

# VU Research Portal

## Toezicht en toezichthouders op Big Tech: nog geen algoritme in zicht

Sauter, Wolf

**published in**

Markt en Mededinging  
2019

**DOI (link to publisher)**

[10.5553/MenM/138762362019022004001](https://doi.org/10.5553/MenM/138762362019022004001)

**document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

**document license**

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

**citation for published version (APA)**

Sauter, W. (2019). Toezicht en toezichthouders op Big Tech: nog geen algoritme in zicht. *Markt en Mededinging*, 22(4), 133-135. <https://doi.org/10.5553/MenM/138762362019022004001>

**General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

**Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Redactioneel

## Toezicht en toezichthouders op Big Tech: nog geen algoritme in zicht

Wolf Sauter\*

Dit redactioneel bevat een bespiegeling over de inrichting van het toezicht op Big Tech in de Verenigde Staten, ontwikkelingen binnen de EU, en nationale suggesties tot het instellen van een Algoritmeautoriteit.

### Will it play in Peoria?

Op dit moment staat de vraag volop ter discussie of dominante onlineplatformen, *Big Tech*, gereguleerd en onder specifiek toezicht gesteld moeten worden, dan wel via antitrustrijpen radicaal aan mootjes gehakt, of beide. Dit geldt voornamelijk vooral de Verenigde Staten waar in april 2018 de Facebookhoorzittingen over mogelijke (inclusief Russische) verkiezingsbeïnvloeding de politieke risico's van de aard, omvang en huidige bedrijfsvoering van dit lang onschadelijk geachte socialemediabedrijf hebben geëtaleerd.<sup>1</sup> *Fix Fakebook!* en varianten daarop werden populaire leuzen. In maart 2019 bepleitte Elisabeth Warren, senator voor Massachusetts, opsplitsing van Big Tech-bedrijven en *common carriage*

type regulering van de resterende platforms. Antitrust kwam vervolgens in juni van dit jaar al tijdens de eerste televisiedebatten tussen de Democratische presidentskandidaten (Warren inclusief) uitgebreid aan de orde.

Een mogelijk alternatief, Big Tech-bedrijven aanwijzen als *information fiduciaries* met een zorgplicht op privacygebied ten opzichte van hun particuliere gebruikers (zoals geopperd door academici Jack Balkin en Jonathan Zittrain) lijkt voor critici te veel op een afleidingsmanoeuvre (of vertragungstactiek) die de betreffende ondernemingen maar al te graag zouden omhelzen. *Policy wonks* denken alvast na over de uitleg van een non-discriminatiegebod in de *wholesale*-context van onlineplatformregulering. Zowel op *wholesale* als op individueel niveau speelt de vraag: welke typen categorisering zijn fout en hoe disciplineer je een zelflerend algoritme?

Aan de Republikeinse kant van het bipolaire politieke spectrum wil men bovendien niet achterblijven, ook al omdat de eigenaren van Big Tech gezien worden als *liberals* (alook niet te vergeten geldschietters van *liberals*) en daarmee als tegenstanders. Denk bijvoorbeeld aan Jeff Bezos van Amazon als eigenaar van de voormalige drakendoder *Washington Post* die nu een stoorzender is van president Trump. Vooral vanwege de combinatie van privacyproblemen en nabijheid tot de politiek (ook al is dat laatste in de VS wellicht onvermijdbaar), riskeert Big Tech zijn vingers te branden. Niet dat dit Facebook ervan heeft weerhouden om onlangs als deel van een consortium (waaronder telecombedrijven en creditcardondernemingen) een op *blockchain* gebaseerde digitale munteenheid (de Libra) te lanceren – aanleiding tot een *face-off* in verdere hoorzittingen in de Senaat in juli van dit jaar, en tot nieuwe reguleringsimpulsen. Uit-

133

\* Prof. dr. mr. drs. W. Sauter werkt bij de ACM, Directie Zorg, en is verbonden aan TILEC (Tilburg Law and Economics Center). Dit redactioneel is geschreven op persoonlijke titel.

1. Hoewel in het Verenigd Koninkrijk een parlementaire commissie de rol van sociale media onderzocht naar aanleiding van het Brexit-referendum en in februari 2019 in haar rapport 'Disinformation and Fake News' opriep tot het inrichten van een bijzondere toezichthouder, zie <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcomeds/1791/179102.htm>. In april 2019 werd door de Britse regering een 'Online Harms White Paper' gepubliceerd waarin werd voorgesteld een onafhankelijke toezichthouder in te stellen, zie [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/793360/Online\\_Harms\\_White\\_Paper.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/793360/Online_Harms_White_Paper.pdf). Big Tech-vertegenwoordigers riepen in hun commentaar vooral de vrijheid van meningsuiting in.

eindelijk zijn hier ook de kiezers aan het woord – het thema lijkt immers aan te spreken in Peoria.<sup>2</sup>

In feite wordt hiermee een vervolg gegeven aan de trend ingezet in de financiële sector waar liberalisering op basis van *light handed and principle based regulation* en de *efficient capital markets hypothesis* tien à twaalf jaar geleden op de klippen is gelopen. Toen de redding van de systeembanken en daarmee de wereldeconomie door particuliere belastingbetalers onder het motto *privatise profits and socialise losses* eenmaal was geslaagd kwam strengere regulering weliswaar alsnog moeilijk van de grond. Zal de huidige impuls moeilijker te weerstaan zijn?

## Privacy, mededinging en algoritmes in Nederland en Europa

Vanwege de Algemene verordening persoonsgegevens enerzijds, en de actieve handhaving van de mededingingsregels vooral door DG COMP tegen bijvoorbeeld Google anderzijds, loopt de EU nu nog enkele stappen voor op de Verenigde Staten – zowel wat individuele privacybescherming als wat de toepassing van het mededingingsrecht ten aanzien van Big Tech op *whole-sale*-niveau betreft.

Er is bovendien ook kruisbestuiving mogelijk tussen de bescherming van persoonsgegevens en het mededingingsrecht: zie de *Facebook*-beschikking van het Bundeskartellamt eerder dit jaar (besproken door Pauline Kuipers, Janneke Kohlen en Annelot Kuiper in het vorige nummer van *M&M*). Behalve over data en privacybescherming als zodanig maken burgers in de EU zich vooral steeds meer zorgen over de schimmige achterliggende algoritmes van allerlei bedrijven en niet te vergeten overheden (zoals in Nederland van gemeenten tot Belastingdienst en Centraal Justitieel Incassobureau) op basis waarvan zij digitaal geprofileerd en mogelijk gediscrimineerd worden zonder dat iemand hier nog een vinger achter kan krijgen.<sup>3</sup>

Op EU- en nationaal niveau daarbinnen (en bijna daarbuiten: het Furman Rapport in het Verenigd Koninkrijk<sup>4</sup>) zijn er wat de private dimensie van dit probleem betreft dan ook al allerlei voorstellen gedaan om het

mededingingsrecht zelf *algoritme-proof* en hopelijk de algoritmes mededingingsrecht *compatible* te maken.<sup>5</sup> Dit al dan niet door het uitschrijven van nieuwe regels of door een ruimere uitleg van bestaande normen en door het invoeren van nieuwe vooruitkijkende bevoegdheden voor mededingingsautoriteiten, zoals inmiddels ook in Nederland wordt geopperd.

Zo stelde staatssecretaris Mona Keijzer van Economische Zaken en Klimaat (CDA) in mei en juni van dit jaar in een tweetal beleidsbrieven aan de Kamer voor om data mee te wegen bij fusies van onlineplatforms, het fusietoezicht mede te enten op de transactiewaarde en nieuwe *ex-ante*-instrumenten tegen online machtsposities in te voeren teneinde te voorkomen dat het kalf genaamd restconcurrentie verdrinkt voordat de put wordt gedempt.<sup>6</sup> Daarbij werd nog in het midden gelaten of deze bevoegdheden te beleggen zijn op Europees niveau en/of bij de ACM, of bij een andere nationale autoriteit. Dit is de Nederlandse lijn in de EU. Vertegenwoordigers van twee andere regeringspartijen, D66 en VVD, riepen op tot het invoeren van specifieke algoritmewetgeving en het instellen van een separate nationale Algoritmeautoriteit. Wat zijn de merites hiervan, de politieke dimensie terzijde?

## Toezicht op afstand: voordelen en voorwaarden

Sinds de liberaliseringsgolf vanaf de jaren negentig is binnen de EU bij reguleringstoezicht op sectoren zoals elektronische communicatie, energie, post en vervoer, afstand van markt en politiek en onafhankelijk toezicht op basis van gecodificeerde normen gebruikelijk, met rechterlijke toetsing. Daaraan zijn voordelen verbonden als depolitisering maar ook continuïteit, coherentie en opbouw van expertise. Dit model past ook bij toezicht dat niet gericht is op het bevorderen van marktwerking als zodanig. Het verbaast dan ook niet dat onafhankelijk toezicht door een zelfstandige autoriteit inmiddels ook wordt toegepast voor handhaving van de regels voor consumentenbescherming, voedsel en waren, persoonsgegevens, zorg en de financiële sector.

Toezicht op afstand kent niet alleen voordelen maar ook bepaalde voorwaarden. Hoewel het principe dat degene die als instrument een algoritme gebruikt er op aanspreekbaar is niet controversieel lijkt te zijn, is voor het toezicht op algoritmes nog geen sprake van uitgekristalliseerde en breed gedragen normen. De inschatting van de aard en omvang van het probleem steekt nog in de ontwikkelfase maar de implicaties zijn breed: algoritmes kunnen leiden tot privacyschending, tot inbreuken op

2. Peoria: (omvang Zoetermeer), het mythische ijkpunt in Centraal Illinois voor succesvolle nationale campagnes in de politiek en vaudeville.
3. In economische zin begrepen kan (prijs)discriminatie tussen afnemers zelfs welvaartverhogend zijn. Discriminatie van personen op basis van digitaal profileren zal in ethische en juridische zin eerder problematisch zijn. Zowel in het reguliere mededingingsrecht als sectoraal toezicht wordt het begrip discriminatie ook gezien als de omschrijving van een potentiële inbreuk. In de onlinewereld botsen deze verschillende invalshoeken juist omdat deze extra mogelijkheden biedt tot alle genoemde vormen van discriminatie. Een gedeeltelijke oplossing zou zijn spreken van differentiatie waar dit positief bedoeld is.
4. *Unlocking Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*, 13 maart 2019, zie [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/785547/unlocking\\_digital\\_competition\\_furman\\_review\\_web.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf).

5. *Competition policy for the digital era*, een rapport voor DG COMP van J. Crémer, Y.-A. de Montjoye en H. Schweitzer, april 2019, zie <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>.
6. Toekomstbestendigheid van het mededingingsinstrumentarium in relatie tot online platforms, *Kamerstukken II* 2018/19, 27879, 71 en *Kamerstukken I* 2017/18, 34978, B.

de mededingingsregels en tot discriminatie bij financiële en andere producten.

Ook de omgeving is onzeker. Wat de verhouding tot het mededingingsrecht betreft, is denkbaar dat vaker sprake zal zijn van *spillover* als meer mededingingsautoriteiten in de EU, evenals het Bundeskartellamt in Facebook, uit andere regelgeving afkomstige normen met betrekking tot gedrag dat tot uitsluiting of uitbuiting kan leiden als basis voor hun handhaving kiezen. Daarnaast kent de EU (zowel in Brussel als in de lidstaten) een groeiend aantal reguliere mededingingszaken tegen Big Tech en ook naar algoritmes als bron van collusie wordt door mededingingsautoriteiten gekeken. Bovendien zal mogelijk in de EU evenals in de Verenigde Staten een vorm van marktregulering van Big Tech, inclusief toegang en non-discriminatie, aan de orde zijn.

## Nieuwbouw, dakkapel, of schutting slechten?

Is de in Nederland voorgestelde volgorde – ordeningsmodel uitzoeken eerst – nu een effectieve vorm van *parallel processing* of eigenlijk meer *gun jumping*? De in de politiek geopperde nieuw te bouwen Algoritmeautoriteit zou net als de Autoriteit Persoonsgegevens (en de ACM voor wat betreft de Wet Markt en Overheid) waarschijnlijk zowel op marktpartijen als op de overheid toezicht moeten houden.

Voor de handhaving van marktregulering in verschillende sectoren wordt soms gekozen voor het beleggen van verschillende bevoegdheden bij dezelfde autoriteit – het Nederlandse model (waaraan ook nog handhaving van het consumentenrecht is toegevoegd) – of juist voor verkaveling over verschillende autoriteiten zoals in veel andere EU-lidstaten. Daarnaast varieert per type toezicht de intensiteit van de Europese coördinatie. De vraag is nu hoe te kiezen ten aanzien van een nieuwe vorm van toezicht – op algoritmes – waar het vooralsnog niet gaat om het bevorderen van marktprocessen, maar waar marktuitskomsten wel relevant zijn, en waar de te hanteren instrumenten nog volop ter discussie staan.

Proliferatie van toezichthouders op zich leidt niet tot meer effectief toezicht. Het opstarten van een nieuwe autoriteit kan in ieder geval lang gaan duren,<sup>7</sup> terwijl de EU ondertussen misschien een andere afslag neemt. Ook al leert de economie dat per op te lossen probleem het beste één specifiek instrument gehanteerd kan worden, ook dan passen de waterpomptang, de nijptang én de combinatietang, nieuwe en bestaande instrumenten, wellicht nog altijd samen in één gereedschapskist. In dat geval kan voor het algoritmetoezicht een fraaie dakkapel worden geplaatst bij een reeds bestaande autoriteit. Als

er tenminste ook een overtuigend antwoord is op vragen over de *span of control*.

Hoe krijgt men nu eerst het materiële lek boven water zodat duidelijker wordt of een gespecialiseerde Algoritmeautoriteit dan wel een andere institutionele oplossing het meest wenselijk is? Mogelijk kunnen om te beginnen de relevante toezichthouders zoals AP, ACM en AFM de bovenste plank van de schutting die hen scheidt verwijderen door onderling een gezamenlijke *taskforce* te formeren op basis van hun bestaande mandaat met een concrete opdracht om aard en omvang van het probleem in kaart te brengen. Dit kan ook een sleutel tot het verder ontwikkelen van hun algoritmecompetenties en tot nauwere onderlinge samenwerking bij het dagelijkse handwerk zijn, ook al is het nog geen definitieve oplossing.

Voor optimalisatie van de wisselwerking tussen mededingingsrecht, regulering en andere vormen van toezicht in dit domein, vooral op privacy, is immers nog geen algoritme in zicht.

## Verder in dit nummer

In dit nummer vindt u naast een prikkelende column van Matthijs Visser over mededinging en klimaat een vanwege de discussie over inkoopmacht bijzonder relevant artikel over het Duitse systeem van relatieve marktmacht van Jochen Glöckner (voor *M&M* in het Engels geschreven), evenals een lezenswaardige annotatie van de recente CBB-uitspraak in de taxizaken Rotterdam van de hand van Rob Gehring met nieuws over merkbaarheid en marktafbakening.

## Leestip

Een kritische juridische bijdrage aan het Amerikaans debat over de balans tussen de vrijheid van meningsuiting voor onlineondernemingen en de privacy van hun klanten – Lina Khan en David Pozen, ‘A Skeptical View of Information Fiduciaries’, verschijnt in *Harvard Law Review* 133 (2019), als prepublicatie via [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3341661](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3341661).

7. Zo ligt het wetsvoorstel dat de overheveling van sectorspecifieke aanmerkelijkmarktmachtbevoegdheden (AMM) in de zorg van de Zorgautoriteit (NZa) naar de ACM regelt, sinds voorjaar 2016 bij de Tweede Kamer in afwachting van behandeling.