

Discriminatie in de platformeconomie juridisch bestrijden: geen eenvoudige zaak

Susanne Burri & Susanne Heeger-Hertter*

Onderzoek wijst uit dat ook in de platformeconomie discriminatie voorkomt. Dit artikel biedt een verkenning van de juridische (on)mogelijkheden om discriminatie in de relaties tussen platform, platformwerkers en klanten te bestrijden. De Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving biedt daartoe beslist mogelijkheden, maar deze zijn niet onbeperkt.

1 Inleiding

De zogenaamde platformeconomie, waar aanbod van en vraag naar goederen en/of diensten via computertechnologie (digitale platforms) met elkaar in verbinding worden gebracht, kent vele verschillende verschijningsvormen en neemt ook in Nederland snel aan betekenis toe. Digitale platforms – zoals Uber, Airbnb en Marktplaats – veranderen de wijze waarop mensen in een (aanvullend) inkomen voorzien. In deze markt komt helaas discriminatie voor, zo blijkt uit onderzoek. Waar het gelijkebehandelingsrecht met name betrekking heeft op de traditionele werkgever/werknemer-verhouding, het vrije beroep en/of het aanbieden van goederen en diensten, is de vraag in hoeverre discriminatie in de platformeconomie juridisch kan worden bestreden van toenemend belang. Wie is bijvoorbeeld waarvoor wettelijk verantwoordelijk in geval van discriminatie in de driehoek platform-platformwerkers-klanten?

In deze bijdrage onderzoeken we in hoeverre discriminatie in de platformeconomie kan worden bestreden. Wat zijn daarbij de moge-

lijkheden en beperkingen van het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht? Voordat we een aantal voorbeelden van discriminatie in paragraaf 3 geven, gaan we eerst in paragraaf 2 in op het bedrijfsmodel van de platformeconomie. De juridische relaties tussen de verschillende actoren – platform, platformwerkers en klanten/gebruikers – staan in paragraaf 4 centraal, omdat deze mede bepalen welke bepalingen van de gelijkebehandelingswetgeving van toepassing kunnen zijn. Na een overzicht van het relevante Nederlandse gelijkebehandelingsrecht in paragraaf 5 worden de (on)mogelijkheden om discriminatie te bestrijden belicht in paragraaf 6.

Digitale platforms – zoals Uber, Airbnb en Marktplaats – veranderen de wijze waarop mensen in een (aanvullend) inkomen voorzien. In deze markt komt helaas discriminatie voor

* Mr.dr. S. Burri is universitair hoofddocent bij het Departement Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Utrecht en specialist coördinator van het Europees netwerk van juridische deskundigen op het terrein van gendergelijkheid en non-discriminatie van de Europese Commissie en mr.dr. S. Heeger-Hertter is universitair docent arbeidsrecht en sociaal beleid aan de Universiteit Utrecht. Beiden verrichten onderzoek in het kader van het onderzoeksprogramma *Future of Work* van REBO en de *Future of Work Hub* van de Universiteit Utrecht, zie www.uu.nl/onderzoek/future-of-work, laatst geraadpleegd op 13 september 2018.

- 1 M. Smink e.a., 'Een eerlijke kluseconomie', *Beleid en Maatschappij* (24) 2018, afl. 2, p. 200.
- 2 Zie bijvoorbeeld www.deel economieinnederland.nl.
- 3 P. Kruit & M. Ouwehand, 'Platformarbeid: de ene platformwerk(nem)er is de andere niet', *TRA* 2018/58; A. Pesole e.a., *Platform Workers in Europe*, Luxembourg: Publications Office of the European Union 2018, <http://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC112157>, p. 34 e.v.
- 4 V. Hatzopoulos, 'Introducing the Collaborative Economy', in: *The Collaborative Economy and EU Law*, Oxford



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

and Portland, Oregon: Hart Publishing 2018, p. 4-7. Het kan gaan om het gebruik laten maken van onbenutte consumptiegoederen, eventueel tegen betaling (bijvoorbeeld verhuren van een kamer, appartement of huis via Airbnb of een auto via SnappCar); het aanbieden van een dienst (bijvoorbeeld het bezorgen van een maaltijd via Deliveroo, Foodora of Thuisbezorgd, een taxirit via Uber dan wel schoonmaak via Helpling), of het verkopen van spullen via Marktplaats.

5 De samenwerkingseconomie verwijst naar bedrijfsmodellen waarin online platforms activiteiten faciliteren. Deze online platforms brengen een open marktplaats tot stand voor het tijdelijk gebruik van goederen of diensten. Europese Commissie, *Een Europese agenda voor de deeleconomie*, COM(2016)356, final, p. 3.

6 Een *common* is een platform om samen dingen te doen; zie <http://new-commons.blogspot.nl/p/wat-is-een-common.html>, laatst geraadpleegd 13 september 2018.

2 Wat is platformeconomie?

Platformeconomie verwijst naar een bedrijfsmodel waar vraag naar en aanbod van goederen en/of diensten via een online platform bij elkaar worden gebracht. Online platforms zijn min of meer gespecialiseerde sites die partijen tot elkaar brengen en hiervoor een vergoeding ontvangen. Het verdienmodel stoelt op verlaging van zoek-, contract- en controlekosten (transactiekosten) voor betrokkenen.¹ Door de vele verschijningsvormen van platforms² is het fenomeen van de platformeconomie niet eenvoudig te definiëren.³ In de literatuur circuleren verschillende termen voor dit model, zoals deeleconomie, samenwerkingseconomie, tweedehandseconomie, product-dienst-economie, op-afroepeconomie, crowd-economie, gigeconomie, kluseconomie, etc. Deze termen worden vaak als synoniemen gebruikt, maar verwijzen niet naar hetzelfde economisch model.⁴

De Europese Commissie gebruikt de term *collaborative economy*.⁵ Deze term vestigt de nadruk op 'samenwerken' en veronachtzaamt daarmee het verschil tussen enerzijds commerciële en anderzijds non-profit, op

*common*⁶ gebaseerde, platforms, een verschil dat vooral de rol van geld bij de definitie raakt.⁷ Terwijl bij de non-profit, op *common* gebaseerde platforms een dienst gratis wordt verricht – voorbeelden zijn Wikipedia, CouchSurfing, WeHelpen en OpenStreetMap – staan bij commerciële platforms concurrentie en het verdienmodel voorop. Hier gaat het om arbeid tegen loon (bijvoorbeeld Uber, Helpling, Werkspot, etc.) of verhuur van spullen tegen betaling (bijv. autoverhuur door Greenwheels).

Door de vele verschijningsvormen van platforms is het fenomeen van de platformeconomie niet eenvoudig te definiëren

Meelen en Frenken gebruiken de term deeleconomie.⁸ In de deeleconomie staat de gedachte centraal dat toegang belangrijker is dan eigendom. De toegang kan gratis zijn (delen, bijvoorbeeld WeHelpen, Wikipedia) of tegen betaling (huren, bijvoorbeeld Airbnb).

De term *gig economy*, in het Nederlands vertaald als 'kluseconomie', wordt in de VS sinds 2015 gebruikt. In deze economie krijgt werkgelegenheid de vorm van losse, projectmatige, kortdurende klussen (*gigs*).⁹ Werk dat via online klusplatforms wordt verricht is 'werk op afroep via apps' en betreft veelal werk dat verband houdt met traditionele werkzaamheden, zoals transport, schoonmaak en boodschappen doen. De bedrijven die deze apps gebruiken, kunnen (minimale) kwaliteitsnormen stellen bij selectie en management van het personeelsbestand.¹⁰

In deze bijdrage zullen we nader ingaan op het verlenen van diensten door individuen tegen betaling (de platformwerker) aan klanten via commerciële, digitale platforms (de platformaanbieder). Het gaat hierbij dus om werk op afroep via apps zoals bij Uber, Airbnb en Helpling.

3 Discriminatie in de platformeconomie

Flexibiliteit en het vermijden van 'echt' persoonlijk contact tussen het platform en degene die het werk verricht zijn kenmerken van de platformeconomie. Op het eerste gezicht zouden deze kenmerken juist aanwijzingen kunnen vormen voor het ontbreken van discriminatie in dit bedrijfsmodel. Flexibiliteit in arbeidstijden maakt het immers mogelijk om arbeid en zorg beter te kunnen combineren en dat kan bijdragen aan meer gelijkheid tussen mannen en vrouwen zolang met name vrouwen de verantwoordelijkheid dragen voor zorgtaken.¹¹ Anonimiteit kan ertoe bijdragen dat discriminatie op grond van bijvoorbeeld huidskleur minder voorkomt.¹²

Recente onderzoeken en literatuur wijzen erop dat platformwerk discriminatie in de hand kan werken

De praktijk is anders. Recente onderzoeken en literatuur wijzen er juist op dat platformwerk discriminatie in de hand kan werken. Volgens De Stefano geeft de platformeconomie zelfs aanleiding tot serieuze bezorgdheid over discriminatie.¹³ Dit komt onder meer doordat de platformeconomie wordt gekenmerkt door een grote snelheid en dynamiek: het toekennen en het accepteren van het werk gebeurt op korte termijn. Dit vereist kwaliteiten die sommige groepen mensen, bijvoorbeeld mensen met een beperking, mogelijk ontbe-

ren. Mensen met zorgtaken kunnen minder beschikbaar zijn, bijvoorbeeld buiten schooltijden en rond etenstijd. De beloning voor het werk wordt bovendien bepaald op basis van weinig verifieerbare informatie over prestaties van individuele platformwerkers, waardoor transparantie in de beloningscriteria ontbreekt. Zeker bij profielen die de volledige naam en/of een pasfoto bevatten, is anonimiteit ver te zoeken. Een dergelijk profiel maakt het dan eenvoudig om een platformwerker af te wijzen op grond van bijvoorbeeld ras of geslacht. Een voorbeeld is Airbnb, waar een verhuurder in eerste instantie een zwarte man als huurder had afgewezen, maar hem vrijwel meteen had geaccepteerd nadat hij een nep 'wit' profiel had aangemaakt.¹⁴ Discriminatie is er ook als het aanbod van een Airbnb-kamer alleen zou gelden voor vrouwen of als vrouwen door een verhuurder seksueel zouden worden geïntimideerd.¹⁵

Voorts zien we verschillen tussen mannen en vrouwen tijdens de precontractuele fase waarin potentiële platformwerkers hun uurtarief bepalen. Het tarief dat vrouwen vragen ligt soms 37% lager dan dat van mannen.¹⁶ Daarmee kan de platformeconomie stereotypen over 'passende' banen voor mannen of vrouwen, over hun productiviteit en over hun bereidheid te onderhandelen zelfs bevorderen.¹⁷ Denk bijvoorbeeld aan een platform dat eerder aan mannen dan vrouwen klussen zal aanbieden in beroepen of sectoren waar traditioneel vooral mannen werken, zoals de bouw of (internationaal) transport. Of omgekeerd, indien een platform hoofdzakelijk vrouwen oproept voor werk in de zorg, het onderwijs of huishoudelijk werk.

Ook bilaterale beoordelingssystemen (zogenaamde ratings), kunnen discriminatie in de hand werken. Hoewel ratings door gebruikers een geschikt instrument zijn voor informatie over de kwaliteit van een geleverde dienst of product en kunnen bijdragen aan het verbeteren van de dienstverlening, kent het systeem ook problematische kanten. Er kan sprake zijn van discriminatie, onder andere omdat de beoordeling door klanten per definitie subjectief is.¹⁸ Uit onderzoek blijkt bijvoorbeeld dat er platforms zijn waar platformwerkers met een donkere huidskleur structureel lagere beoordelingen krijgen dan degenen met een blanke huidskleur en waar vrouwen – ook al zegt dat niet direct iets over discriminatie – structureel minder beoordelingen krijgen dan mannen.¹⁹ Beoordelingen kunnen dus door vooroordelen, gebaseerd op stereotypen, gekleurd zijn.²⁰ Expliciet

7 A. Schmidt, *Digital Labour Markets in the Platform Economy*, Bonn: Friedrich-Bert-Stiftung 2017, p. 9.

8 De deeleconomie is 'het fenomeen dat consumenten elkaar gebruik laten maken van hun onbenutte consumptiegoederen, eventueel tegen betaling', zie T. Meelen & K. Frenken, 'UberPop is geen voorbeeld van deeleconomie', *Het Parool* 10 oktober 2014, www.parool.nl/binnenland/uberpop-is-geen-voorbeeld-van-deeleconomie-a3765959/, laatst geraadpleegd op 6 juni 2018.

9 De term 'gig' komt oorspronkelijk uit de muziekwereld en is een verbastering van *engagement*, een eenmalig optreden (een engagement). Het kortetermijnkarakter dat het optreden van jazzmusici kenmerkt, is ook een kenmerk van het werk via internet: www.dfbonline.nl/begrip/21279/gig-economy, laatst geraadpleegd op 13 september 2018.

10 V. de Stefano, *The rise of the 'just-in-time workforce': On-demand work, crowdwork and labour protection in the 'gig-economy'*, Geneva: ILO 2016, p. 2.

11 Voor huishouden en zorgtaken: K. Karpinska, 'Betaald werk en zorgtaken', in: A.J. Boelhouwer, C. van Campen & R. Bijl, *De sociale staat van Nederland 2018*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2018, p. 53-54. Voor mantelzorg: M. de Klerk, 'Omvang van de informele hulp', in: M. de Klerk et al., *Informele hulp: wie doet er wat?*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2015, p. 48.

12 A. Hannak e.a., 'Bias in Online Freelance Marketplaces: Evidence from TaskRabbit and Fiverr', *CSCW* 2017, February 25-March 1, 2017, Portland, OR, p. 1, http://claudiawagner.info/publications/cscw_bias_olm.pdf, laatst geraadpleegd op 13 september 2018.

13 De Stefano 2016, p. 11.

14 B. Edelman, M. Luca & D. Svirsky, 'Racial Discrimination in the Sharing Economy: Evidence from a Field Experiment', www.benedelman.org/publications/airbnb-guest-discrimination-2016-09-16.pdf, laatst geraadpleegd op 2 mei 2018; www.economist.com/gulliver/2016/06/27/more-airbnb-customers-are-complaining-about-racism, laatst geraadpleegd 13 september 2018. Ten

tijde van deze zaak vroeg Airbnb om voorafgaand aan de boeking af te zien van het recht om te procederen. Inmiddels heeft Airbnb 'Community Gedragsregels' vastgesteld die vooroordelen en discriminatie binnen de community moeten tegen gaan. Zie: www.airbnb.nl/help/article/1523/, laatst geraadpleegd op 6 september 2018.

15 E. Caracciolo di Torella & B. McLellan, 'European network of legal experts in gender equality and non-discrimination', *Gender equality and the collaborative economy*, Brussel 2018, www.equalitylaw.eu/downloads/4573, laatst geraadpleegd op 3 september 2018.

16 A. Renan Barzilay & A. Ben-David, 'Platform Inequality: Gender in the Gig-Economy', *Seton Hall L. Rev.* (47) 2017, p. 398.

17 H. Galperin, 'The gig economy may strengthen the "invisible advantage" men have at work', *The Conversation*, 22 januari 2018, <http://workplaceinfo.com.au/hr-management/leo/analysis/the-gig-economy-may-strengthen-the-invisible-advantage-men-have-at-work>, laatst geraadpleegd op 13 september 2018.

18 C. Cook e.a., 'The Gender Earnings Gap in the Gig Economy: Evidence from over a Million Rideshare Drivers', <https://web.stanford.edu/~diamondr/UberPayGap.pdf>, laatst geraadpleegd op 16 april 2018; Edelman, Luca & Svirsky 2016; Hannak e.a. 2017.

19 Hannak e.a. 2017, p. 1-2.

20 'Stereotypen zijn generalisaties en versimpelingen van de werkelijkheid die een groep terugbrengen tot clichébeeld. Deze algemene clichébeelden over groepen passen we vervolgens toe op individuen. Stereotypen zijn er in twee soorten: expliciete en impliciete. Van expliciete stereotypen zijn we ons bewust en die kunnen we ook beïnvloeden. Impliciete stereotypen ontstaan door associaties in onze hersenen waarvan we ons niet bewust zijn, waardoor we ze ook niet goed kunnen beïnvloeden.' Zie College voor de Rechten van de Mens, *Stereotypering: wat is het en hoe werkt het?*, <https://mensenrechten.nl/nl/nieuws/stereotypering-wat-dat-en-hoe-werkt-het>, laatst geraadpleegd op 13 september 2018.

(bewust) of impliciet kan een klant slechtere beoordelingen geven aan een platformwerker van een bepaald ras of een bepaald geslacht.²¹ Negatieve of weinig ratings kunnen tot minder opdrachten leiden, ze kunnen ook voor een lagere prijs zorgen. Voorts kunnen online platforms beoordelingsdata ook in aanbevelingen en/of zoeksystemen verwerken. Als dergelijke data al dan niet impliciet vooringenomen zijn, leidt dit tot algoritmische systemen die in de werkelijke (offline) wereld bestaande ongelijkheden in de online wereld versterken. Een mogelijkheid tot geschillenbeslechting voor de platformwerker om negatieve reviews te weerleggen ontbreekt veelal.

Een laatste voorbeeld betreft Uber. Hier zijn het echter de chauffeurs – dus de platformwerkers – die discrimineren wanneer ze minder snel klanten met een donkere huidskleur oppikken of bij voorkeur klanten in rijkere en wittere buurten ophalen of afzetten.²²

De voorbeelden illustreren dat discriminatie in de praktijk van de platformeconomie voorkomt en dat zowel platforms, platformwerkers als klanten bewust of onbewust zich hier schuldig aan kunnen maken

Deze voorbeelden illustreren dat discriminatie in de praktijk van de platformeconomie voorkomt en dat zowel platforms, platformwerkers als klanten bewust of onbewust zich hier schuldig aan kunnen maken. Voor de beantwoording van de vraag in hoeverre discriminatie juridisch kan worden bestreden, is meer inzicht in de betrokken actoren noodzakelijk.

4 Actoren in de platformeconomie

4.1 Juridische status van de platformwerker, de klant en het platform

Bij werkplatforms zijn ten minste drie actoren betrokken: (i) platformwerkers die een dienst verlenen, (ii) klanten die de dienst ontvangen en (iii) het online platform/de platformaanbieder zelf dat/die als tussenpersoon optreedt.²³

Platformwerkers kunnen particulieren zijn die incidenteel diensten aanbieden tegen onkostenvergoeding of dienstverleners die

beroepsmatig handelen, dat wil zeggen tegen betaling ('professionele dienstverleners').²⁴ We beperken ons in het vervolg tot deze laatste groep. Of, en in hoeverre, professionele dienstverleners arbeidsrechtelijke bescherming genieten (denk aan bijvoorbeeld minimumloon, betaalde vakantie, loondoorbetaling bij ziekte of overuren, ontslagbescherming, toegang tot sociale zekerheid en tot scholing), hangt af van het antwoord op de vraag of zij werknemers zijn in de zin van artikel 7:610 BW of opdrachtnemers (doorgaans zzp'ers). Als zzp'ers missen platformwerkers in beginsel de bescherming die werknemers krijgen.²⁵ Evenmin mogen cao-partijen voor zzp'ers afspraken maken over bijvoorbeeld beloning en andere arbeidsvoorwaarden. Dit is slechts anders als er sprake is van schijnzelfstandigen, dat wil zeggen als een echte arbeidsverhouding wordt verhuuld, en de arbeidskracht als werknemer in de zin van het Unierecht wordt aangemerkt.²⁶ De juridische kwalificatie van de relaties tussen platform en platformwerker en tussen platformwerker en klant is ook van belang voor de toepassing van de gelijkebehandelingswetgeving. Het is daarom belangrijk om te analyseren waar de grens ligt tussen de status van een werknemer en die van een zelfstandige. Achtereenvolgens wordt in dit kader aandacht besteed aan de positie van het platform, de platformwerker en de klant.

De juridische kwalificatie van de relaties tussen platform en platformwerker en tussen platformwerker en klant is van belang voor de toepassing van de gelijkebehandelingswetgeving

4.2 Het platform

Platformaanbieders manifesteren zich in beginsel als e-commercebedrijven/technologiebedrijven: zij ontwikkelen het platform waarop klanten hun wensen omtrent goederen of dienstverlening kunnen plaatsen en platformwerkers het werk kunnen accepteren, uitvoeren en indienen. Platforms brengen als een marktplaats vraag en aanbod samen.

Sommige onlineplatforms, zoals Helpling, lijken wat hun functie betreft op klassieke uitzendbureaus.²⁷ Ze houden zich bezig met het ter beschikking stellen van werkers om

onder toezicht en leiding van de klant te werken. Ze doen dit in het kader van hun beroep of bedrijf en de terbeschikkingstelling gebeurt doorgaans op basis van een overeenkomst van opdracht tussen het onlineplatform en de klant.²⁸ Een belangrijk verschil is echter dat het uitzendbureau werkgever is, terwijl dat bij een platform niet altijd het geval is.²⁹

Sommige onlineplatforms, zoals Helpling, lijken wat hun functie betreft op klassieke uitzendbureaus

4.3 De relatie tussen platform en platformwerker

Het echte werk wordt niet gedaan door platformen, maar door platformwerkers. Wil sprake zijn van een arbeidsovereenkomst waaronder de platformwerker werkzaam is, dan moet voldaan zijn aan de elementen van artikel 7:610 BW: het persoonlijk verrichten van arbeid, tegen loon, in dienst van de andere partij, te weten de werkgever (gezagsverhouding). Voor de duiding van de arbeidsrelatie als arbeidsovereenkomst ligt de nadruk zowel op de bedoeling van de partijen bij het aangaan van de overeenkomst alsook op de wijze waarop de overeenkomst is uitgevoerd.³⁰

Het meest onderscheidende kenmerk tussen een arbeidsovereenkomst en een overeenkomst van opdracht is de gezagsverhouding waarbij een partij de bevoegdheid heeft om de andere partij aanwijzingen omtrent het verrichten van de arbeid of instructies met betrekking tot het bevorderen van de goede orde in de onderneming te kunnen geven. De platformwerker is bij de keuze van het werk, zijn werkplek en zijn werktijden vaak autonoom, zolang hij zich wat betreft de werktijden maar binnen de door het platform gegeven levertijd beweegt. Dit is mogelijk anders als platformen meer doen dan alleen vraag en aanbod bij elkaar brengen. Elementen die een aanwijzing vormen voor het bestaan van een gezagsrelatie zien we bij platformen waar de prijs voor het werk (de tarieven) door het platform wordt bepaald,³¹ waar de kwaliteit van de geleverde dienst via reviews en ratings van klanten wordt beoordeeld en het platform daar gevolgen aan verbindt, zoals het aanbieden van minder opdrachten of het geheel afsluiten van de toegang tot het platform (vanwege slechte reviews), zoals dit bij Uber het geval is.

De eerste Nederlandse zaak in dit verband is de *Deliveroo*-zaak.³² Deliveroo koppelt onafhankelijke restaurants aan klanten en laat maaltijden bezorgen door bezorgers (zogenoemde *riders*). *Riders* kregen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, maar sinds augustus 2017 is het beleid van Deliveroo veranderd en worden ze ingezet als zzp'ers. Een maaltijdbezorger heeft een rechtszaak aangespannen om de overeenkomst die hij met Deliveroo is overeengekomen als een arbeidsovereenkomst aan te laten merken. De kantonrechter gaat er echter niet in mee en oordeelt dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Argumenten zijn onder meer dat de bezorger zijn eigen werkschema bepaalde en daarmee vrij was om al dan niet te werken, dat hij zijn eigen kleding en eigen thermobox mocht gebruiken, zich mocht laten vervangen en voor een ander bedrijf mocht werken. Voorts was uitdrukkelijk sprake van een opdrachtovereenkomst nu de bezorger zelf zijn arbeidsovereenkomst had opgezegd en voor een zzp-overeenkomst had getekend. *Riders* van Deliveroo werken dus als zelfstandigen, aldus de kantonrechter. Terecht constateert deze rechter dat er in het huidige arbeidsrecht geen rekening gehouden is met de uit de relatief nieuwe platformeconomie voortvloeiende arbeidsverhoudingen.³³ Mogelijk zullen toekomstige procedures van platformwerkers van andere platformen andere uitkomsten geven wat betreft de kwalificatie van de arbeidsrelatie naar Nederlands recht.

De Europese Commissie heeft in april 2018 een voorstel voor een verordening ingediend om de positie te versterken van platformwerkers die via online platforms goederen en diensten aanbieden

De Europese Commissie heeft in april 2018 een voorstel voor een verordening ingediend om de positie te versterken van platformwerkers die via online platforms goederen en diensten aanbieden.³⁴ Dit voorstel beoogt onder meer transparantie te bevorderen door criteria vast te stellen waaraan algemene voorwaarden van 'onlinetussenhandelsdiensten' moeten voldoen. Zo zouden de belangrijkste parameters waarmee de ranking wordt bepaald in de algemene voorwaarden moeten zijn opgenomen. Bovendien zou de

21 B. Rogers, 'The Social Costs of Uber', *University of Chicago Law Review Online* (82) 2017, afl. 1, Art. 6, p. 95, https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=uchrev_online, laatst geraadpleegd op 13 september 2018. Dergelijke discriminatie kan beperkt worden door de feedbackcultuur van Uber. Omdat de reputatie en daarmee de status van Uber-chauffeurs ook afhangt van de beoordeling door klanten, neemt de prikkel voor chauffeurs toe om te zorgen voor een goede relatie met de klant. Door het gebruik van feedbacksystemen wordt echter onderdanig gedrag van de chauffeur bevorderd. Zie: W. Eichhorst & A. Spemann, *Sharing Economy – Chancen, Risiken und Gestaltungsoptionen für den Arbeitsmarkt*, Institute of Labor Economics (IZA): http://ftp.iza.org/report_pdfs/iza_report_69.pdf, p. 10, laatst geraadpleegd op 13 september 2018.

22 R. Lieman, *Uber voor alles*, Amsterdam/Antwerpen: Uitgeverij Business Contact 2018, p. 149 en p. 150.

23 Een vierde actor komt soms ook nog in beeld – zoals het restaurant ('partner' genoemd in uitspraak Rb. Amsterdam, 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183, *JAR* 2018/189, m.nt. J.P. Wiewel en J.M. van Slooten (*Deliveroo*)) bij maaltijdcoördinatoren.

24 Europese Commissie, *Een Europese agenda voor de deeleconomie*, COM(2016)356, final, p. 3, 5-6.

25 Dit is alleen anders als de platformwerker aangemerkt wordt als een 'gelijkgestelde', dat wil zeggen in maatschappelijk opzicht gelijk wordt gesteld aan iemand die in een echte dienstbetrekking werkt. De voorwaarden hiervoor zijn opgenomen in het Besluit aanwijzing gevallen waarin arbeidsverhouding als dienstbetrekking wordt beschouwd. Zie: S. Klosse, 'Flexibele arbeid, gebalanceerde bescherming', in: M. Kremer, R. Went & A. Knottnerus, *Voor de zekerheid*, Den Haag: WRR 2017, p. 215.

26 Zie onder meer HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM*), overweging 35.

27 Position Paper AVV voor rondetafelgesprek Tweede Kamer over werken in de platformeconomie,

november 2017; B. Sachs, 'Do we need an "Independent Worker" category?', *On Labor*, 8 december 2015 <https://onlabor.org/do-we-need-an-independent-worker-category/>, geciteerd in: K. Frenken, 'Verbeter de onduidelijke positie van platformwerkers' (position paper), 25 oktober 2017.

28 Anders dan uitzendbureaus vallen werkplatforms thans echter niet onder de WAADI. E. Verhulp, 'Platformwerkers verdienen meer!', *ArbeidsRecht* 2018/1; J.M. van Slooten, 'Ter Visie – Platformarbeid: nog een reden tot rethinking van het arbeidsrecht', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming*, 2017, afl. 2, p. 52.

29 Zie Rb. Amsterdam, 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183, *JAR* 2018/189, m.nt. J.P. Wiewel en J.M. van Slooten (*Deliveroo*). Zie ook HvJ EU 20 december 2017 C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 (*Asociación Profesional Élite Taxi vs Uber Systems Spain*) en HvJ EU 10 april 2018, C-320/16, ECLI:EU:C:2018:221 (*Uber France SAS*).

30 HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495 (*Groen / Schoevers*).

31 In de *Deliveroo*-zaak (ECLI:NL:RBAMS:2018:5183) was het feit dat Deliveroo eenzijdig de hoogte van de vergoeding bepaald heeft, voor de rechter geen voldoende reden om een arbeidsovereenkomst aan te nemen: r.o. 24: 'Het feit dat [eiser] niet heeft kunnen onderhandelen over de tarieven waarvoor hij maaltijden bezorg[t], brengt niet mee dat reeds om die reden de rechtsverhouding tussen hem en Deliveroo als een arbeidsovereenkomst zou moeten worden gekwalificeerd.'

32 ECLI:NL:RBAMS:2018:5183.

33 Zie r.o. 28.

34 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten, COM(2018)238 final. Het voorstel is grotendeels beperkt tot zogenaamde 'zakelijke gebruikers' van 'onlinetussenhandelsdiensten' en gebruikers van 'zakelijke websites', zie art. 1 van het voorstel.

35 Zie in het bijzonder art. 3, 5, 7, 9, 10 en 12 van het voorstel.

36 Zie ook: Voorstel voor een

toegang tot (persoonlijke) gegevens van zowel platformwerkers als klanten van platforms specifiek moeten worden gereguleerd. Het voorstel bevat ook de verplichting voor platforms om een intern klachtenbehandelingsstelsel te hebben en te voorzien in bemiddeling, indien klachten intern niet kunnen worden opgelost. Ten slotte zouden de lidstaten ervoor moeten zorgen dat belangenbehartigende organisaties en verenigingen zonder winstoogmerk naleving van de verplichtingen in de verordening kunnen vorderen voor de nationale rechter.³⁵ Deze rechten zijn uiteraard ook van belang bij het bestrijden van discriminatie.³⁶

Juridisch gezien is de status van de platformwerker ten opzichte van het platform een grijze zone

4.4 De relatie tussen platformwerker en klanten

Bestaat er een directe contractuele relatie tussen de klant en de platformwerker, en zo ja, welke? Hierbij is van belang dat de duur van de relatie tussen beiden soms heel kort is en dat er veel wisselingen (kunnen) zijn tussen de persoon van de klant en platformwerkers. Dit pleit voor een feitelijke en niet een juridische relatie tussen klant en platformwerker. Een feitelijke relatie geldt ook als platformwerkers geen deel uitmaken van het bedrijf van de klant, mocht de laatste bedrijfsmatig optreden. De invloed van de klant op het door de platformwerker uitgevoerde werk is dan immers beperkt.

Dit kan anders liggen bij platforms in de particuliere schoonmaakbranche, zoals Helping, waar de overeenkomst inzake de schoonmaakdiensten rechtstreeks wordt gesloten tussen platformwerker en klant. Als klant en schoonmaker een juridische relatie hebben, dan biedt het platform bemiddelingsdiensten aan. Deze kunnen betrekking hebben op de voorselectie van de klanten, op het opsplitsen van de taken in kleinere deeltaken/kleine klussen, de verwerking van de betaling, verstrekking van modelcontracten of de kwaliteitscontrole. Verhulp is geneigd de relatie tussen schoonmaker en klant zelfs als arbeidsovereenkomst aan te merken.³⁷

Gezien de driehoekverhouding bij platformwerk is het veelal niet duidelijk in welke contractuele relaties (indien aanwezig) de betrokkenen tot elkaar staan. De vraag is:

wie zijn eigenlijk de contractspartijen? En, als er sprake is van een contract, wat is dan de aard van het contract? Juridisch gezien is de status van de platformwerker ten opzichte van het platform een grijze zone. In situaties waarin platformbeheerders veel controle uitoefenen over beloning, taaktoewijzing, werktijden en werkmethoden, betogen platformwerkers dat zij zouden moeten worden geclassificeerd als werknemers met een arbeidsovereenkomst.³⁸ In de *Deliveroo*-zaak ging de kantonrechter hier niet in mee. In veel gevallen zal de typisch externe platformwerker geen werknemer zijn, maar een zzp'er (denk aan Werkspot, Klusjesmannen.nl, croqqr.com). Waar de kwalificatie evenwel minder eenduidig is, zullen platformwerkers veelal als zzp'er worden beschouwd en niet als werknemer. Dit blijkt ook uit de benaming die platforms de platformwerkers geven, waarbij termen die in de richting van een arbeidsovereenkomst zouden kunnen wijzen, zorgvuldig lijken te worden vermeden. Voorbeelden zijn 'particuliere ondernemers voor huishoudelijke diensten en schoonmaakwerkzaamheden in privéhuishouden' of 'dienstverlener' (Helping), 'self-employed supplier' (Deliveroo), 'jobber' (AnyJobby), 'rider' (Foodora en Deliveroo), 'opdrachtnemer' (Temper), 'driver' (Uber). In een firma worden platformwerkers 'sellers' (Fiverr) genoemd; ergens zelfs 'heroes' – helden).³⁹

Op 7 november 2018 is de 'Commissie Regulering van werk' ingesteld, die de minister van SZW en de staatssecretaris van Financiën moet adviseren over de toekomstige vormgeving van regels, wetgeving en belastingen rondom de arbeidsmarkt. Het advies over de toekomst het arbeidsrecht, de sociale zekerheid en de fiscaliteit wordt uiterlijk 1 november 2019 verwacht.

5 Het discriminatieverbod en de platformeconomie

In deze paragraaf zullen we enkele situaties bespreken in het licht van de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving, die betrekking hebben op de relatie tussen platform en platformwerker en platformwerker en klanten/gebruikers van een platform onderling. Daarmee is niet beoogd een uitputtend overzicht van relevante jurisprudentie te geven. Bovendien beperken we ons tot discriminatie op grond van ras/etniciteit en geslacht. Uit deze bespreking zal blijken dat het bestrijden van met name verborgen vormen van discriminatie in de platformeconomie geen eenvoudige zaak is.

5.1 Het relevante gelijkebehandelingsrecht

In geval van discriminatie in de platformeconomie op grond van ras/ethniciteit of geslacht zijn de volgende rechtsbronnen van belang: de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb), de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Wgb) en artikel 7:646 BW.⁴⁰ Bij elkaar hebben deze bepalingen een brede werkingssfeer, waardoor het discriminatieverbod ook van toepassing is als er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

De Awgb heeft onder meer betrekking op het terrein van de arbeid (art. 5), het vrije beroep (art. 6) en op het aanbieden van of het verlenen van toegang tot goederen of diensten (art. 7). Artikel 7:646 BW verbiedt de werkgever om onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst, het verstrekken van onderricht aan de werknemer, in de arbeidsvoorwaarden, bij de arbeidsomstandigheden, bij de bevordering en bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst. Op grond van artikel 1c Wgb geldt dat verbod ook voor natuurlijke persoon, rechtspersoon of bevoegd gezag die/dat een ander onder zijn gezag arbeid laat verrichten, anders dan krachtens arbeidsovereenkomst of ambtelijke aanstelling. Bij dit laatste kan het gaan om bijvoorbeeld een inlener, een overeenkomst van opdracht of een serviceovereenkomst.⁴¹ Als het gaat om onderscheid op grond van ras bestrijkt het discriminatieverbod in de Awgb ook sociale bescherming (art. 7a Awgb). Deze ruime werkingssfeer betekent dat de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving van toepassing is wanneer er sprake is van een arbeidsovereenkomst (art. 7:646 BW voor zover onderscheid tussen mannen en vrouwen in het geding is), bij arbeidsverhoudingen (art. 5 Awgb) of arbeid onder gezag (Wgb, voor zover onderscheid tussen mannen en vrouwen in het geding is), op het vrije beroep en het aanbod van, of verlenen van toegang tot, goederen en diensten.

Het bestrijden van met name verborgen vormen van discriminatie in de platformeconomie is geen eenvoudige zaak

De bepalingen verbieden het maken van onderscheid⁴² dat zowel direct kan zijn (bijvoorbeeld iemand met een donkere huidskleur geen taxirit willen aanbieden vanwege de

huidskleur) als indirect (bijvoorbeeld geen taxiriten uitvoeren in een buurt waar overwegend personen van een bepaalde ethniciteit wonen). Bij indirecte discriminatie is het effect van een maatregel etc. relevant, wanneer dit in het bijzonder een bepaalde groep nadelig treft. Ook de opdracht tot discrimineren is verboden (denk bijvoorbeeld aan een inlener die een uitzendbureau verzoekt om een man te sturen voor een bepaalde klus).⁴³

Zowel direct als indirect onderscheid zijn gedefinieerd in de Awgb (art. 1 lid 1 sub b en c).⁴⁴ Een belangrijk verschil tussen directe en indirecte discriminatie op grond van ras/ethniciteit en geslacht is dat directe discriminatie alleen gerechtvaardigd kan worden in de gevallen die wettelijk zijn toegestaan, terwijl indirecte discriminatie gerechtvaardigd kan zijn als er een objectieve rechtvaardiging voor het onderscheid is waarvoor dus allerlei argumenten naar voren gebracht kunnen worden. Daarbij moeten het doel van de bepaling, de maatstaf of handelwijze die indirect discriminerend is legitiem zijn en de middelen om dat doel te bereiken moeten geschikt en noodzakelijk zijn.⁴⁵ Indien er andere niet of minder discriminerende middelen zijn om het legitieme doel te bereiken, dan is er geen objectieve rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid en is het indirecte onderscheid in strijd met de wet. Intimidatie en seksuele intimidatie zijn ook wettelijk verboden en kunnen niet worden gerechtvaardigd.⁴⁶

In gelijkebehandelingszaken is bovendien een specifieke bewijslastverdeling van toepassing, die het bewijs van discriminatie moet vergemakkelijken: het is voor de vermeende gediscrimineerde partij voldoende om feiten aan te voeren die een vermoeden van (directe of indirecte) discriminatie vormen; de wederpartij moet vervolgens bewijzen dat niet in strijd met de wet is gehandeld.⁴⁷ De Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving is grotendeels tot stand gekomen ten gevolge van implementatieverplichtingen van EU-richtlijnen en dient in overeenstemming te zijn met het EU-recht en de rechtspraak van het Hof van Justitie in het bijzonder.⁴⁸

5.2 De relatie tussen platform en platformwerker

Uit paragraaf 2 bleek hoe divers de platformeconomie is en in paragraaf 5.1 werd duidelijk dat verschillende bepalingen van de gelijkebehandelingswetgeving van toepassing zijn indien er sprake is van een arbeidsover-

Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie, COM(2017)797 final.

37 Verhulp 2018.

38 Zoals in de *Deliveroo*-zaak: ECLI:NL:RBAMS:2018:5183.

39 R. Lieman, *Uber voor alles*, Amsterdam/Antwerpen: Uitgeverij Business Contact 2018, p. 93.

40 E. Verhulp, 'Commentaar op art. 7:646 BW', in: P.F. van der Heijden e.a. (red.) *Tekst & commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2010. Ontwikkelingen in de gelijkebehandelingswetgeving en oordelen van de Commissie gelijke behandeling (voorganger van het College voor de Rechten van de mens) zijn enkele jaren in de zogenaamde oordelenbundels besproken, zie <https://mensenrechten.nl/nl/publicaties>.

41 Zie voor voorbeelden de volgende oordelen van het College voor de Rechten van de mens: 2018-37; 2018-15 en 2017-101. Deze oordelen zijn te vinden op de website van het College: <https://mensenrechten.nl/>.

42 Dit is de term die in de Nederlandse wetgeving wordt gebruikt, waarmee ook discriminatie wordt bedoeld.

43 Zie art. 1 a Awgb en art. 1 Wgb.

44 De definitie in art. 1b Awgb van direct onderscheid luidt als volgt: indien een persoon op een andere wijze wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld, op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat (zie ook art. 7:646 lid 5 sub b BW en art. 1 lid 1 sub b Wgb). De definitie in art. 1c Awgb van indirecte discriminatie luidt als volgt: indien een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat in vergelijking met andere personen bijzonder treft (zie ook art. 7:646 lid 5 sub c BW en art. 1 lid 1 sub c Wgb).

45 Art. 7:646 lid 10 BW; art. 2 lid 1 Awgb en art. 6 Wgb.

46 Intimidatie is als volgt

omschreven: gedrag dat met het geslacht (of een andere beschermde discriminatiegrond) van een persoon verband houdt en dat tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en dat een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd. Seksuele intimidatie is enige vorm van verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag met een seksuele connotatie dat als doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast, in het bijzonder wanneer een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gecreëerd. Zie art. 7:646 BW leden 6-8, art. 1a Awgb en art. 1a Wgb.

47 Zie art. 10 Awgb: Indien degene die meent dat in zijn nadeel een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in deze wet, in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, dient de wederpartij te bewijzen dat niet in strijd met deze wet is gehandeld. Zie ook art. 7:646 lid 12 BW en art. 6a Wgb.

48 Zie voor een overzicht S. Burri & A. Veldman 'Gelijke behandeling als grondrecht', in: F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters (red.), *Inleiding Europees Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 151-222.

49 HvJ EU 20 december 2017, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 (*Asociación Profesional Elite Taxi vs Uber Systems Spain*) en HvJ EU 10 april 2018, C-320/16, ECLI:EU:C:2018:221 (*Uber France SAS*).

50 Zie bijvoorbeeld oordeel 2017-9.

51 Zie bijvoorbeeld CRvdm-oordeel 2015-55 over een caissière van Jumbo Supermarkten B.V. die een vrouw van Chinese afkomst discrimineerde door haar geen babymelkpoeder te verkopen. In dit geval viel de weigering om te verkopen onder art. 7 Awgb en was Jumbo de verweerster.

52 Zie bijvoorbeeld CRvdm-oordeel 2015-98, overweging 3.17.

53 CRvdm-oordeel 2013-107. In deze zaak acht het College dat een vermoeden van direct onderscheid op grond van ras is komen vast te staan, de verweerder heeft geen argumenten aangevoerd om dit te weerleggen, daarom is de conclusie dat

eenkomst dan wel een arbeidsverhouding, een zelfstandige (vrij beroep) of het aanbod van of het verlenen van toegang tot goederen en diensten. De kwalificatie van de relatie tussen platform en platformwerker is dus van belang om te bepalen welke wettelijke bepalingen van toepassing zijn en wie waarvoor verantwoordelijk gehouden kan worden in geval van (vermeende) discriminatie.

Indien een arbeidsovereenkomst bestaat zal de werkgever aansprakelijk zijn indien hij discrimineert (bijvoorbeeld door het weigeren van opdrachten aan een mannelijke platformwerker omdat een klant een vrouwelijke schoonmaker wil). De werkgever moet ook zorgen voor een discriminatievrije werkomgeving en zal dus moeten ingrijpen mochten hem bijvoorbeeld signalen bereiken dat een schoonmaakster seksuele intimidatie ondervindt op het adres waar ze werkzaam is. Een klacht over discriminatie moet bovendien door de werkgever zorgvuldig worden behandeld. Indien sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen platform en platformwerker, geldt deze verplichting dus ook onverminderd voor het platform.

Stel dat het platform een vrouwelijke zelfstandige platformwerker zou discrimineren door haar geen werk aan te bieden omdat ze vrouw is. Naar onze mening zou artikel 6 Awgb over het vrije beroep van toepassing zijn

Maar indien er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, kan een platform dat met zelfstandigen (doorgaans zzp'ers) werkt dan ook worden aangesproken? Stel bijvoorbeeld dat het platform een vrouwelijke zelfstandige platformwerker zou discrimineren door haar geen werk aan te bieden omdat ze vrouw is. Naar onze mening zou artikel 6 Awgb over het vrije beroep van toepassing zijn. Onderscheid is immers verboden met betrekking tot de voorwaarden voor en de toegang tot het vrije beroep en de mogelijkheden tot uitoefening van en ontplooiing binnen het vrije beroep. Zou bovendien beargumenteerd kunnen worden dat het platform een dienst aanbiedt en dat artikel 7 Awgb van toepassing is? Het Hof van Justitie oordeelde in twee zaken die Uber betroffen dat de bepalingen over diensten – bij Uber zijn dit trans-

portdiensten – van toepassing zijn.⁴⁹ Naar onze mening is dit een sterke aanwijzing dat artikel 7 Awgb van toepassing is op platforms die vraag en aanbod online bij elkaar brengen, zoals Uber, Airbnb en Marktplaats. Dit kan ook worden afgeleid uit oordelen van het College voor de Rechten van de Mens (hierna: College of CRvdm). Het verbod van onderscheid bij het aanbieden of het verlenen van toegang tot goederen en diensten, indien dit geschiedt in de uitoefening van een bedrijf in dit artikel omvat tevens de verplichting om zich te onthouden van discriminatoire bejegening, aldus het College.⁵⁰

5.3 De relatie tussen platformwerker en klanten

Indien een platformwerker werkzaam is op grond van een arbeidsovereenkomst, dan zal de werkgever verantwoordelijk zijn voor discriminatie van klanten door de werknemer.⁵¹ De werkgever moet zorgen voor een discriminatievrije omgeving en moet erop toezien dat werknemers zich onthouden van discriminatie, waaronder discriminatoire bejegening.⁵²

Indien de platformwerker als zelfstandige diensten en/of goederen aanbiedt in de uitoefening van beroep of bedrijf is artikel 7 lid 1 sub a Awgb van toepassing. De platformwerker heeft in dat geval een eigen verantwoordelijkheid om zich aan de gelijkebehandelingswetgeving te houden tegenover klanten. Indien een natuurlijke persoon niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, maar een aanbod in het openbaar geschiedt, is artikel 7 lid 1 sub d van toepassing. Zo oordeelde het CRvdm dat een verhuurder van een appartement die als particulier twee appartementen op Marktplaats.nl te huur aanbood en daartoe bevoegd was, in strijd met dit artikel handelde door geen huurder van buitenlandse afkomst te willen.⁵³

5.4 De relatie tussen platform en klanten

Artikel 7 Awgb is van toepassing op het aanbieden van goederen en diensten door het platform en het verbod tot het maken van onderscheid omvat mede het zorgvuldig behandelen van een discriminatieklacht. De aansprakelijkheid van het platform is echter begrensd. In CRvdm-oordeel 2016-96 was een discriminatieklacht tegen Marktplaats in geding van een gebruiker die op een advertentie reageerde en een e-mail kreeg van de verkoper met: 'Helaas verkoop ik niks aan noord Afrikanen'. Het College oordeelde dat de door de verkoper gedane mededeling geen samenhang heeft met het aanbieden

van de dienst door Marktplaats. Daarom was Marktplaats niet gehouden de discriminatieklacht in behandeling te nemen. De inhoud van e-mailverkeer tussen particuliere gebruikers van het platform onderling valt dus blijkens dit oordeel buiten de aansprakelijkheid van het platform, waarbij een vergelijking is gemaakt met de postdienst PostNL. PostNL kan ook niet verantwoordelijk gehouden worden voor het behandelen van discriminatieklachten die de inhoud van brieven tussen particulieren betreffen. Marktplaats heeft op grond van dit oordeel volgens het College een beperkte aansprakelijkheid, maar is wél gehouden om onrechtmatige informatie prompt te verwijderen zodra hij kennis krijgt van deze informatie.⁵⁴ Hetzelfde geldt ook voor discriminerende advertenties.

5.5 Discriminatie bewijzen

Indien de gelijkebehandelingswetgeving van toepassing is, geldt de specifieke, verlichte, bewijslastverdeling. In de praktijk zal het desondanks waarschijnlijk niet makkelijk zijn om discriminatie te bewijzen. Dit zal bij directe discriminatie mogelijk eenvoudiger zijn: denk aan de Airbnb-verhuurder die geen kamer wilde verhuren aan een zwarte man. Door de praktijkproef uit te voeren met een nep-aanbod van een witte man die de kamer wél kon huren, is in dit geval directe discriminatie op grond van ras bewezen.⁵⁵ Verborgene vormen van discriminatie verbonden aan ratingsystemen – op zich neutrale systemen – die in effect bepaalde groepen, zoals vrouwen of gekleurde mensen kunnen benadelen, zijn veel moeilijker aan te tonen. Het verbod van indirecte discriminatie kan hier worden toegepast, maar dan zal moeten worden bewezen dat een bepaald rating-systeem in het bijzonder personen van bijvoorbeeld een bepaald ras/etniciteit of geslacht in vergelijking met andere personen nadelig treft. Het bewijs leveren dat dit het geval is onder de groep platformwerkers van een bepaald platform zal allesbehalve makkelijk zijn, mede doordat de platformwerkers onderling elkaar doorgaans niet kennen en alleen het platform over de benodigde gegevens beschikt.

Discriminatie via het gebruik van algoritmes door platforms bewijzen, zal mogelijk nog moeilijker zijn, zoals Vetzo, Gerards en Nehmelman terecht constateren:

‘Daarbij verdienen met name datamining en profieltechnieken aandacht, omdat deze inherent gericht zijn op het maken van onderscheid tussen (groepen) individuen. In dit kader is het van belang dat de neutraliteit van de algoritmes waarmee deze technieken werken veelal schijn is, waardoor al te gemakkelijk besluiten worden gebaseerd op uitkomsten van Big Data-analyses. De twee voornaamste oorzaken van ongelijke behandeling door

de inzet van Big Data-technieken bij besluitvorming zijn bias in de data en bias in de gebruikte algoritmes. Als niet steeds wordt onderzocht of dergelijke bias zichtbaar zijn, en/of wordt gevraagd om een uitdrukkelijke rechtvaardiging wanneer dat niet het geval is, doet een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling zich al snel voor. Discriminatie door algoritmes kan bovendien niet altijd eenvoudig worden ontdekt vanwege de inherente complexiteit en ondoorzichtigheid van algoritmes.⁵⁶

Het is duidelijk dat ook in de platformeconomie zowel directe alsook indirecte discriminatie voorkomt. Maar inzicht in de mate waarin dit gebeurt, door wie, op welke gronden, in welke vormen en op welke terreinen is nog zeer beperkt

6 Conclusies

Veel is er nog niet bekend over discriminatie in de platformeconomie. Toch is de veronderstelling dat bepaalde kenmerken zoals flexibiliteit en autonomie van platformwerkers aanwijzingen zouden zijn voor het ontbreken van discriminatie inmiddels door literatuur, onderzoeken en jurisprudentie grotendeels weerlegd. Het is duidelijk dat ook in de platformeconomie zowel directe alsook indirecte discriminatie voorkomt. Maar inzicht in de mate waarin dit gebeurt, door wie, op welke gronden, in welke vormen en op welke terreinen is nog zeer beperkt. In deze bijdrage is de toepassing van het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht op de verschillende actoren – platform, platformwerker en klanten – in hun onderlinge relaties verkend. Het relevante recht heeft een brede werkingssfeer en zal op veel situaties van toepassing zijn. Maar discriminatie bewijzen, met name als gevolg van ratingsystemen en algoritmen, zal doorgaans buitengewoon moeilijk zijn. In toenemende mate blijkt dat deze systemen vooroordelen en stereotypen reproduceren, maar de precieze oorzaken van dergelijke complexe vormen van discriminatie achterhalen en de daarbij verbonden verantwoordelijkheden identificeren, is allesbehalve eenvoudig. Een eerste stap om dergelijke vormen van systeemdiscriminatie te onderkennen, is het voeren van debat over de gebruikte parameters en de potentieel discriminerende werking van dergelijke systemen. Het voorstel voor een EU-verordening waarin onder meer de gebruikte parameters voor ranking zouden moeten worden opgenomen in algemene voorwaarden van platforms vormt een belangrijke bijdrage aan dat debat.

in strijd met de wet is gehandeld.

⁵⁴ Het College oordeelt in navolging van Hof Leeuwarden 22 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6296 dat Marktplaats een beperkte aansprakelijkheid heeft op grond van art. 6:196c lid 4 BW (r.o. 4.5.).

⁵⁵ Zie voetnoot 14.

⁵⁶ M.J. Vetzo, J.H. Gerards & R. Nehmelman, *Algoritmes en grondrechten*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 200.