgeving en beleid. Op dat punt gebeurt er al veel, maar er zijn ook nog de nodige onbeantwoorde vragen en hiaten. Om de grondrechten goed te kunnen beschermen is het zaak om de komende jaren verder te discussiëren over de wenselijkheid en de vormgeving van regulering. Daarnaast zullen er zeker de nodige individuele rechterlijke procedures worden gevoerd over bepaalde grondrechten, zoals de vrijheid van meningsuiting, het discriminatieverbod of de procedurele rechten.

Een bredere, maatschappelijke uitdaging schuilt in de abstracte gevolgen. De verkenning die is gemaakt in dit preadvies heeft laten zien dat de platformeconomie vergaande consequenties kan hebben voor het menselijk denken en handelen en, daarmee, voor de samenleving als geheel. Als daarbij ook nog wordt gekeken naar andere maatschappelijke gevolgen die in dit preadvies niet zijn betrokken, zoals effecten voor so-

ciale cohesie, duurzaamheid en solidariteit, is duidelijk dat de platform-economie in korte tijd een radicale en disruptieve innovatie teweeg heeft gebracht. Binnen de platformsamenleving zijn grondwaarden zoals die in dit preadvies zijn beschreven uiteraard niet minder belangrijk. Voor de toekomst zal het dan ook vooral een belangrijke uitdaging en opdracht zijn om in deze economie de grondrechten in het oog te blijven houden en ze zo goed mogelijk te respecteren en te beschermen.

6. Literatuur

ACM 2017

ACM, *Online reviews gereviewed*, Eindrapportage 2017, https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/17217_eindrapportage-acm-verkenning-online-reviews-10052017.pdf.

Alemanno & Spina 2014

A. Alemanno & A. Spina, 'Nudging legally: On the checks and balances of behavioral regulation', *International Journal of Constitutional Law* 2014, afl. 2, p. 429-456.

Alexy 2002

R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press 2002.

Aloisi 2016

A. Aloisi, 'Commoditized Workers: Case Study Research on Labor Law Issues Arising from a Set of On-Demand/Gig Economy Platforms', *Comparative Labour Law and Policy Journal* 2016, p. 653-690.

Altman 2015

A. Altman, 'Discrimination', in: E.N. Zalta (red.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (online, bijgewerkt 2015, <http://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/discrimination/>).

Avbelj 2018

M. Avbelj, 'Human Rights Inflation in the European Union', in: L. Violini & A. Baraggia (red.), *The Fragmented Landscape of Fundamental Rights Protection in Europe*, Cheltenham: Edward Elgar 2018, p. 7-24.

Balaji, Khong & Chong 2017

M.S. Balaji, K.W. Khong & A.Y.L. Chong, 'Determinants of Negative Word-of-Mouth Communication Using Social Networking Sites', *Information & Management* 2016, afl. 4, p. 528-540.

Bar-Gill 2018

O. Bar-Gill, 'Algorithmic Price Discrimination: When Demand Is a Function of Both Preferences and (Mis)Perceptions', Harvard Public Law Working Paper No. 18-32 (2018), <https://ssrn.com/abstract=3184533>.

Barkhuysen, Gerards & Van Emmerik 2009

T. Barkhuysen, J.H. Gerards & M.L. Van Emmerik, *De toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Grondwet? Behoeft de Nederlandse Grondwet aanvulling met een recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces?*, Voorstudie Staatscommissie Grondwet, Deventer: Kluwer 2009.

Barzilay & Ben-David 2017

A.R. Barzilay & A. Ben-David, 'Platform Inequality: Gender in the Gig Economy', *Seton Hall Law Journal* 2017, afl. 2, p. 393-431.

Bauw 2011

E. Bauw, 'De keuze voor arbitrage of bindend advies en de "vermarkting" van de civiele geschillenbeslechting', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijk* 2011, afl. 5, p. 192-196.

Bauw 2018

E. Bauw, 'Geschillen als handelswaar', *Ars Aequi* 2018, afl. 11, p. 890-894.

Bauw e.a. 2018

E. Bauw, C.C. de Kluiver, M.A. Simon Thomas & W. van der Woude, *Rechtsstatelijke waarborging van buitengerechtelijke geschiloplossing*, Amsterdam: Boom juridisch 2018.

Benn 1967

S.I. Benn, 'Egalitarianism and the Equal Consideration of Interests', in: J.R. Pennock & J.W. Chapman (red.), *Nomos IX: Equality*, New York: Atherton Press 1967, p. 61-78; herdrukt in: L.P. Pojman & R. Westmoreland, *Equality. Selected Readings*, Oxford: Oxford University Press 1997, p. 112-120.

Bennaars 2018

J.H. Bennaars, 'Is platformwerk een bedreiging of een kans voor het arbeidsrecht? Het antwoord is ja', *ArbeidsRecht* 2018, afl. 6/7, p. 8-14.

Bex e.a. 2018

P. Bex e.a., *De klus- en deeleconomie als aanleiding voor het moderniseren van regelgeving*, SRA Consulting, 29 oktober 2018, *Kamerstukken II* 2018/19, 33 009, 65, bijlage.

Biard 2019

A. Biard, 'Impact of Directive 2013/11/EU on Consumer ADR Quality: Evidence from France and the UK', *Journal of Consumer Policy* 2019, afl. 1, p. 109-147.

Bovens 1998

M. Bovens, 'Hebben rechtspersonen morele plichten en fundamentele rechten?', *Ars Aequi* 1998, afl. 7/8, p. 651-659.

Brems 2017

E. Brems, 'The "Logics" of Procedural-Type Review by Supranational Courts Deciding Fundamental Rights Cases', in: J.H. Gerards & E. Brems (red.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, p. 17-39.

Burbergs 2013

M. Burbergs, 'How the Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence Became the Nursery in Which New Rights are Born', in: E. Brems & J.H. Gerards (red.), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 315-329.

Burkens 1989

M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

Burri & Heeger-Hertter 2018

S. Burri & S. Heeger-Hertter, 'Discriminatie in de platformeconomie juridisch bestrijden: geen eenvoudige zaak', *Ars Aequi* 2018, p. 1000-1008.

Calders & Žliobaitė 2012

T. Calders & I. Žliobaitė, 'Why Unbiased Computational Processes Can Lead to Discriminative Decision Procedures', in: B. Custers, T. Calders, B. Schermer & T. Zarsky, *Discrimination and Privacy in the Information Society*, Springer 2012, p. 43-57.

Cansoy & Schor 2016

M. Cansoy & J.B. Schor, 'Who Gets to Share in the Sharing Economy: Racial Discrimination on Airbnb', ongepubliceerd working paper, Boston College 2016, https://www.bc.edu/content/dam/files/schools/cas_sites/sociology/pdf/SharingEconomy.pdf.

Cauffman & Smits 2016

C. Cauffman & J. Smits, 'The Sharing Economy and the Law. Food for European Lawyers', *Maastricht Journal on European and Comparative Law* 2016, afl. 6, p. 903-907.

CEPEJ 2018

European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *European Ethical Charter on the use of artificial intelligence in judicial systems and their enforcement*, 31^e CEPEJ-plenaire vergadering, Straatsburg, 3-4 december 2018.

Citron & Pasquale 2014

D.K. Citron & F. Pasquale, 'The Scored Society: Due Process for Automated Predictions', *Washington Law Review* 2014, afl. 1, p. 1-33.

Clément 2018

D. Clément, 'Human rights or social justice? The problem of rights inflation', *The International Journal of Human Rights* 2018, afl. 2, p. 155-169.

Coenraad & Ingelse 2017

L.M. Coenraad & P. Ingelse, 'Afscheid van de klassieke civiele procedure? Vernieuwen + behouden = versterken', in: *Afscheid van de klassieke procedure?*, Preadviezen NJV 2017, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 13-138.

Condlin 2017

R.J. Condlin, 'Online Dispute Resolution: Stinky, Repugnant, or Drab', *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 2017, p. 717-758.

Cortés 2016a

P. Cortés, 'Introduction', in: P. Cortés (red.), *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 1-14.

Cortés 2016b

P. Cortés, 'The New Landscape of Consumer Redress. The European Directive on Consumer Alternative Dispute Resolution and the Regulation on Online Dispute Resolution', in: P. Cortés (red.), *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 17-40.

Couldry & Mejias 2018

N. Couldry & U.A. Mejias, 'Data Colonialism: Rethinking Big Data's Relation to the Contemporary Subject', *Television & New Media* 2018, p. 1-4.

CRvdM 2019

College voor de Rechten van de Mens, *Toegang tot het recht. Jaarlijkse rapportage mensenrechten in Nederland 2018*, Utrecht: CRvdM 2019.

Custers 2017

B. Custers, 'Big data en big data-technologie', in: P.H. Blok (red.), *Big data en het recht: een overzicht van het juridisch kader voor big data-toepassingen in de private sector*, Den Haag: Sdu 2017, p. 17-35.

Daunorienė e.a. 2015

A. Daunorienė, A. Drakšaitė, V. Snieskac & G. Valodkienė, 'Evaluating Sustainability of Sharing Economy Business Models', *Procedia – Social and Behavioral Sciences* 2015, p. 836-841.

Davidson & Infranca 2016

N.M. Davidson & J.J. Infranca, 'The Sharing Economy as an Urban Phenomenon', *Yale Law & Policy Review* 2016, afl. 2, p. 215-279.

De Hert, Lammerant & Blok 2017

P. de Hert, H. Lammerant & P.H. Blok, 'Big data en gelijke behandeling', in: P.H. Blok (red.), *Big data en het recht: een overzicht van het juridisch kader voor big data-toepassingen in de private sector*, Den Haag: Sdu 2017, p. 115-134.

De Schutter & Tulkens 2008

O. De Schutter & F. Tulkens, 'Rights in Conflict: the European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution', in: E. Brems (red.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Antwerpen/Oxford/Portland: Intersentia 2008, p. 169-216.

De Stefano 2016

V. De Stefano, 'The Rise of the Just-in-Time Workforce: On-Demand Work, Crowdsourcing, and Labor Protection in the Gig-Economy', *Comparative Labour Law and Policy Journal* 2016, p. 471.

Van Dijck, Poell & De Waal 2016

J. van Dijck, T. Poell & M. de Waal, *De Platformsamenleving. Strijd om publieke waarden in een online wereld*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2016.

Van Dijck, Poell & De Waal 2018

J. van Dijck, T. Poell & M. de Waal, *The Platform Society. Public Values in a Connective World*, Oxford: Oxford University Press 2018.

Dillahun & Malone 2015

T.R. Dillahun & A.R. Malone, 'The promise of the sharing economy among disadvantaged communities', in: *Proceedings of the 33rd Annual ACM Conference on Human Factors in Computing Systems*, New York: ACM 2015, p. 2285-2294.

Dølvik & Jesnes 2017

J.E. Dølvik & K. Jesnes, *Nordic Labour Markets and the Sharing Economy – Report from a Pilot Project*, Nordic Council of Ministers 2017.

Doménech-Pascual 2016

G. Doménech-Pascual, 'Sharing Economy and Regulatory Strategies towards Legal Change', *European Journal of Risk Regulation* 2016, afl. 4, p. 717-727.

Van Duin 2018

A. van Duin, 'E-Court en "robotrechtspraak": efficiëntie ten koste van rechtsbescherming', Sdu-blog 5 februari 2018, <https://www.sdu.nl/blog/e-court-en-robotrechtspraak-efficientie-ten-koste-van-rechtsbescherming.html>.

Dworkin 1977

R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londen: Duckworth 1978.

Edelman, Luca & Svirsky 2016

B. Edelman, M. Luca & D. Svirsky, 'Racial Discrimination in the Sharing Economy: Evidence from a Field Experiment', Harvard Business School Working Paper 16-069, 2016, <https://ssrn.com/abstract=2701902>.

Van Eijk e.a. 2015

N. van Eijk e.a., *Digital platforms: An analytical framework for identifying and evaluating policy options*, Den Haag: TNO 2015.

Van den Eijnden 2020

P.M. van den Eijnden, 'Artikel 6. Onafhankelijk en onpartijdig gerecht', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM. Deel I*, Den Haag: Sdu 2020.

Emberland 2006

M. Emberland, *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford: Oxford University Press 2006.

Van Est & Gerritsen 2017

R. van Est & J. Gerritsen (m.m.v. L. Kool), *Human rights in the robot age. Challenges arising from the use of robotics, artificial intelligence, and virtual and augmented reality*, Den Haag: Rathenau Instituut 2017.

Evans 2001

C. Evans, *Freedom of Religion under the European Convention of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2001.

Europese Commissie 2016

Europese Commissie, *Een Europese agenda voor de deeleconomie*, COM(2016)356 def.

Europese Commissie 2017

Europese Commissie, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the functioning of the European Online Dispute Resolution platform established under Regulation (EU) No 524/2013 on online dispute resolution for consumer disputes*, COM(2017)744 def., https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/first_report_on_the_functioning_of_the_odr_platform.pdf.

Europese Commissie 2018

Europese Commissie, *Functioning of the European ODR Platform. Statistics 2nd year*, december 2018, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2nd_report_on_the_functioning_of_the_odr_platform_3.pdf.

Flash Eurobarometer 2018

Flash Eurobarometer, *The use of the collaborative economy. Report*, Flash Eurobarometer 467, TNS Political and Social, Europese Commissie, oktober 2018.

Fogg 2003

B.J. Fogg, *Persuasive technology: Using computers to change what we think and do*, San Francisco: Morgan Kaufmann Publishers 2003.

Forder 2020

C. Forder, 'Artikel 8. Gezinsleven (omgangsrecht, ouderlijke macht, erfrecht, kinderopvoering)', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM. Deel I*, Den Haag: Sdu 2020.

Frenken 2016

K. Frenken, *Deeleconomie onder één noemer* (oratie Utrecht), 2016.

Frenken e.a. 2017

K. Frenken, A. van Waes, M. Smink & R. van Est, *Eerlijk delen: waarborgen van publieke belangen in de deeleconomie en de kluseconomie*, Den Haag: Rathenau Instituut 2017.

Frenken & Schor 2017

K. Frenken & J. Schor, 'Putting the sharing economy into perspective', *Environmental Innovation and Societal Transitions* 2017, p. 3-10.

Fura-Sandström 2007

E. Fura-Sandström, 'Business and Human Rights – Who Cares?', in: L. Caflish e.a. (red.), *Human Rights – Strasbourg Views / Droits de l'Homme – Regards de Strasbourg. Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Kehl: N.P. Engel Verlag 2007, p. 159-176.

Gao 2017

W. Gao, 'The Success and Failure of Online Dispute Resolution', *Hong Kong Law Journal* 2017, p. 445-474.

Ge e.a. 2016

Y. Ge, G.R. Knittel, D. MacKenzie & S. Zoepf, 'Racial and gender discrimination in transportation network companies', NBER Working Paper No. 22776, 2016, <https://www.nber.org/papers/w22776>.

Gerards 2002

J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel*, Den Haag: Sdu 2002.

Gerards 2004

J.H. Gerards, 'Grondrechten en het recht op gelijke behandeling', in: R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 97-120.

Gerards 2008

J.H. Gerards, 'Gronden van discriminatie – de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen', in: C. Bayart, S. Sottiaux & S. Van Drooghenbroeck (red.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten – Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge: Die Keure/La Charte 2008, p. 129-170.

Gerards 2011

J.H. Gerards, *Het prisma van de grondrechten* (oratie Nijmegen), 2011.

Gerards 2013a

J.H. Gerards, 'De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht – inleiding', in: J.H. Gerards & C. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1-44.

Gerards 2013b

J.H. Gerards, 'Speaking of Equality', *Ars Aequi* 2013, p. 806-807.

Gerards e.a. 2013

J.H. Gerards (red.), *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013.

Gerards 2014

J.H. Gerards, 'Fundamentele rechten – een aparte categorie', in: M. Groenhuijsen, E. Hondius & A. Soeteman (red.), *Recht in geding*, Amsterdam: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 35-47.

Gerards 2017a

J.H. Gerards, *Grondrechten onder spanning. Bescherming van fundamentele rechten in een complexe samenleving* (oratie Utrecht), 2017.

Gerards 2017b

J.H. Gerards, 'The Margin of Appreciation Doctrine, the Very Weighty Reasons Test and Grounds of Discrimination', in: M. Balboni (red.), *The principle of discrimination and the European Convention of Human Rights*, Napoli: Editoriale Scientifica 2018, p. 27-62.

Gerards 2019

J.H. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2019.

Gerards 2020

J.H. Gerards, 'Artikel 10. Vrijheid van meningsuiting', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM. Deel 1*, Den Haag: Sdu 2020.

Gerards (te verschijnen)

J.H. Gerards, 'Core rights and the interaction of normative and analytical elements in human rights scholarship', in: M. Scheinin (red.), *Methods of Human Rights Research* (werktitel) (te verschijnen), <https://ssrn.com/abstract=3333627> of <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3333627>.

Gill-Pedro 2017

E. Gill-Pedro, 'Freedom to Conduct Business in EU Law: Freedom from Interference or Freedom from Domination?', *European Journal of Legal Studies* 2017, afl. 2, p. 103-134.

Glendon 1991

M.A. Glendon, *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, New York: The Free Press 1991.

Göbel 2019

M. Göbel, *Human Dignity and the Ground of Human Rights. A Study in Moral Philosophy and Legal Practice* (diss. Utrecht), 2019.

Goes 2019

P. Goes, 'Tijdelijke woningverhuur door bewoners aan toeristen naar huidig en toekomstig recht. Toegesplitst op de Amsterdamse situatie', *NJB* 2019, afl. 28, p. 2000-2009.

Graffin 2017

N. Graffin, 'Gäfgen v Germany, the Use of Threats and the Punishment of Those Who Ill-treat During Police Questioning: A Reply to Steven Greer', *Human Rights Law Review* 2017, afl. 4, p. 681-699.

Greer 2011

S. Greer, 'Should Police Threats to Torture Suspects Always be Severely Punished? Reflections on the Gäfgen Case', *Human Rights Law Review* 2011, afl. 1, p. 67-88.

Greer 2015

S. Greer, 'Is the prohibition against torture, cruel, inhuman or degrading treatment really "absolute" in international human rights law?', *Human Rights Law Review* 2015, afl. 1, p. 101-137.

Greer 2018

S. Greer, 'Is the Prohibition against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment Really "Absolute" in International Human Rights Law? A Reply to Graffin and Mavronicola', *Human Rights Law Review* 2018, afl. 2, p. 297-307.

Greer, Gerards & Slowe 2018

S. Greer, J.H. Gerards & R. Slowe, *Human Rights in the Council of Europe and the European Union: Achievements, Trends and Challenges*, Cambridge: Cambridge University Press 2018.

De Groen & Maselli 2016

W.P. de Groen & I. Maselli, *The Impact of the Collaborative Economy on the Labour Market*, Centre for European Policy Studies Special Report 2016.

Grootelaar 2018

H.A.M. Grootelaar, *Interacting with Procedural Justice in Courts* (diss. Utrecht), 2018.

Hannum 2016

H. Hannum, 'Reinvigorating Human Rights for the Twenty-First Century', *Human Rights Law Review* 2016, afl. 3, p. 409-451.

Hansen & Jespersen 2013

P.G. Hansen & A.M. Jespersen, 'Nudge and the Manipulation of Choice. A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy', *European Journal of Risk Regulation* 2013, afl. 1, p. 3-28.

Hatzopoulos 2018

V. Hatzopoulos, *The Collaborative Economy and EU Law*, Oxford: Hart 2018.

Hatzopoulos & Roma 2017

V. Hatzopoulos & S. Roma, 'Caring for sharing? The collaborative economy under EU law', *Common Market Law Review* 2017, afl. 1, p. 81-127.

Hildebrandt 2015

M. Hildebrandt, *Smart Technologies and the End(s) of Law. Novel Entanglements of Law and Technology*, Cheltenham: Edward Elgar 2015.

Hildebrandt 2019

M. Hildebrandt, 'De soeverein is niet thuis. Self-Sovereign Identity (SSI) en Attribute Based Credentials (ABC)', *Ars Aequi* 2019, afl. 7/8, p. 546-559,

Jacquemard & Van Est 2018

T. Jacquemard & R. van Est, 'Zeldzame goede zetjes: het gebruik van digitale beïnvloedingstechnieken door bedrijven', *Christen-Democratische Verkenningen* 2018, afl. 3, p. 55-60.

Janssen 2003

H.L. Janssen, *Constitutionele interpretatie. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vaststelling van de reikwijdte van het recht op persoonlijkheid*, Den Haag: Sdu 2003.

Julicher e.a. 2019

M. Julicher e.a., 'Protection of the EU Charter for Private Legal Entities and Public Authorities? The Personal Scope of Fundamental Rights within Europe Compared', *Utrecht Law Review* 2019, afl. 1, p. 1-25.

Van Keulen e.a. 2018

I. van Keulen, I. Korthagen, P. Diederren & P. van Boheemen, *Digitalisering van het nieuws. Online nieuwsgedrag, desinformatie en personalisatie in Nederland*, Den Haag: Rathenau Instituut 2018.

King & Forder 2016

N.J. King & J. Forder, 'Data analytics and consumer profiling: Finding appropriate privacy principles for discovered data', *Computer Law & Security Review* 2016, afl. 5, p. 696-714.

Kleinberg e.a. 2019

J. Kleinberg, J. Ludwig, S. Mullainathan & C.R. Sunstein, 'Discrimination in the Age of Algorithms', ongepubliceerd paper 2019, <https://arxiv.org/abs/1902.03731>.

Kool e.a. 2017

L. Kool, J. Timmer, L. Royakkers & R. van Est, *Opwaarderen. Borgen van publieke waarden in de digitale samenleving*, Den Haag: Rathenau Instituut 2017.

Koolhoven 2015a

R. Koolhoven, 'Het platform in de deeleconomie: elektronisch prikbord of bemiddelaar?', *WPNR* 2015, afl. 7085, p. 991-992.

Koolhoven 2015b

R. Koolhoven, 'Kwalificatie en rechtspluralisme in "de deeleconomie"', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2015, afl. 6, p. 186-193.

Koopman, Mitchell & Thierer 2015

C. Koopman, M.D. Mitchell & A.D. Thierer, 'The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change', *Journal of Business, Entrepreneurship & the Law* 2015, afl. 2, p. 529-545.

Koops e.a. 2017

B.J. Koops e.a., 'A Typology of Privacy', *University of Pennsylvania International Law Review* 2017, afl. 2, p. 483-575.

Koops 2019

B.J. Koops, 'Privacyconcepten voor de 21^e eeuw', *Ars Aequi* 2019, afl. 7/8, p. 532-544.

Kranenborg & Verhey 2018

H. Kranenborg & L.F.M. Verhey, *De Algemene Verordening Gegevensbescherming in Europees en Nederlands perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Kruit & Ouwehand 2018

P. Kruit & M. Ouwehand, 'Platformarbeid: de ene platformwerk(nem)er is de andere niet', *TRA* 2018, afl. 7/8, p. 14-21.

Ladegaard 2018

I. Ladegaard, 'Hosting the Comfortably Exotic: Cosmopolitan Aspirations in the Sharing Economy', *The Sociological Review* 2018, afl. 2, p. 381-400.

Lammerant, Blok & De Hert 2018

H. Lammerant, P. Blok & P. de Hert, 'Big data besluitvormingsprocessen en sluipwegen van discriminatie', *Nederlands Tijdschrift voor Mensenrechten* | *NJCM-Bulletin* 2018, afl. 1, p. 3-24.

Leighton 2016

P. Leighton, 'Professional self-employment, new power and the sharing economy: Some cautionary tales from Uber', *Journal of Management and Organization* 2016, afl. 6, p. 859-874.

Leijten 2018

I. Leijten, *Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2018.

Leong & Belzer 2017

N. Leong & A. Belzer, 'The New Public Accommodations: Race Discrimination in the Platform Economy', *Georgetown Law Journal* 2017, p. 1271-1322.

Lenz 2016

R. Lenz, 'Peer-to-Peer Lending: Opportunities and Risks', *European Journal of Risk Regulation* 2016, afl. 4, p. 688-700.

Loof & Klaassen 2020

J.P. Loof & M. Klaassen, 'Artikel 3. Verbod van foltering en onmenselijke en vernederende behandeling', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM. Deel I*, Den Haag: Sdu 2020.

Mavronicola 2012

N. Mavronicola, 'What is an "absolute" right? Deciphering Absoluteness in the Context of Article 3 of the European Convention on Human Rights', *Human Rights Law Review* 2012, afl. 4, p. 723-758.

Mavronicola 2017

N. Mavronicola, 'Is the Prohibition Against Torture and Cruel, Inhuman and Degrading Treatment Absolute in International Human Rights Law? A Reply to Steven Greer', *Human Rights Law Review* 2017, afl. 3, p. 479-498.

Moerel & Prins 2016

L. Moerel & J.E.J. Prins, 'Privacy voor de homo digitalis', in: *Homo Digitalis* (Handelingen NJV 2016), Deventer: Kluwer 2016, p. 9-136.

Moerel & Van der Wolk 2017

L. Moerel & A. van der Wolk, 'Big data en het gegevensbeschermingsrecht', in: P.H. Blok (red.), *Big data en het recht: een overzicht van het juridisch kader voor big data-toepassingen in de private sector*, Den Haag: Sdu 2017, p. 37-71.

Natour 2016

F. Natour, 'Respecting Human Rights in the On-Demand Economy: Closing the New Governance Gap', *Business and Human Rights Journal* 2016, afl. 2, p. 315-320.

Nehmelman 2002

R. Nehmelman, *Algemeen persoonlijkheidsrecht. Een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland*, Deventer: Kluwer 2002.

Nickel 2007

J.W. Nickel, *Making Sense of Human Rights*, Malden: Blackwell 2007.

Nieuwenhuis 2013

A. Nieuwenhuis, 'Vrijheid van meningsuiting', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013, p. 71-104.

Örücü 1986

E. Örücü, 'The Core of Rights and Freedoms: the Limit of Limits', in: T. Campbell e.a. (red.), *Human Rights. From Rhetoric to Reality*, Oxford: Basil Blackwell 1986, p. 37-59.

Den Ouden, Boogaard & Driessen 2019

W. den Ouden, G. Boogaard & E.M.M.A. Driessen, *Right to Challenge. Een studie naar de mogelijkheden voor een algemene regeling voor het 'Right to Challenge' en andere burgerinitiatieven in Nederland*, Leiden: Universiteit Leiden 2019.

Pesole e.a. 2018

A. Pesole e.a., *Platform Workers in Europe. Evidence from the COLLEEM Survey*, JRC Science for Policy Report, Europese Commissie 2018.

Poort & Zuiderveen Borgesius 2019

J. Poort & F. Zuiderveen Borgesius, 'Prijsdiscriminatie, privacy, en publieke opinie', *Ars Aequi* 2019, afl. 7/8, p. 580-590.

Posner 2014

E.A. Posner, *The Twilight of International Human Rights Law*, Oxford: Oxford University Press 2014.

Prins & Van der Roest 2018

C. Prins & J. van der Roest, 'AI en de rechtspraak', *NJB* 2018, afl. 4, p. 260-268.

Puschmann & Alt 2016

T. Puschmann & R. Alt, 'Sharing economy', *Business Information Systems Engineering* 2016, afl. 1, p. 93-99.

Ranchordas 2016a

S. Ranchordas, 'Regels voor de digitale deeleconomie, oftewel "uber-regulering"', *RegelMaat* 2016, afl. 2, p. 102-116.

Ranchordas 2016b

S. Ranchordas, 'The Risks and Opportunities of the Sharing Economy', *European Journal of Risk Regulation* 2016, p. 650.

Ranchordas 2018a

S. Ranchordas, 'Online Reputation and Regulation of Information in the Platform Economy', *Critical Analysis of Law* 2018, afl. 1, p. 127-147.

Ranchordas 2018b

S. Ranchordas, 'P2P-netwerken, deeleconomie en blockchain: de vergunning is dood, lang leve de vergunning!', *Ars Aequi* 2018, afl. 7/8, p. 654-663.

Ranchordas 2019a

S. Ranchordas, 'Public Values, Private Regulators: Between Regulation and Reputation in the Sharing Economy', *Law & Ethics of Human Rights* (te verschijnen).

Ranchordas 2019b

S. Ranchordas, 'Nudging Citizens through Technology in Smart Cities', *International Review of Law, Computers & Technology* (te verschijnen).

Ranzini e.a. 2017

G. Ranzini, M. Etter, C. Lutz & I. Vermeulen, 'Privacy in the Sharing Economy', ongepubliceerd paper 2017, <https://ssrn.com/abstract=2960942>.

Rathelot & Laounénan 2016

R. Rathelot & M. Laounénan, 'Let's Stay Together? Combating Discrimination on Airbnb', Global Perspective Series: Paper 9, 2016, www.smf.co.uk/wp-content/uploads/2016/12/Social-Market-Foundation-SMF-CAGE-Combating-discrimination-on-Airbnb-FINAL.pdf.

Raven 2018

R. Raven, *Transities in de experimentele stad* (oratie Utrecht), 2018.

Rawls 1971

J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass: Belknap Press 1971; deels herdrukt in: L.P. Pojman & R. Westmoreland, *Equality. Selected Readings*, Oxford: Oxford University Press 1997, p. 183-190.

Roessler 2018

B. Roessler, 'Three Dimensions of Privacy', in: B. van der Sloot & A. de Groot (red.), *The Handbook of Privacy Studies. An Interdisciplinary Introduction*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2018, p. 137-141.

Rogers 2015

B. Rogers, 'The Social Costs of Uber', *University of Chicago Law Review Dialogue* 2015, afl. 1, p. 85-102.

Rühl 2015

G. Rühl, 'Alternative and Online Dispute Resolution for Cross-Border Consumer Contracts: a Critical Evaluation of the European Legislature's Recent Efforts to Boost Competitiveness and Growth in the Internal Market', *Journal of Consumer Policy* 2015, afl. 4, p. 431-456.

Sandvig e.a. 2014

C. Sandvig e.a., 'Auditing Algorithms: Research Methods for Detecting Discrimination on Internet Platforms', ongepubliceerd paper 2014, <https://pdfs.semanticscholar.org/b722/7cbd34766655dea10d0437ab10df3a127396.pdf>.

Van Sasse van Ysselt 2017

P. van Sasse van Ysselt, *Realisering van grondrechten. De rechtsplicht van de overheid tot de verwerving van grondrechten bij botsende rationaliteiten en belangen in een rechtspolitieke context*, (diss. Amsterdam VU), 2017.

Schermer 2011

B. Schermer, 'The limits of privacy in automated profiling and data mining', *Computer Law & Security Review* 2011, afl. 1, p. 45-52.

Schiek 2007

D. Schiek, 'Indirect Discrimination', in: M. Bell, D. Schiek & L. Waddington (red.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford: Hart Legal Publishers 2007, p. 323-475.

Schmidt 2017

F.A. Schmidt, *Digital Labour Markets in the Platform Economy. Mapping the Political Challenges of Crowd Work and Gig Work*, Friedrich Ebert Stiftung 2017.

Schoenbaum 2016

N. Schoenbaum, 'Gender and the Sharing Economy', *Fordham Urban Law Journal* 2016, afl. 4, p. 1-48.

Scholtz 2016

T. Scholtz, *Platform Cooperativism. Challenging the Corporate Sharing Economy*, New York: Rosa Luxemburg Stiftung 2016.

Schor 2014

J. Schor, 'Debating the sharing economy', *Great Transition Initiative*, oktober 2014, <https://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharing-economy>.

Schor 2017

J. Schor, 'Does the sharing economy increase inequality within the eighty percent? Findings from a qualitative study of platform providers', *Cambridge Journal of Regions, Economy and Society* 2017, afl. 2, p. 263-279.

Sela 2017

A. Sela, 'The Effect of Online Technologies on Dispute Resolution System Design: Antecedents, Current Trends, and Future Directions', *Lewis & Clark Law Review* 2017, afl. 3, p. 635-684.

ShareNL 2015

ShareNL, *Innoveren in de deeleconomie: Een inventarisatie van kansen en belemmeringen die innovatieve investeringen in de deeleconomie, op het gebied van groene groei, (on)mogelijk maken*, november 2015, <http://www.ruimteinregels.nl/wp-content/uploads/2016/05/Rapport-Innoveren-in-de-deeleconomie.pdf>.

Van der Sloot 2017

B. van der Sloot, *Privacy as Virtue. Moving Beyond the Individual in the Age of Big Data*, Antwerpen: Intersentia 2017.

Van der Sloot 2018

B. van der Sloot, 'Privacy from a legal perspective', in: B. van der Sloot & A. de Groot (red.), *The Handbook of Privacy Studies. An Interdisciplinary Introduction*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2018, p. 63-136.

Smet 2010

S. Smet, 'Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights in Conflict', *American University International Law Review* 2010, afl. 1, p. 183-236.

Smet 2013

S. Smet, 'Conflicts between Absolute Rights: A Reply to Steven Greer', *Human Rights Law Review* 2013, afl. 3, p. 469-498.

Smet 2020

S. Smet, 'Artikel 8. Naamrecht, eer en goede naam, reputatie', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM. Deel I*, Den Haag: Sdu 2020.

Smink e.a. 2018

M. Smink e.a., 'Een eerlijke klusseneconomie', *Beleid en Maatschappij* 2018, afl. 2, p. 199-207.

Sociaal Werk Nederland/LOSR 2018

Sociaal Werk Nederland/LOSR (2018), *Rechtspraak op bestelling? Stop commerciële rechtspraak*, Utrecht, januari 2018.

Solove 2006

D.J. Solove, 'A Taxonomy of Privacy', *University of Pennsylvania Law Review* 2006, afl. 3, p. 477-564.

Spiegelberg 1969

H. Spiegelberg, 'A Defense of Human Equality', in: W.T. Blackstone (red.), *The Concept of Equality*, Minneapolis: Burgess 1969, p. 44-64.

Spronken 2018

T. Spronken, 'A court with no face and no place', *NJB* 2018, afl. 12.

Staatscommissie Grondwet 2010

Staatscommissie Grondwet, *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag, november 2010, *Kamerstukken II 2010/11*, 31 570, 17, bijlage.

Tadelis 2016

S. Tadelis, 'Reputation and Feedback Systems in Online Platform Markets', *Annual Review of Economics* 2016, afl. 1, p. 321-340.

Thaler & Sunstein 2008

R. Thaler & C.R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, New Haven: Yale University Press 2008.

Thierer e.a. 2016

A. Thierer, C. Koopman, A. Hobson & C. Kuiper, 'How the Internet, the Sharing Economy, and Reputational Feedback Mechanisms Solve the "Lemons Problem"', *University of Miami Law Review* 2016, afl. 3, p. 830-878.

Tjaden, Schwemmer & Khadjavi 2019

J.D. Tjaden, C. Schwemmer & M. Khadjavi, 'Ride with Me—Ethnic Discrimination, Social Markets, and the Sharing Economy', *European Sociological Review* 2018, afl. 4, p. 418-432.

Tjong Tjin Tai 2018

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Platformen als uitdaging voor het privaatrecht', *WPNR* 2018, afl. 7214, p. 835-841.

Van der Schyff 2008

G. Van der Schyff, 'Cutting to the Core of Conflicting Rights: The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective', in: E. Brems (red.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 131-147.

Vermeulen & Van Roosmalen 2018

B.P. Vermeulen & M. van Roosmalen, 'Chapter 13. Freedom of thought, conscience and religion', in: P. van Dijk & F. van Hoof e.a. (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2018, p. 735-763.

Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018

M. Vetzo, J.H. Gerards & R. Nehmelman, *Algoritmes en grondrechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2018.

Vonk 2020

M. Vonk, 'Artikel 8. Privéleven: autonomie en menselijke waardigheid, fysieke integriteit, abortus en euthanasie, ivf-behandelingen, informed consent', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM. Deel I*, Den Haag: Sdu 2020.

De Vries 2018

K. de Vries, 'Chapter 12. Right to respect for private and family life', in: P. van Dijk & F. van Hoof e.a. (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2018, p. 667-733.

Wagner & Eidenmüller 2018

G. Wagner & H.G.M. Eidenmüller, 'Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases and Shaping Preferences – The Dark Side of Personalized Transactions', *University of Chicago Law Review* 2019, p. 581-609.

Warren & Brandeis 1890

S.D. Warren & L. Brandeis, 'The Right to Privacy', *Harvard Law Review* 1890, afl. 5, p. 193-220.

Ter Weel e.a. 2017

B. ter Weel e.a., *De opkomst en groei van de kluseconomie in Nederland*, Amsterdam: SEO 2018.

Wellman 1999

C. Wellman, *The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?*, Westview Press 1999.

Westen 1982

P. Westen, 'The Empty Idea of Equality', *Harvard Law Review* 1982, afl. 3, p. 537-596.

Westerman 2017

P. Westerman, 'Nudging en de paradox van de autonomie', *Ars Aequi* 2017, p. 582-590.

WRR 2016

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Big Data in een vrije en veilige samenleving* (rapport nr. 95), Den Haag: WRR 2016.

Zuiderveen Borgesius 2014

F.J. Zuiderveen Borgesius, *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2014.

Zuiderveen Borgesius e.a. 2016

F. Zuiderveen Borgesius e.a., 'Should we worry about filter bubbles?', *Internet Policy Review* 2016, afl. 1.

Zuiderveen Borgesius & Poort 2017

F.J. Zuiderveen Borgesius & J. Poort, 'Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law', *Journal of Consumer Policy* 2017, afl. 3, p. 347-366.

