



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Prijsdiscriminatie voorbij wettelijke discriminatiegronden

Heidary, K.; Custers, B.H.M.; Rest, J.I. van der

Citation

Heidary, K., Custers, B. H. M., & Rest, J. I. van der. (2025). Prijsdiscriminatie voorbij wettelijke discriminatiegronden. *Nederlands Juristenblad*, 100(5), 326-335. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4252619>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4252619>

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

Prijsdiscriminatie voorbij wettelijke discriminatiegronden

Kimia Heidary, Bart Custers & Jean-Pierre van der Rest¹

Bedrijven personaliseren online prijzen steeds vaker met behulp van consumentendata en algoritmen. Dit kan direct en indirect discriminatie opleveren. Prijspersonalisatie op gronden die niet wettelijk zijn verboden kan echter ook als discriminerend worden ervaren. Dit artikel presenteert de bevindingen van een survey onder 727 Nederlandse consumenten, waarin verschillende niet-verboden gronden werden voorgelegd op basis waarvan prijzen gepersonaliseerd kunnen worden. De perceptie van consumenten blijkt grotendeels overeen te komen met wat momenteel bij wet verboden is, maar er bleken ook enkele ‘nieuwe’ discriminatiegronden te zijn, zoals intelligentie en uiterlijk, die vergelijkbare negatieve reacties uitlokken als wettelijk verboden gronden. Dit roept vragen op over de regulering van gepersonaliseerde prijzen en in hoeverre wetgeving aanpassing behoeft om ethische en sociale normen beter te weerspiegelen, vooral nu het gebruik van prijspersonalisatie naar verwachting in de toekomst zal toenemen.

1. Inleiding

Prijspersonalisatie, het rekenen van verschillende prijzen op basis van persoonlijke kenmerken van consumenten, wordt langzaam maar zeker werkelijkheid. Bedrijven zijn door de toename in persoonlijke data en de ontwikkelingen in technologie die het mogelijk maken deze data te analyseren en op waarde te schatten steeds beter in staat om prijzen te personaliseren op wat zij (denken te) weten over consumenten. Deze data worden geobserveerd, afgeleid uit gedrag of aangeleverd door consumenten zelf en bevatten informatie over iemands koopgedrag, het apparaat type, sociale mediagegevens of zelfs het batterijpercentage van het apparaat dat wordt gebruikt om op het internet te surfen.² Bedrijven kunnen door data te combi-

neren geavanceerde profielen opbouwen en dienovereenkomstig met prijzen experimenteren. Prijspersonalisatie kan daardoor behoorlijk winstgevend zijn voor bedrijven.³

Hoewel bepaalde vormen van prijspersonalisatie diepgeworteld zijn in onze samenleving en veelal niet als problematisch worden gezien – denk aan studenten- en seniorenkorting, of kortingen voor loyale klanten – wordt prijspersonalisatie door consumenten doorgaans als onacceptabel, oneerlijk en onwettig gezien.⁴ Wanneer consumenten van mening zijn dat een prijsstrategie oneerlijk is, vertonen ze negatieve reacties richting het betreffende bedrijf: denk aan lagere intentie om producten te kopen, minder vertrouwen in het bedrijf en negatieve berichten op sociale media.⁵ Bedrijven zijn zich hier overigens maar al te goed bewust van.⁶

Prijspersonalisatie is niet wettelijk verboden, maar het huidige (Europees) wettelijke kader stelt wel bepaalde grenzen met betrekking tot de gronden die mogen worden gebruikt bij het vaststellen van gepersonaliseerde prijzen. Non-discriminatiewetgeving en privacyrecht beschermen bepaalde ‘gevoelige’ kenmerken en fundamentele keuzes die niet kunnen worden veranderd, of in ieder geval niet zonder grote schade aan iemands identiteit, zoals religie, geslacht en seksuele geaardheid.⁷

Bedrijven kunnen door data te combineren geavanceerde profielen opbouwen en dienovereenkomstig met prijzen experimenteren

Rechtsgronden kunnen door de wetgever worden gewijzigd om bestaande normen en percepties in de samenleving beter te weerspiegelen: zo werden handicap en seksuele geaardheid onlangs als wettelijk beschermde discriminatiegronden aan onze Grondwet toegevoegd.⁸

Het gebruik van dergelijke gronden door bedrijven voor het personaliseren van prijzen zou in juridische zin (in)directe discriminatie opleveren en waarschijnlijk negatieve reacties van consumenten uitlokken.⁹ Zelfs als bedrijven zich inspinnen om dergelijke gevoelige data niet mee te nemen in hun analyses, kan de gebruikte technologie indirect toch leiden tot het systematisch benadelen van bepaalde (groepen) consumenten.¹⁰ De wettelijk niet verboden data kunnen immers sterke correlaties vertonen met wettelijk verboden data. Bovendien zouden sommige 'nieuwere' gronden of profielen die kunnen worden gebruikt voor gepersonaliseerde prijzen, zoals intelligentie of browse-activiteiten, een vergelijkbare onveranderlijkheid (lees: gebrek aan controle door de consument) of kwetsbaarheid kunnen opleveren als bestaande wettelijke gronden, hetgeen een argument kan zijn voor verdere wettelijke bescherming.¹¹

Hoewel sommige gronden en de verwerking daarvan worden beschermd onder de wetgeving inzake gegevensbescherming¹² en non-discriminatie,¹³ blijft de vraag hoe goed de wettelijk beschermde gronden aansluiten bij de (on)eerlijkheidsperceptie van de consument en of er in de toekomst mogelijk nieuwe gronden moeten worden verboden – vooral gezien het feit dat deze nieuwe segmentatiecriteria (dat wil zeggen discriminatiegronden die niet wettelijk verboden zijn) nog steeds (onvoorziene) juridisch discriminerende gevolgen kunnen hebben. Dit is nog niet eerder gedaan. Er is wel onderzoek gedaan naar algemene

(on)eerlijkheidspercepties rondom gepersonaliseerde prijzen versus niet-gepersonaliseerde prijzen¹⁴ en specifieke niet-verboden gronden (zoals locatie, toesteltype, aankoopgeschiedenis etc.),¹⁵ maar er ontbreekt een uitgebreid overzicht van de percepties met betrekking tot wettelijk verboden en wettelijk toegestane discriminatiegronden. Ons onderzoek beoogt de bestaande onderzoeken naar de perceptie van consumenten van prijspersonalisatie aan te vullen.

In dit artikel bespreken wij een survey die is gehouden onder Nederlandse consumenten over hun percepties over verschillende gronden en de implicaties van deze bevindingen voor wetgeving. Dit artikel is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 beschrijven we hoe online prijspersonalisatie werkt en schetsen we het huidige wettelijke kader waaruit verboden of beschermde gronden voortvloeien. In paragraaf 3 en 4 presenteren we hoe we te werk zijn gegaan en wat consumenten volgens onze survey vinden van prijspersonalisatie. Vervolgens bespreken we in paragraaf 5 de implicaties van de bevindingen voor het huidige wettelijke kader. Paragraaf 6 biedt conclusies.

2. Wat is prijspersonalisatie? Praktijk en wet
Online prijsdiscriminatie wordt over het algemeen gedefinieerd als het rekenen van verschillende prijzen aan consumenten voor hetzelfde product, op basis van consumentendata. Hierbij is de verklaring voor het prijsverschil niet te vinden in een kostenverschil, bijvoorbeeld hogere verzendkosten voor bepaalde locaties, maar in de informatie die een bedrijf heeft over (potentiële) klanten.¹⁶ De achterliggende ratio bij prijspersonalisatie is dat consumenten variëren in hun bereidheid te betalen voor producten en diensten, omdat zij deze verschillend waarderen.¹⁷ Bedrijven

Auteurs

1. Mr. drs. K. Heidary was als promovenda verbonden aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden en is nu werkzaam bij Kennedy Van der Laan. Dit artikel is geschreven ten tijde van haar aanstelling als promovenda. Prof. mr. dr. ir. B.H.M. Custers is hoogleraar Law and Data Science bij eLaw, het centrum voor recht en digitale technologie van de Universiteit Leiden. Prof. dr. J.I. van der Rest is hoogleraar Bedrijfswetenschappen bij de afdeling Bedrijfswetenschappen van de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden. Dit artikel is een bewerking van recent internationaal gepubliceerd onderzoek: K. Heidary, J.I. Van der Rest & B. Custers, 'Discrimination grounds and personalised pricing: consumer perceptions of fairness, norm alignment, legality, and trust in markets', *Internet Policy Review* 2024, afl. 4, p. 1-37.

Noten

2. In april 2023 vond de Brusselse krant *Dernière Heure* bewijs dat Uber hogere prijzen rekende voor toestellen met een

laag batterijpercentage. Zie voor het onderzoek: Y. Natelhoff, 'Différents tarifs pour une même course: Uber ne met pas tout le monde sur un même pied d'égalité!', 10 april 2023, dhn.be/consol/auto-moto/2023/04/10/differents-tarifs-pour-une-meme-course-uber-ne-met-pas-tout-le-monde-sur-un-meme-pied-degalite-CE3CGQL3EVH6HAIN33NRKM36Q4/. Voor een overzicht van soorten data die kunnen worden verzameld voor prijspersonalisatie, zie OESO, *Personalised Pricing in the Digital Era. Background Note by the Secretariat*, 28 november 2018, p. 11, one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)13/en/pdf.

3. B. Shiller, 'Personalized Price Discrimination Using Big Data', *Working Paper Brandeis University* 2016, p. 1-38.

4. J. Poort & F.J. Zuiderveen Borgesius, 'Does everyone have a price? Understanding people's attitude towards online and offline price discrimination', *Internet Policy Review* 2019, afl. 1, p. 1-20.

5. M.C. Campbell, 'Perceptions of price unfairness. Antecedents and consequences', *Journal of Marketing Research* 1999, afl. 2,

p. 187-199; E. Garbarino & O.F. Lee, 'Dynamic pricing in Internet Retail. Effects on Consumer Trust', *Psychology and Marketing* 2003, afl. 6, p. 495-513.

6. Heidary e.a., 'A qualitative investigation of company perspectives on online price discrimination', *Computer Law & Security Review* 2022, afl. 46p. 1-16.

7. J.A. Clarke, 'Against Immutability', *The Yale Law Journal* 2015, afl. 1, p. 1-102; T. Khaitan, *A Theory of Discrimination Law*, Oxford: Oxford University Press 2015.

8. Art. I en II van de wet van 10 februari 2023 (*Stb.* 2023, 62).

9. Zie ook K. Heidary & B. Custers, 'Online prijsdiscriminatie. Algoritmische prijspersonalisatie in het licht van het discriminatieverbod en consumentenbescherming', *NJB* 2021/2282, afl. 30, p. 2507-2513.

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

11. S. Wachter, 'The Theory of Artificial Immutability. Protecting Algorithmic Groups Under Anti-Discrimination Law', *Tulane Law Review* 2023, afl. 2, online voorpublicatie.

12. Art. 9 en 10 Algemene verordening gegevensbescherming (AVG).

13. In het bijzonder art. 1 Gw en art. 1 Algemene wet gelijke behandeling (Awgb).

14. J. Turov, L. Feldman & K. Meltzer, 'Open to Exploitation: America's Shoppers Online and Offline', *Departmental Papers (ASC)* 2005, p. 1-40; Poort & Zuiderveen Borgesius 2019.

15. A. Priester, T. Robbert & S. Roth, 'A special price just for you: effects of personalized dynamic pricing on consumer fairness perceptions', *Journal of Revenue and Pricing Management* 2020, p. 99-112; G. Hufnagel, M. Schwaiger & L. Weritz, 'Seeking the perfect price: Consumer responses to personalized price discrimination in e-commerce', *Journal of Business Research* 2022, p. 346-365.

16. K. Carroll & D. Coates, 'Teaching Price Discrimination: Some Clarification', *Southern Economic Journal* 1999, afl. 2, p. 466-480.

17. OESO 2018, p. 10.



© Shutterstock

De achterliggende ratio bij prijspersonalisatie is dat consumenten variëren in hun bereidheid te betalen voor producten en diensten, omdat zij deze verschillend waarderen

spelen op deze betalingsbereidheid in en kunnen de prijzen naargelang aanpassen. Dit hoeft niet tot op de cent nauwkeurig te zijn, om van prijspersonalisatie te kunnen spreken.¹⁸

In het personalisatieproces kunnen bedrijven een overvloed aan verschillende consumentengegevens gebruiken. Deze gegevens kunnen door het bedrijf zelf worden geobserveerd (zoals data over de aankoopgeschiedenis of het apparaat waarmee de online aankoop is gedaan), maar kunnen ook door de consument zelf worden aangedragen (bijvoorbeeld naam, adres of geslacht). Gegevens die oorspronkelijk voor andere doeleinden zijn verzameld, kunnen hergebruikt worden.¹⁹ Het is daarbij denkbaar dat er – al dan niet bewust – gronden in de personalisatie sluipen, die eigenlijk wettelijk verboden zijn. Ook kunnen de ondoorzichtigheid en complexiteit van de onderliggende technologie de informatieasymmetrie tussen bedrijven en consumenten vergroten. Bedrijven hebben een dubbele informatievoorsprong omdat zij niet alleen zicht hebben op de consumentendata en de inzichten die hieruit voortvloeien, maar ook beschikken over de kennis dat er prijspersonalisatie binnen de transactie plaatsvindt.²⁰

Het huidige wettelijk kader verbiedt prijspersonalisatie niet expliciet: de enige directe vermelding van de

praktijk is te vinden in artikel 4 EU Richtlijn 2019/2161 (Richtlijn modernisering consumentenrechten),²¹ op grond waarvan bedrijven verplicht zijn het gebruik van geautomatiseerde (lees: zonder menselijke tussenkomst) prijspersonalisatie aan consumenten mede te delen. Het doel van deze bepaling is onder andere om consumenten beter bewust te maken van de risico's die aan een gepersonaliseerde transactie verbonden kunnen zijn.²² Het ontbreken van deze informatie kan mogelijk als misleidende handelspraktijk worden gekwalificeerd, wat een concreet aanknopingspunt vormt voor het reguleren van prijspersonalisatie. De informatieplicht reikt momenteel niet verder dan enkel mededelen dat de prijs is gepersonaliseerd op basis van geautomatiseerde processen. Bedrijven hoeven daarbij niet te vermelden *hoe* de prijs tot stand is gekomen.²³ Het blijft daarom de vraag in hoeverre de geïntroduceerde informatieverplichting daadwerkelijk een hoger niveau van consumentenbescherming gaat bieden.²⁴

Binnen het kader van oneerlijke handelspraktijken biedt de ACM in de Leidraad Bescherming van de online consument enkele concrete handvatten voor het beoordelen van de gevallen die voorbij geoorloofde beïnvloeding gaan en mogelijk oneerlijke handelspraktijken kunnen opleveren.²⁵ Zo oppert de ACM dat bedrijven door middel van gepersonaliseerde prijsmededeling niet ten onrechte de indruk mogen wekken dat een gepersonaliseerde prijs voordeliger is dan het aanbod aan andere consumenten.²⁶ Ook wanneer een bedrijf kennis over kwetsbaarheden van consumenten misbruikt, door bijvoorbeeld in te spelen op financieel kwetsbare consumenten, kan dit mogelijk een oneerlijke handelspraktijk opleveren.²⁷ Naast het consumentenrecht (in het bijzonder het regime van oneerlijke handelspraktijken) zijn er nog twee concrete aanknopingspunten voor beschermde en gevoelige gronden, die bedrijven in principe niet in de analyses mogen

gebruiken. Deze gronden zijn te vinden in non-discriminatiewetgeving en het gegevensbeschermingsrecht.

Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest), de Grondwet en de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) bieden handvatten wat het non-discriminatierecht betreft. Het beginsel van gelijke behandeling is vastgelegd in artikel 21 Handvest, waarin staat dat elke vorm van discriminatie verboden is en een non-limitatieve opsomming van veertien discriminatiegronden wordt geboden. De genoemde discriminatiegronden zijn onder andere geslacht, genetische kenmerken, religie, handicap en leeftijd; allemaal onveranderlijke kenmerken, of in ieder geval kenmerken die niet zonder grote schade aan iemands kernidentiteit kunnen worden veranderd.²⁸ Artikel 1 Grondwet (Gw) biedt een soortgelijke, niet-uitputtende opsomming, zij het met minder voorbeelden. Artikel 1 Gw bepaalt dat alle personen in Nederland onder gelijke omstandigheden gelijk worden behandeld. Discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke overtuiging, ras of geslacht of op welke andere grond dan ook is niet toegestaan. Vanaf 2023 bevat de Nederlandse grondwet twee nieuwe discriminatiegronden: handicap en seksuele geaardheid.²⁹

De Awgb werkt artikel 1 Gw nader uit en verbiedt het maken van onderscheid op basis van een limitatief opgesomd aantal gevoelige criteria in het maatschappelijk verkeer. Artikel 1 Awgb jo. artikel 7 Awgb verbiedt discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. In latere, aanvullende wetgeving zijn aan deze lijst nog enkele aanvullende discriminatiegronden toegevoegd, waaronder handicap of chronische ziekte,³⁰ leeftijd³¹ en type arbeidscontract.³² Het is belangrijk om op te merken dat er in de grondwetten van EU-lidstaten een duidelijk gebrek is aan harmonisatie van discriminatiegron-

In de grondwetten van EU-lidstaten is een gebrek aan harmonisatie van discriminatiegronden

den.³³ Zo zijn vermogen en sociale status beschermde gronden in 11 van de 27 lidstaten, maar worden deze gronden in het Handvest, de Grondwet of de Awgb niet vermeld.

Naast non-discriminatiewetgeving stelt ook het gegevensbeschermingsrecht wettelijke grenzen aan het gebruik van bepaalde gronden bij het personaliseren van prijzen. Ervan uitgaande dat de persoonsgegevens niet geanonimiseerd zijn, is de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) van toepassing op gepersonaliseerde prijspraktijken.³⁴ Op grond van artikel 5 lid 1 sub a AVG dienen persoonsgegevens te worden verwerkt op een wijze die ten aanzien van de betrokkene rechtmatig, behoorlijk en transparant is. Om rechtmatig te zijn, moet een verwerking in ieder geval gebaseerd zijn op een grondslag uit de AVG. Artikel 6 lid 1 AVG geeft een limitatieve opsomming van zes grondslagen voor de verwerking van persoonsgegevens, waarvan drie grondslagen het meest relevant zijn voor de context van prijsdiscriminatie: ondubbelzinnige toestemming van de consument in kwestie (sub a), noodzaak voor de uitvoering van de overeenkomst (sub b) of de behartiging van een gerechtvaardigd belang van de verwerkingsverantwoordelijke, de aanbieder van de gepersonaliseerde prijs (sub f).

In de praktijk zullen bedrijven gegevensverwerking voor prijspersonalisatie waarschijnlijk niet kunnen terugvoeren tot een van de genoemde grondslagen.³⁵ De eis van noodzakelijkheid speelt voor de uitvoering van de

18. OESO 2018, p. 8.

19. B.H.M. Custers & D. Bachlechner, 'Advancing the EU Data Economy. Conditions for Realizing the Full Potential of Data Reuse', *Information Polity* 2018, afl. 4, p. 291-309.

20. K. Heidary, 'Prijspersonalisatie en privacyrecht', in: R. Leuyerink, S.E. Bartels & W.H. van Boom (red.), *Prijs en Privaatrecht. Serie Onderneming en Recht*, nr. 149, Deventer: Wolters Kluwer 2024.

21. Richtlijn (EU) 2019/2161 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en Richtlijnen 98/6/EG, 2005/29/EG en 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft betere handhaving en modernisering van de regels voor consumentenbescherming in de Unie.

22. Overweging 45 Moderniseringsrichtlijn.

23. Het 'hoe' stond overigens wel in een eerdere versie van deze bepaling, maar is in een later stadium weggehaald. Zie Europees

Parlement, IMCO-commissie, *Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993, Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council, Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards better enforcement and modernisation of EU consumer protection rules*, COM(2018)0185 – C8-0143/2018 – 2018/0090(COD), 25 januari 2019, p. 40-41, europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2019-0029_EN.pdf.

24. Zie in dit kader ook W.H. van Boom, J.I. van der Rest, K. van den Bos & M. Dechesne, 'Consumers Beware: Online Personalized Pricing in Action! How the Framing of a Mandated Discriminatory Pricing Disclosure Influences Intention to Purchase', *Social Justice Research* 2020, afl. 3, p. 331-351; en O. Seizov, A.J. Wulf & J. Luzak, 'The transparent trap: A multidisci-

plinary perspective on the design of transparent online disclosures in the EU', *Journal of Consumer Policy* 2019, afl. 1, p. 149-173.

25. ACM, *Leidraad Bescherming van de online consument. Grenzen aan online beïnvloeding*, online, versie mei 2024.

26. Idem, p. 57.

27. Idem, p. 57.

28. Clarke 2015; Khaitan 2015.

29. Rijksoverheid, 'Non-discriminatiegronden Grondwet uitgebreid met handicap en seksuele gerichtheid', 17 januari 2023, rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2023/01/17/non-discriminatiegronden-grondwet-uitgebreid-met-handicap-en-seksuele-gerichtheid.

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

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

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

33. B.H.M. Custers, 'Reconsidering Discrimi-

mination Grounds in the Data Economy. An EU Comparison of National Constitutions', *Computer Law and Security Review* 2023, 50, p. 1-13.

34. Overweging 26 AVG. Sommige vormen van prijspersonalisatie zullen naar verwachting buiten de reikwijdte van de AVG vallen, doordat het niet mogelijk is om de data terug te herleiden naar gebruikers. Zie bijvoorbeeld Z. Li, 'Affinity-based algorithmic pricing: A dilemma for EU data protection law', *Computer Law and Security Review* 2022, afl. 46, p. 1-18.

35. Zie voor een uitgebreide bespreking F.J. Zuiderveen Borgesius & J. Poort, 'Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law', *Journal of Consumer Policy* 2017, afl. 3, p. 347-366. Hierbij speelt ook een rol dat Europese toezichthouders de grondslagen steeds beperkter zijn gaan uitleggen. Zie Q. Kroes, 'De botte bijl van het privacytoezicht', *NJB* 2021/2886, afl. 39, p. 3242-3251.

overeenkomst (sub b) en het behartigen van een gerechtvaardigd belang van de verwerkingsverantwoordelijke (sub f) een belangrijke rol. Dit is wederom bevestigd in het *Meta*-arrest, waar *Meta* zich probeerde te beroepen op grondslagen als basis voor het gebruik van gebruikersgegevens voor uiteenlopende doeleinden, waaronder personalisatie van de dienst.³⁶

Voor de grondslag 'noodzaak voor de uitvoering van de overeenkomst' (artikel 6 sub b AVG), is het onwaarschijnlijk dat verwerking van persoonsgegevens een 'noodzaak' vormt, aangezien hier een hoge drempel voor geldt: het Hof van Justitie van de EU interpreteert 'noodzaak' restrictief.³⁷ Hetzelfde geldt voor de grondslag 'gerechtvaardigd belang': uit vaste rechtspraak van het Hof volgt dat hierbij aan drie cumulatieve voorwaarden moet worden voldaan, namelijk (i) het behartigen van een gerechtvaardigd belang van de verwerkingsverantwoordelijke of een derde, (ii) de noodzakelijkheid van de verwerking voor de behartiging van het gerechtvaardigd belang en (iii) dat de belangen, grondrechten of fundamentele vrijheden van de betrokkenen niet zwaarder mogen wegen dan het gerechtvaardigd belang.³⁸ Hierbij wordt de eis van noodzakelijkheid deels gezien in het licht van het beginsel van dataminimalisatie.³⁹ Bij de belangenafweging (iii) spelen de redelijke verwachtingen van betrokkenen tevens een belangrijke rol.⁴⁰ Deze belangenafweging is tot nu toe in ieder geval steeds in het nadeel van het bedrijf uitgevallen. Waar het verzamelen van data voor reclame of gepersonaliseerd aanbod voor het bedrijf in principe een gerechtvaardigd belang kan opleveren (ad i), zal het onwaarschijnlijk zijn dat de belangen van het bedrijf (hoofdzakelijk commercieel van aard) zwaarder zullen wegen dan de belangen van de consument om niet te worden onderworpen aan gepersonaliseerde prijzen (ad ii en iii).⁴¹ Deze notie is ook terug te vinden in het *Meta*-arrest.⁴²

De resterende grondslag waar het gebruik van persoonsgegevens voor prijspersonalisatie mogelijk op teruggevoerd kan worden, is ondubbelzinnige toestemming van de consument in kwestie (artikel 6 lid 1 sub a AVG). De vereisten hiervoor zijn streng. De AVG vereist een 'vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige wilsuiting waarmee de betrokkene door middel van een verklaring of een ondubbelzinnige actieve handeling hem betreffende verwerking van persoonsgegevens aanvaardt'.⁴³ Uit onderzoek is herhaaldelijk gebleken dat consumenten gepersonaliseerde prijzen afkeuren,⁴⁴ wat het aannemelijk maakt dat een bedrijf dit liever niet expliciet aan de consument vertelt en het gebruik van gepersonaliseerde prijzen in privacyverklaringen verschuilt in verwoordingen als 'we gebruiken persoonlijke gegevens om betere gepersonaliseerde diensten aan te bieden'.⁴⁵ Dit is echter niet voldoende 'expliciet' en 'specifiek', zoals vereist in artikel 5 lid 1 sub b AVG.⁴⁶ Bijgevolg kan toestemming niet als vrij gegeven of specifiek worden beschouwd.⁴⁷ Dit bemoeilijkt de route van uitdrukkelijke toestemming als basis voor het verwerken van persoonsgegevens voor prijsdiscriminatie, vooral wanneer consumenten geen volledig inzicht hebben in de werking van prijsdiscriminatie en de impact die deze praktijk zou kunnen hebben op hun fundamentele rechten.⁴⁸

De AVG voorziet in twee aanvullende routes die prijsdiscriminatie mogelijk kunnen begrenzen. Ten eerste verbieden artikel 9 en 10 AVG de verwerking van 'gevoelige' persoonsgegevens, namelijk het lidmaatschap van een

Niet-wettelijk verboden data kunnen sterke associaties vertonen met gevoelige of wettelijke verboden data

vakbond, genetische en biometrische gegevens, gezondheidsgegevens en strafrechtelijke veroordelingen, tenzij de uitzonderingen van artikel 9 lid 2 AVG van toepassing zijn. Een van die uitzonderingen is opnieuw uitdrukkelijke toestemming van de consument voor de verwerking van deze gegevens (artikel 9 lid 2 sub a AVG). Ten tweede hebben consumenten op grond van artikel 22 lid 1 AVG het recht om niet te worden onderworpen aan een besluit dat uitsluitend is gebaseerd op geautomatiseerde gegevensverwerking, waaronder profilering. In de literatuur heerst momenteel nog discussie over de vraag of artikel 22 AVG daadwerkelijk van toepassing is op gepersonaliseerde prijzen.⁴⁹ Artikel 9 lid 2 sub a en 22 lid 2 sub c vereisen beide in ieder geval expliciete toestemming van de consument. Afgaande op de huidige negatieve percepties rondom deze praktijk is het nog maar de vraag of consumenten zouden instemmen met het gebruik van hun persoonlijke gegevens voor prijsdiscriminatie. Hierbij komt ook dat consumenten in de meeste gevallen akkoord gaan zonder de privacyverklaring en algemene voorwaarden daadwerkelijk te lezen. In de huidige situatie is de rol van geïnformeerde en expliciete toestemming als effectieve begrenzing op prijsdiscriminatie nog beperkt.

Het gebruik van wettelijk verboden gronden kan directe en indirecte discriminatie opleveren. Onder het huidige regime is zowel directe als indirecte discriminatie verboden. Bij directe discriminatie is het verboden criterium doorslaggevend voor de ongelijke behandeling.⁵⁰ Indirecte discriminatie vindt plaats wanneer een ogenschijnlijk neutrale maatstaf of handelswijze tot discriminatie op basis van een wettelijk verboden grond leidt. Wanneer een bedrijf bijvoorbeeld onderscheid maakt op basis van postcode, een wettelijk toegestaan criterium, kan dit sterk gecorreleerd zijn aan etniciteit en daarmee indirect leiden tot onderscheid op etnische afkomst, een wettelijk verboden criterium.⁵¹ Niet-wettelijk verboden data kunnen sterke associaties vertonen met gevoelige of wettelijke verboden data. Bedrijven kunnen daarmee onbewust toch wettelijk verboden onderscheid maken tussen consumenten, maar zich ook bewust verschuilen achter wettelijk toegestane data. Door de complexiteit van de technologie die wordt ingezet voor prijspersonalisatie, kan het lastig zijn om de praktijk te herkennen en te achterhalen waar het prijsverschil nu eigenlijk op is gebaseerd.

3. Methode

Om de perceptie van consumenten over verschillende redenen voor gepersonaliseerde prijzen te onderzoeken, hebben we via een panelservice een grootschalige enquête uitgezet onder de Nederlandse bevolking van achttien jaar en ouder. De vragenlijst is volledig ingevuld door 727 respondenten, die een beloning van € 2,25 kregen voor hun deelname. De

gemiddelde leeftijd was 34,6 jaar en 62,7% was vrouw. Ruim de helft van de respondenten had een hogere opleiding genoten (68,7% een hbo-opleiding of hoger) en 31,3% van alle respondenten gaf aan een bruto huishoudinkomen te hebben van meer dan € 50.000 per jaar.

Aan de respondenten werden eerst demografische vragen gesteld (dat wil zeggen leeftijd, geslacht, inkomen, opleidingsniveau), waarna ze een informatiepagina te zien kregen met uitleg over de opzet van de survey. Op deze pagina werd uitgelegd dat bedrijven steeds vaker experimenteren met prijzen die kunnen resulteren in een hogere of lagere prijs voor verschillende consumenten, en dat de respondenten op de volgende pagina verschillende gronden te zien kregen waarop bedrijven prijzen kunnen segmenteren. Bij iedere grond stonden enkele voorbeelden. Bijvoorbeeld bij 'religie': christen, moslim, jood, atheïst etc.

We legden de respondenten een lijst van vijftiengronden discriminatiegronden voor, gebaseerd op de Nederlandse en Europese wettelijke kaders, anekdotisch bewijs van gepersonaliseerde prijzen en 'nieuwe' gronden die in de literatuur worden genoemd. Elke respondent kreeg hieruit vijf gronden te zien. De gronden werden dus in vijf groepen verdeeld, met in iedere groep een gelijke combinatie van wettelijke en niet-wettelijke gronden. Tabel 1 geeft een overzicht van de vijftiengronden en vijf groepen. De consumentenpercepties hebben we vervolgens uitgevraagd aan de hand van vijf dimensies: (1) eerlijkheid ('Het gebruik van deze grond voor het vaststellen van prijzen is eerlijk'); (2) overeenkomst met persoonlijke normen ('Persoonlijk vind ik het acceptabel om prijzen op deze grond te baseren'); (3) overeenkomst met sociale normen ('In de samenleving wordt het aanvaardbaar geacht om prijzen op deze grond te baseren'); (4) wettelijkheid ('Het gebruik van deze grond voor het vaststellen van prijzen moet wettelijk verboden worden'); en (5) vertrouwen in de digitale markt ('Het gebruik van deze grond voor het vaststellen van prijzen zou mijn vertrouwen in de markt verminderen'). Voor alle vragen werd gebruikt gemaakt van een 7-punts-antwoordschaal, waarbij 1 stond voor 'helemaal mee oneens' en 7 voor 'helemaal mee eens'.

4. Bevindingen

Aan het rapporteren van de percepties van online prijspersonalisatie en de gronden die hiervoor worden gebruikt, gingen enkele statistische analyses vooraf zoals een controle op eventuele verschillen in de samenstelling van de deelnemers in de vijf groepen (die bleken er niet te zijn). In deze paragraaf worden eerst de algemene percepties rondom prijspersonalisatie besproken. Daarna volgt een *ranking* van de gronden langs de eerdergenoemde vijf dimensies. Tot slot bespreken we enkele opvallende resultaten uit de enquête.

4.1 Algemene percepties prijspersonalisatie

Respondenten hebben over het algemeen een negatieve houding ten opzichte van gepersonaliseerde prijzen: Van de respondenten vindt 74,3% dit fenomeen oneerlijk, met een gemiddelde score van 2,47 op een schaal van 1 tot 7. Zij zijn het over het algemeen oneens met de stelling dat het aanvaardbaar, eerlijk en redelijk is wanneer een online winkel verschillende prijzen aan consumenten in rekening brengt op basis van persoonlijke gegevens. Gevraagd naar solidariteit, dat wil zeggen of het acceptabel is om mensen met een grotere bereidheid een hogere prijs te laten betalen, reageerde 56% van de respondenten ontkennend met een gemiddelde antwoordscore van 3,09. Respondenten die aangaven een hoger inkomen te hebben, vonden het minder acceptabel om hogere prijzen te vragen voor mensen met een hogere betalingsbereidheid.

4.2 Ranking van discriminatiegronden

Respondenten werd gevraagd om voor vijf (wettelijk verboden en wettelijk toegestaan) gronden aan te geven hoe eerlijk zij deze gronden vinden, in hoeverre het gebruik van deze gronden aansluit bij hun persoonlijke normen en (percepties van) sociale normen, of het gebruik van deze gronden wettelijk verboden zou moeten worden en in hoeverre het gebruik van deze gronden hun vertrouwen in de digitale markt aantast. Figuur 1 schetst een overzicht.

36. HvJ EU 4 juli 2023, C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537 (*Meta/Bundeskartellamt*).

37. Zuiderveen Borgesius & Poort 2017; EDPB, *Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects*, § 25, edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_en.pdf.

38. HvJ EU 4 juli 2023, C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537 (*Meta/Bundeskartellamt*), § 106.

39. Art. 5 lid 1 sub c AVG. Zie ook HvJ EU 4 juli 2023, C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537 (*Meta/Bundeskartellamt*), § 109.

40. Overweging 47 AVG. Zie ook HvJ EU 4 juli 2023, C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537 (*Meta/Bundeskartellamt*), § 112.

41. Article 29 Working Party, *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC*, 844/14/EN (WP 217), 2014, p. 32, ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf.

42. HvJ EU 4 juli 2023, C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537 (*Meta/Bundeskartellamt*), § 115-118.

43. Art. 4 lid 11 en 7 AVG.

44. Zie bijvoorbeeld Poort & Zuiderveen Borgesius 2019.

45. Zie bijvoorbeeld de privacyverklaring van Uber: uber.com/nl/en/privacy-notice-riders-order-recipients/

46. Art. 29 Working Party, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, 00569/13/EN (WP 203), 2013, p. 16, ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-

recommendation/files/2013/wp203_en.pdf.

47. The European Consumer Organisation [BEUC], *Each consumer a separate market?* BEUC position paper on personalised pricing, 2023, p. 16, beuc.eu/sites/default/files/publications/BEUC-X-2023-097_Price_personalisation.pdf.

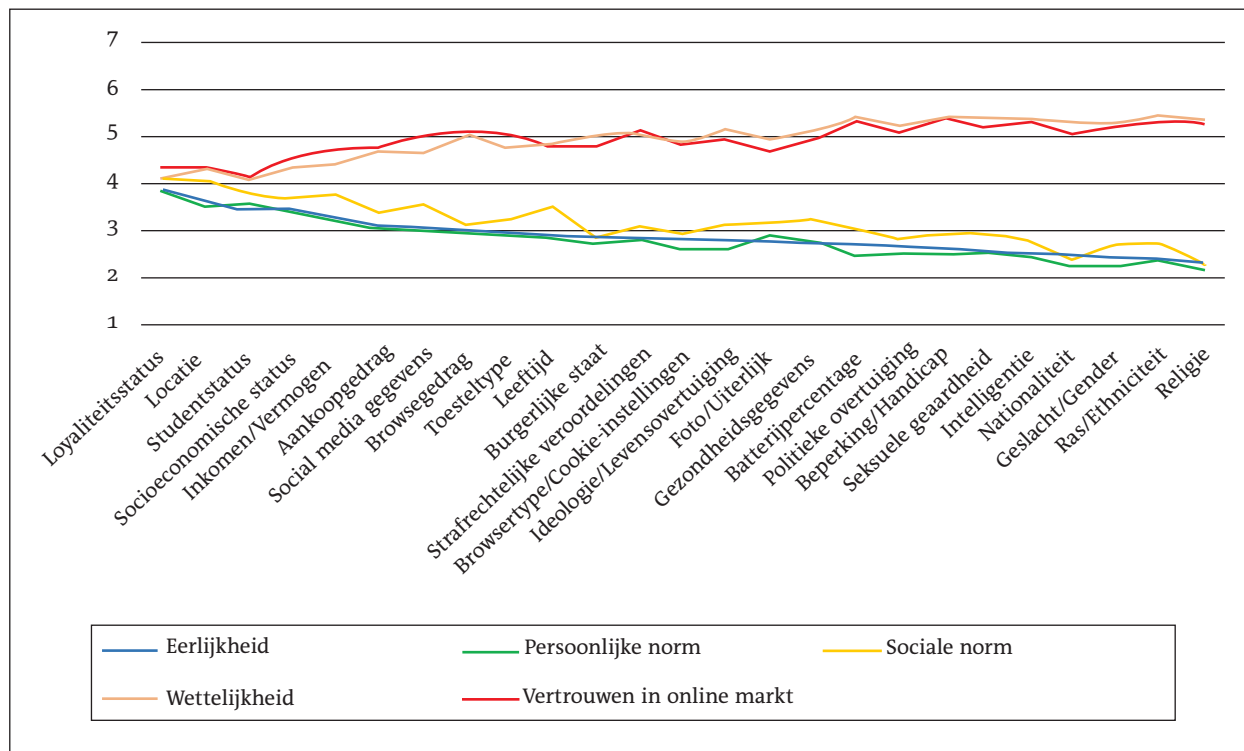
48. BEUC 2023, p. 16.

49. Zuiderveen Borgesius & Poort 2017; B. Wong, 'Online personalised pricing as prohibited automated decision-making under Article 22 GDPR: a sceptical view', *Information & Communications Technology Law* 2021, 30, p. 193-207.

50. Zie bijvoorbeeld twee zaken van het College van de Rechten van de Mens, waarbij werd geoordeeld dat het hanteren van verschillende kapperstarieven voor mannen en vrouwen voor behandelingen

die qua duur en inhoud gelijk waren, direct verboden onderscheid op basis van geslacht oplevert, mensenrechten.nl/nl/nieuws/college-oordeelt-over-verschil-kapperstarieven-voor-mannen-en-vrouwen.

51. Zie ook het voorbeeld van The Princeton Review, een Amerikaans online bijlesbedrijf dat verschillende tarieven rekende voor verschillende postcodes in de VS. Uit een vervolgonderzoek bleek dat klanten met een Aziatische achtergrond vaak een hogere prijs betaalden voor de bijlessen van hun kinderen. Zie voor het onderzoek J. Larson, S. Mattu & J. Angwin, *Unintended Consequences of Geographic Targeting*, 1 september 2015, static.propublica.org/projects/princeton-review/princeton-review-methodology.pdf.



Figuur 1. Overzicht van percepties rondom prijspersonalisatie

Allereerst hebben we gevraagd in hoeverre respondenten het gebruik van de voorgelegde gronden eerlijk vonden. In lijn met eerder onderzoek, waaruit bleek dat consumenten vaak alle vormen van prijspersonalisatie oneerlijk vinden,⁵² zien we ook hier dat alle gronden als oneerlijk worden ervaren – dat wil zeggen dat de gronden allemaal onder de 4 scoorden (op een 7-puntsschaal). Van alle gronden worden loyaliteitsstatus, locatie en studentstatus als het minst oneerlijk gezien. Religie komt naar voren als de meest oneerlijke grond, met nationaliteit en geslacht op gedeelde tweede plaats en etniciteit op de derde plaats.⁵³

Ten aanzien van de vraag of het gebruik van een bepaalde grond in lijn is met het persoonlijke normenkader, zien we een vergelijkbaar patroon met dat van eerlijkhedpercepties. Alle gronden krijgen een score lager dan 4 op de 7-puntsschaal. Het gebruik van deze gronden sluit niet aan op persoonlijke normen. De gronden die het minst overeenkomen met de persoonlijke normen van respondenten, zijn religie, geslacht en etniciteit. Loyaliteitsstatus, studentstatus en locatie vertonen het minst discrepantie met persoonlijke normen.

Op de vraag in hoeverre het gebruik van een bepaalde grond in lijn is met de geldende sociale norm, zien we een klein verschil met persoonlijke normen: de scores voor sociale normen liggen iets hoger dan voor de persoonlijke normen. Respondenten lijken dus te denken dat de acceptatie van het gebruik voor discriminatiegronden voor personalisatie in de maatschappij hoger ligt dan hun eigen acceptatieniveau. De grootste verschillen tussen de sociale norm en persoonlijke norm zijn te vinden bij religie, etniciteit en geslacht. Loyaliteitsstatus, locatie en studentstatus komen het meest overeen met sociale normen, maar scores nog steeds onder de 4 op de 7-puntsschaal.

De vraag in hoeverre het gebruik van bepaalde gronden wettelijk verboden zou moeten worden, werd als volgt beantwoord. De drie gronden die als meest illegaal worden gezien, zijn nationaliteit, gezondheidsgegevens

Respondenten lijken te denken dat de acceptatie van het gebruik voor discriminatiegronden voor personalisatie in de maatschappij hoger ligt dan hun eigen acceptatieniveau

en intelligentie. Studentstatus, loyaliteitsstatus en locatie werden als het minst illegaal gepercipieerd, maar scoorden nog steeds hoger dan 4 op de 7-puntsschaal. Respondenten zijn het er dus meer mee eens dan oneens dat alle gepresenteerde gronden wettelijk verboden zouden moeten worden.

Ten slotte hebben we respondenten gevraagd om aan te geven in hoeverre het gebruik van bepaalde gronden het vertrouwen in de online markt zou aantasten. Het gebruik van politieke overtuigingen en/of voorkeuren, nationaliteit en intelligentie komen naar voren als de top drie van gronden die tot een verlies in vertrouwen zouden leiden. Studentstatus, loyaliteitsstatus en locatie leiden tot het minst verlies in vertrouwen, al scores deze gronden

nog steeds hoger dan 4 op de 7-puntsschaal, hetgeen betekent dat zij evengoed tot een verlies in vertrouwen leiden.

4.3 Overige bevindingen

Aanvullend hebben we gekeken naar verschillen tussen wettelijk verboden gronden en gronden die wettelijk niet verboden zijn. Wettelijke verboden gronden worden als oneerlijker ervaren dan niet verboden gronden (Gem=2,62 vs. Gem=3,05), en minder in lijn met zowel persoonlijke normen (Gem=2,53 vs. Gem=2,99) als sociale normen (Gem=2,82 vs. Gem=3,42). Wettelijke gronden worden daarnaast als minder toelaatbaar beschouwd dan niet verboden gronden (Gem=5,21 vs. Gem=4,75) en leiden tot een groter verlies in vertrouwen (Gem=5,11 vs. Gem=4,79).

We hebben tevens onderscheid gemaakt tussen onveranderlijke en (technisch) veranderlijke gronden. Per categorie hebben we drie gronden geanalyseerd. We namen etniciteit, seksuele geaardheid en intelligentie als onveranderlijk; etniciteit en seksuele geaardheid zijn wettelijk beschermde gronden, intelligentie niet. Browsertype, batterijpercentage en toesteltype kozen we als veranderlijke gronden. We vinden significante verschillen tussen de gronden: onveranderlijke gronden worden als oneerlijker beschouwd dan veranderlijke gronden (Gem=2,53 vs. Gem=2,82), minder in lijn met persoonlijke normen (Gem=2,40 vs. Gem=2,72), en minder in lijn met sociale normen (Gem=2,68 vs. Gem=3,10). Onveranderlijke gronden worden bovendien als illegaler beschouwd dan veranderlijke gronden (Gem=5,30 vs. Gem=4,93) en tasten het vertrouwen van de respondenten in de markt eerder aan (Gem=5,16 vs. Gem=4,93).

5. Implicaties voor het huidige wettelijk kader

Het doel van dit onderzoek was om een dieper inzicht te verkrijgen in huidige percepties van consumenten over discriminatiegronden die kunnen worden gebruikt om prijzen te personaliseren en om te onderzoeken of er een kloof bestaat tussen de percepties omtrent gronden die wettelijk verboden zijn en gronden die dat (nog) niet zijn. Door beide typen gronden te combineren, kan worden beoordeeld in hoeverre het huidige wettelijk kader aansluit bij de maatschappelijke percepties en of gronden die niet wettelijk verboden zijn vergelijkbare reacties oproepen als gronden die wel wettelijk verboden zijn.

We constateren dat er nogal wat overlap bestaat tussen de percepties van consumenten over oneerlijkheid en illegaliteit. De gronden die respondenten het meest oneerlijk vinden, zijn ook de gronden die volgens hen de meeste wettelijke bescherming nodig hebben. Dit is grotendeels consistent met wat al is vastgelegd in de anti-discriminatiewetgeving en gegevensbeschermingswetgeving. Van de gronden die niet wettelijk verboden zijn, scoorden intelligentie en uiterlijk relatief hoog op oneerlijkheid en laag op de aansluiting met persoonlijke en sociale normen. Het personaliseren van prijzen op basis van browsertype en batterijpercentage scoorde ook relatief hoog op dit vlak.

De survey laat zien dat alle gronden minder slecht aansluiten bij de sociale norm dan de persoonlijke norm. Kennelijk wordt prijsdiscriminatie gezien als meer sociaal aanvaardbaar dan persoonlijk aanvaardbaar. Dit suggereert

dat deelnemers zichzelf kritischer vinden dan de samenleving. Percepties over het niet-aansluiten bij de sociale norm kunnen verstrekkende negatieve gevolgen hebben voor bedrijven en de digitale markt. Voor dit laatste hebben we de dimensie 'vertrouwen in de markt' opgenomen om te beoordelen in hoeverre het gebruik van een grond zou leiden tot verlies van vertrouwen. We ontdekten dat het gebruik van gronden die het minst in overeenstemming waren met de sociale normen en als het meest illegaal werden gepercipieerd, gepaard ging met een groter (zelf gerapporteerd) verlies van vertrouwen in de digitale markt. 'Nieuwere' gronden die hoog scoorden op afwijkende normen, zoals intelligentie en uiterlijk, lieten een vergelijkbare trend zien.

Percepties over het niet-aansluiten bij de sociale norm kunnen verstrekkende negatieve gevolgen hebben voor bedrijven en de digitale markt

Vanuit juridisch perspectief is het interessant om in te zoomen op de gronden die nog niet wettelijk verboden zijn, maar wel als oneerlijk en in strijd met persoonlijke en sociale normen worden ervaren. Dit zijn intelligentie, uiterlijk, batterijpercentage en browsertype. Voor deze gronden kan worden overwogen ze in de wetgeving op te nemen als verboden gronden. Hier zijn op zijn minst twee argumenten voor.

Een eerste argument is gebaseerd op het standpunt dat de wet een codificatie is van sociale normen. Het recht is geen statisch systeem, maar verandert in de loop van de tijd en weerspiegelt veranderingen in normen en percepties in de samenleving. Als sociale normen en percepties veranderen, in dit geval omdat nieuwe technologieën nieuwe gronden voor (prijs)discriminatie mogelijk maken, kan dit voldoende reden zijn om de wetgeving dienovereenkomstig aan te passen. Het wettelijk verbieden van discriminatiegronden die door mensen als oneerlijk worden beschouwd, zou een verdere afstemming tussen het rechtssysteem en sociale normen en percepties betekenen. In wezen is dit een rechtvaardigheidsargument, dat het sterkst van toepassing is op inherent onveranderlijke persoonlijke kenmerken. Intelligentie en uiterlijk zouden zich goed lenen voor een dergelijk verbod.

Hoewel het reguleren van het gebruik van gronden als intelligentie (of opleidingsniveau) en uiterlijk voor

52. Zie bijvoorbeeld Turow e.a. 2005; Poort & Zuiderveen Borgesius 2019. en vertrouwen in markt), verwijzen wij graag naar het Engelstalige artikel; zie

53. Voor de volledige ranking en scores per dimensie (eerlijkheid, persoonlijke normen, sociale normen, wettelijkheid) Heidary, Van der Rest & Custers 2024 (voetnoot 1).

Het verbieden van discriminatiegronden die door mensen als oneerlijk worden beschouwd, zou een verdere afstemming tussen het rechtssysteem en sociale normen en percepties betekenen

sommigen wellicht nogal vergezocht klinkt, achten wij dit het verkennen zeker waard op basis van onze bevindingen en enkele ontwikkelingen die momenteel plaatsvinden. Het College voor de Rechten van de Mens adviseerde recent om vormen van onderscheid op opleidingsniveau te verbieden en opleiding aan te merken als mogelijke discriminatiegrond in antidiscriminatiewetgeving.⁵⁴ Dit is een reactie op onder andere het beleid van verzekeraar Promovendum, die zich enkel richt op hoger opgeleiden, en cafés die mbo-studenten toegang weigerden: een dergelijk onderscheid kan leiden tot een 'ongewenste tweedeling in de samenleving', aldus het College.⁵⁵ Ook onderscheid op basis van uiterlijk roept vergelijkbare juridische vragen op.⁵⁶

Een tweede argument om wetswijziging te overwegen is gebaseerd op een meer economisch perspectief: een gebrek aan bescherming van gronden voor prijsdiscriminatie die als oneerlijk worden beschouwd, zou volgens onze surveyresultaten ook leiden tot een verlies aan vertrouwen in de markt.⁵⁷ Afgezien van onrechtvaardigheid op individueel niveau is er dus ook sprake van een economisch effect dat voor de wetgever een argument kan zijn in te grijpen en bescherming te bieden door middel van regulering.

Tegelijkertijd zijn er ook nadelen aan het uitbreiden van de lijst met discriminatiegronden in de wetgeving. Ten eerste laat het huidige gebrek aan harmonisatie van gronden in de EU-lidstaten zien dat er geen gedeeld begrip van rechtvaardigheid bestaat, of in ieder geval geen overeenstemming, over welke gronden bescherming behoeven.⁵⁸ Ten tweede maakt het snelle tempo waarin de technologie zich ontwikkelt het moeilijk te voorspellen welke nieuwe gronden in te toekomst als problematisch worden gezien, zodat dit mogelijk geen duurzame oplossing is. Ten derde is de vraag in welke mate wettelijke regulering deze ontwikkelingen kan bijhouden. Wetswijzigingen kosten immers veel tijd. Ten vierde lijkt het steeds nieuwe gronden aan de lijst toevoegen een vorm van symptoombestrijding. Ten vijfde is er het risico dat met een steeds langere lijst van wettelijk verboden discriminatiegronden de bescherming verwatert, omdat onduidelijk kan zijn wat het belang van bepaalde gronden is en omdat naleving steeds moeilijker wordt. Ten zesde is handhaving problematisch: bedrijven kunnen met de huidige technologie immers eenvoudig manieren vinden om verboden gronden te omzeilen door gebruik te maken van *proxies*. Indirecte discriminatie is nu al moeilijk te detecteren en te handhaven en dat wordt er in de toekomst niet beter op.⁵⁹

Naast deze meer algemene nadelen, zijn er bij bepaalde gronden ook nog inhoudelijke complicaties. Van alle niet verboden gronden in onze survey kreeg prijspersonalisatie op basis van intelligentie en uiterlijk de meest negatieve reacties. Intelligentie en uiterlijk zijn beide (technisch) onveranderlijk, of in ieder geval niet veranderlijk zonder veel moeite. Discriminatie op basis van intelligentie of uiterlijk is niet wettelijk verboden en komt dagelijks voor.⁶⁰ Foto's worden niet alleen beschouwd als biometrische gegevens,⁶¹ maar onthullen gemakkelijk allerlei fysieke kenmerken, zoals ras, religie, gezondheid en etniciteit. Hoewel intelligentie voor een groot deel aangeboren is, kunnen omgevingsfactoren zoals een hoge sociaaleconomische status bijdragen aan de ontwikkeling van intellectuele vaardigheden, en andersom: intelligente individuen bereiken vaak een hoger opleidingsniveau, een hogere beroepsstatus, een hoger inkomen en zelfs betere gezondheidsuitkomsten.⁶² Omdat gegevens echter zo sterk met elkaar verweven zijn, zou het moeilijk zijn te onderbouwen waarom precies deze twee gronden aan het bestaande wettelijke kader zouden moeten worden toegevoegd.⁶³

Omdat voor bedrijven de meerwaarde van prijspersonalisatie vooral zit in het creëren van grotere winstmarges, is sociaaleconomische status een relevante grond. Uit onze bevindingen komt sociaaleconomische status naar voren als een relatief aanvaardbare – of minder onaanvaardbare – grond om prijzen op te baseren. De sociaaleconomische status en de gewenste bescherming ervan zijn een punt van discussie tussen de EU-lidstaten.⁶⁴ Sociaaleconomische status wordt (nog) niet juridisch beschermd in de Nederlandse Grondwet, onder meer omdat er nog steeds geen consensus bestaat over de vraag of het een inherent of onveranderlijk kenmerk is.⁶⁵ Het effect van prijspersonalisatie op de consumentenwelvaart is ambigu.⁶⁶ In sommige gevallen zou het nuttig kunnen zijn om onderscheid te maken tussen consumenten en hun sociaaleconomische positie, omdat het bepaalde consumenten toegang zou kunnen geven tot een product of dienst die zij zich – vanwege hun sociaaleconomische positie – anders niet hadden kunnen veroorloven. De kwetsbaarheden die gepaard gaan met het behoren tot een bepaalde sociaaleconomische klasse (bijvoorbeeld een laag niveau van digitale geletterdheid) kunnen worden uitgebuut door bedrijven.⁶⁷

Bovendien zijn sociaaleconomische status en sociale klasse sterk verweven met gevoelige gegevens zoals politieke voorkeuren en etniciteit.⁶⁸ Er zal daarom een analyse per geval moeten plaatsvinden, waarbij de nadruk ligt op de manier waarop bepaalde gegevens worden gebruikt bij gepersonaliseerde prijzen, in plaats van op het soort gegevens.

Als uit dergelijke analyses de noodzaak zou blijken om nieuwe discriminatiegronden in de wetgeving op te nemen, hoeft dit niet noodzakelijkerwijs te gebeuren in formele wetgeving, zoals internationale verdragen, nationale grondwetten of secundaire wetten. De niet-uitputtende opsomming van discriminatiegronden (zoals 'op welke grond dan ook', artikel 1 Gw) in veel rechtsinstrumenten stelt rechters en rechtbanken reeds in staat om nieuwe gronden in bepaalde contexten als onwettig te kwalificeren, al lijken rechters terughoudend met het creëren van

De niet-uitputtende opsomming van discriminatiegronden (zoals ‘op welke grond dan ook’, artikel 1 Gw) in veel rechtsinstrumenten stelt rechters reeds in staat om nieuwe gronden in bepaalde contexten als onwettig te kwalificeren

nieuwe gronden via jurisprudentie. Verdere regulering kan natuurlijk ook via lagere regelgeving en beleidsmaatregelen in plaats van via wetswijzigingen. Bovendien zijn er inmiddels ook enkele wetenschappers die het huidige systeem van lijsten met discriminatiegronden ter discussie stellen.⁵⁴ Zij stellen voor om ook andere vormen van wetgeving te onderzoeken, waarbij de nadruk niet ligt op lijsten van discriminatiegronden (input vooraf), maar op de risico's en schade van de discriminerende beslissingen (output achteraf).

6. Conclusie

Het gebruik van prijspersonalisatie is niet bij wet verboden, maar de wet stelt wel grenzen aan de gronden die mogen worden toegepast. Het consumentenrecht (in het bijzonder de wet- en regelgeving tegen oneerlijke handelspraktijken), non-discriminatiewetgeving en het gegevensbeschermingsrecht bieden handvatten voor het gebruik van bepaalde gronden voor prijsdiscriminatie. In de context van prijspersonalisatie zit er weinig licht tussen recht (de wettelijk verboden gronden) en ethiek (de gronden die men oneerlijk of onaanvaardbaar vindt). Voor alle gronden is de acceptatie laag; het gaat er dus niet om wat respondenten rechtvaardig vinden, maar wat zij minder onrechtvaardig vinden. Er zijn enkele

‘nieuwe’ gronden (zoals intelligentie en uiterlijk) die sterk negatieve reacties oproepen, vergelijkbaar met wettelijk beschermde gronden.

Dit roept de vraag op of nieuwe gronden in toekomstige wetgeving moeten worden opgenomen. Hoewel uitgebreide bescherming van deze nieuwe discriminatiegronden de moeite waard is om te overwegen, zowel op basis van rechtvaardigheidsargumenten als economische argumenten, is het uitbreiden van de lijst van discriminatiegronden in de wetgeving wellicht niet de manier om gelijke tred te houden met de snelheid waarmee ‘nieuwe’ gronden zich aandienen. Een almaar groeiende lijst van discriminatiegronden kan de bescherming die zij beoogt te bieden juist afzwakken, omdat deze moeilijk af te dwingen en gemakkelijk te omzeilen is. Bovendien kan de aanvaardbaarheid van veel gronden afhankelijk zijn van de context. Voordat de wetgeving wordt gewijzigd, is het daarom belangrijk om specifieke scenario's en contextafhankelijkheden verder te onderzoeken. Hieruit kan blijken waar verdere juridische bescherming nodig is. Deze rechtsbescherming kan worden geboden door nieuwe discriminatiegronden in de wetgeving op te nemen, maar als alternatief is het ook mogelijk om de regelgeving te richten op de potentiële risico's en schade die deze praktijken veroorzaken. •

54. College voor de Rechten van de Mens, *Wetgevingsadvies mogelijkheid tot opname van de grond 'opleidingsniveau' in de Algemene wet gelijke behandeling*, 2024, publicaties.mensenrechten.nl/publicatie/e6986ac9-f2b2-4f91-be38-b1f0912a8b44.

55. College voor de Rechten van de Mens 2024. In 2022 werd een motie ingediend met het verzoek aan de regering om een voorstel te doen hoe opleidingsniveau als discriminatiegrond kan worden toegevoegd aan de Awgb. Ook zijn er Kamervragen gesteld over het onderscheid op basis van opleidingsniveau. Zie *Kamerstukken II 2022/23*, 36200-VIII, nr. 91; *Aanhangsel Handelingen II 2022/23*, 1114, nr. 639.

56. Zie bijvoorbeeld R. Oosterbaan & M. Rosdorff, 'Discriminatie op basis van uiterlijk is overal. Mooie mensen worden eerder aangenomen' [podcastaflevering], 1 augustus

2021, nporadio1.nl/nieuws/binnenland/4139c6e2-7894-4662-bf4e-fea2bf16d85b/discriminatie-op-basis-van- uiterlijk-is-overal-mooie-mensen-worden-eerder-aangenomen.

57. Zie in dit kader ook F.B. Cross, 'Law and Trust', *The Georgetown Law Journal*, 2005, afl. 5, p. 1457-1546.

58. Custers 2023.

59. Zie in dit kader F.J. Zuiderveen Borgesius, *Discrimination, Artificial Intelligence and Algorithmic Decision-Making*, 2018, rm.coe.int/discrimination-artificial-intelligence-and-algorithmic-decision-making/1680925d73.

60. S. Tannock, 'The Problem of Education-Based Discrimination', *British Journal of Sociology of Education* 2008, afl. 5, p. 439-449; J. Visser, 'Lees dit. Je bent toch niet dom?!', *De Correspondent* 1 april 2022; X. Liu, 'Discrimination and Lookism',

in: K. Lippert-Rasmussen (red.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*, Londen: Routledge 2017, p. 276-288.

61. Overweging 51 AVG.

62. T. Deckers e.a., 'Economic Status and Inequalities in Children's IQ and Economic Preferences', *IZA Discussion Paper Series* 2017, 11158, p. 1-60; H. Bosma e.a., 'To what extent does IQ "explain" socio-economic variations in function?', *BMC Public Health* 2007, 7:179, p. 1-10.

63. D.J. Solove, 'Data Is What Data Does: Regulating Use, Harm, and Risk Instead of Sensitive Data', *Northwestern University Law Review* 2023, afl. 4, p. 1-51.

64. S. Ganty & J.C. Benito Sanchez, *Expanding the List of Protected Grounds within Anti-Discrimination Law in the EU. An Equinet Report*, [\[the-List-of-Grounds-in-Non-discrimination-Law_Equinet-Report.pdf\]\(https://equineteurope.org/wp-content/uploads/2022/03/Expanding-the-List-of-Grounds-in-Non-discrimination-Law_Equinet-Report.pdf\).](https://equineteurope.org/wp-content/uploads/2022/03/Expanding-</p></div><div data-bbox=)

65. *Kamerstukken II 2020/21*, 32411, nr. 34, p. 7.

66. J.M. Elegido, 'The Ethics of Price Discrimination', *Business Ethics Quarterly* 2011, afl. 4, p. 633-660.

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

68. O.H. Gandy, *Coming to Terms with Chance. Engaging Rational Discrimination and Cumulative Disadvantage*, Londen: Routledge 2009.

69. Solove 2023; Custers 2023.