

# Disruptors reguleren: verleden en toekomst

Verslag

Bart Tromp\*

## Verslag studiemiddag VMC en VvM

*Op 29 november 2019 organiseerden de Vereniging voor Media- en Communicatierecht en de Vereniging voor Mededingingsrecht (resp. VMC en VvM) een studiemiddag met als onderwerp ‘Disruptors (Google, Facebook, Booking, etc.) reguleren: verleden en toekomst’ onder leiding van dagvoorzitter Jolize Lautenbach. Joost Poort, econoom onder juristen, gaf een inleiding over disruptors, waarna beleidsmedewerker van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, Willem Verschoor, inspanningen van het ministerie toelichtte. Afsluitend besprak Bart Noë, coördinerend adviseur van de Autoriteit Consument en Markt (de ACM) het onderzoek en de handhaving van disruptors door de ACM, zowel in het verleden als in de toekomst.*

Hoewel verschillende sectoren te maken hebben met verschillende *disruptors* is het motto van Zuckerberg wat vele *disruptors* bindt: ‘Move fast and break things’.<sup>1</sup> Dankzij Netflix is het lineaire televisiekijken in het vorige decennium achtergebleven, dankzij Uber zijn Randstedelingen buiten de Randstad hulpeloos op zoek naar vervoer en dankzij Deliveroo hoeft niemand tijdens Ciara, Dennis of Ellen het weer te trotseren voor een warme maaltijd.<sup>2</sup>

Ondanks deze vernieuwingen is er een maatschappelijke roep om regulering van deze *disruptors*. Voor de socialmedia-platforms wordt over het algemeen betoogd dat ze ‘meer’, althans ‘minder’, moeten doen; diensten als Booking.com moeten transparanter zijn over de wijze waarop hun zoekresultaten worden weergegeven; en ook appstores moeten ervoor zorgen dat apps van derden net zo makkelijk aan de mens kunnen worden gebracht als de apps van de exploitanten van die appstores. Tijdens de studiemiddag kwamen deze verschillende *disruptors* vanuit verschillende perspectieven allemaal aan bod.

### Joost Poort, een inleiding over *disruptors*

Joost Poort, universitair hoofddocent bij het Instituut voor Informatierecht, gaf een inleiding. Hij begon zijn presentatie door te benoemen dat *disruptors* veel slechte pers krijgen, vanwege vermeend twijfelachtig contentbeleid; vervuilen van binnensteden; manipuleren van verkiezingen; en verkwansen van privacy.

Het grootste deel van zijn presentatie besteedde Poort aan een door hem geformuleerde gezichtspunten-catalogus, aan de hand waarvan beoordeeld kan worden of een bedrijf kan gelden als een *disruptor*. Volgens Poort zijn *disruptors* te herkennen aan een aantal eigenschappen. Een *disruptor* heeft een basisdienst die digitaal is, waardoor hij zelf vaak geen fysieke dienst levert, maar waarbij zijn dienst bestaat uit het samenbrengen van vraag en aanbod.<sup>3</sup> Het gevolg daarvan is dat deze dienst, het samenbrengen, betrekkelijk oneindig schaalbaar zou zijn. Dat gaat dan weer gepaard met de nodige netwerkeffecten: hoe meer mensen de dienst gebruiken, hoe beter die dienst kan functioneren. Dit zorgt er volgens Poort ook voor dat platforms de concurrentie achter zich laten. Ze gebruiken hun database en combineren die met AI, waardoor er een aanzienlijke informatieasymmetrie ontstaat tussen het platform, zijn concurrenten en toezichhouders. Verder wijst Poort erop dat deze *disruptors* vaak een lock-in hebben (of overstapkosten), die ervoor zorgt dat gebruikers niet eenvoudig naar een vergelijkbare dienst aanbieder kunnen of willen overstappen. Daarnaast hebben de platforms volgens Poort externe effecten. Het algoritme van het platform kan er bijvoorbeeld voor zorgen dat de aanbieders die het platform gebruiken, meegaan in het ‘spel’ dat het algoritme creëert. Zo zou een Uberchauffeur kunnen proberen om uit de buurt te blijven van andere Uberchauffeurs, zodat hij eerder de beschikbare Uber wordt voor klanten die om een chauffeur vragen.

Na het formuleren van deze gezichtspunten ging Poort in op de informatieproblemen die aan de orde komen in verband met *disruptors*, die met name zien op de informatie die beschikbaar is via, of beschikbaar wordt gesteld aan, platforms. Desinformatie mag in een dergelijk rijtje niet ontbre-

\* Mr. A.J. Tromp is advocaat te Amsterdam (Brinkhof).

1 Met een andere quote dan die van Zuckerberg uit de begindagen van Facebook kan een artikel over *disruptors* niet beginnen. Zie bijv.: Business Insider 1 oktober 2009, ‘Mark Zuckerberg On Innovation’.

2 Behalve een paar zzp’ers misschien, maar die kiezen daar natuurlijk zelf voor.

3 Zie voor een uitgebreidere beschouwing de Aggregation Theory van Ben Thompson, raadpleegbaar via: <https://stratechery.com/2015/aggregation-theory/>.

ken, en hetzelfde geldt voor problemen met terroristische content, *hate speech*, wraakporno en auteursrechtinbreuken. Volgens Poort is de (opkomst van) dit soort content een gevolg van het model waarbij het platform gebruikers zoveel mogelijk vrijheid gunt (het ‘*laisser-faire* platformmodel’). Daarbij signaleert hij ook dat filteren *false positives* creëert, waarbij rechtmatige content wordt verwijderd omdat deze lijkt op content die niet is toegestaan op het platform.<sup>4</sup> Verder zorgt filteren, of een alternatief/aanvullend notice & takedown-beleid, voor ‘export van moraliteit’, waarbij de veelal Amerikaanse partijen de regels voor hun platform zelf bepalen en dus op grond van hun Amerikaanse normen en waarden in essentie bepalen wat wereldwijde gebruikers te zien krijgen, wat kortweg resulteert in meer haat en geweld en minder bloot dan we gewend zijn in Europa. Het laatste informatieprobleem dat Poort schetste, was het gebruik/de exploitatie van gebruikersdata door *disruptors*. Het businessmodel van *disruptors* is volgens Poort veelal gebaseerd op exploitatie van gebruikersdata. Aangezien gebruikersgegevens daardoor het fundament van het businessmodel zijn, zijn gebruikersgegevens ‘de schatkist’ van die *disruptors*.

Vervolgens definieerde Poort een aantal economische problemen, die anders dan informatieproblemen meer zien op toegang tot de markt voor derden. Hij stelde dat de concentratie van partijen op de markt toeneemt, en dat grote platforms meer en meer naar zich toetrekken (denk aan de quote die wordt toegeschreven aan Netscape-oprichter Jim Barksdale: ‘*There are only two ways to make money in business: one is to bundle; the other is unbundle.*’<sup>5</sup>).

Een ander punt dat Poort signaleerde, is dat *disruptors* soms brancheregels ontduiken door zich te presenteren als dienst in plaats van als branchegeenoot die onder dezelfde regels en voorwaarden valt als andere aanbieders binnen die branche. De voor de hand liggende voorbeelden zijn hier natuurlijk Airbnb,<sup>6</sup> die niet noodzakelijkerwijs onder regels hoeft te vallen die gelden voor hotels, en Uber,<sup>7</sup> die zich met hand en tand verzet tegen kwalificatie als taxidienst.

De conclusie van Poort is helder: ontwrichters zijn er om te ontwrichten en verouderde modellen weg te vagen, waarbij de maatschappij publieke belangen en maatschappelijke waarden moet definiëren en borgen – dus niet de oude bedrijven moet beschermen, de balans moet definiëren tussen uitingsvrijheid en andere rechten en de mededinging en de kansen van toekomstige ontwrichters moet bewaken. Het is daarbij volgens hem essentieel om verschillende platforms van elkaar te onderscheiden, waarbij hij met reden stelt dat diensten van Amazon en Uber beide kunnen gelden als *disruptor* maar toch echt wezenlijk andere kenmerken hebben.

## Willem Verschoor, het EZ-beleid toegelicht

Willem Verschoor is beleidsmedewerker bij het Ministerie van Economische zaken en Klimaat (EZK) en was in die hoedanigheid onder meer betrokken bij de Platform-to-business Verordening (Verordening) als onderhandelaar namens Nederland.<sup>8</sup> De helft van zijn presentatie ging over de totstandkoming en de inhoud van die Verordening. Daarnaast heeft hij verteld over het verdere mededingingsbeleid van EZK, alsmede de inzet van het ministerie in de discussie over de toekomst van het mededingingsbeleid van de Europese Unie.

Verschoor lichtte allereerst de reikwijdte van de Verordening toe. Deze is van toepassing op de relatie tussen onlinetussenhandelsdiensten en zakelijke gebruikers. Verschoor vat de definitie van onlinetussenhandelsdienst samen als een dienst van de informatiemaatschappij die een directe transactie tussen een zakelijke gebruiker en een consument faciliteert, *on- of offplatform*, waarbij de zakelijke gebruiker en het platform een overeenkomst hebben. De Verordening bevat transparantievereisten, die onder meer zien op algemene voorwaarden en het behandelen van producten van het platform zelf, ten opzichte van die van derden. Daarnaast bevat de Verordening een geschilbeslechtingsmechanisme. De transparantievereisten gelden voor grote én kleine platforms, maar het geschilbeslechtingsmechanisme geldt niet voor ‘kleine ondernemingen’.<sup>9</sup> Daarmee is de reikwijdte van de Verordening volgens Verschoor erg breed: zij ziet dus op grote platforms als Google en Booking.com, maar reguleert ook minder bekende platforms als ‘Hellefood’, naar eigen zeggen ‘de eten bestel website van Hellevoetsluis’.<sup>10</sup>

Het tweede deel van de presentatie van Verschoor zag op de recente Beleidsinzet mededinging en platforms. EZK heeft in december 2018 een discussienotitie over mededingingsbeleid en platforms ter consultatie via een internetconsultatie voorgelegd.<sup>11</sup> Die consultatie diende onder andere om duidelijkheid te krijgen over de beleidsinzet van EZK in toekomstige EU-overleggen over dit onderwerp. In die discussienotitie speelde een Nederlands speerpunt en een van de *hot topics* van het hedendaagse mededingingsrecht een rol: het opleggen van *ex ante* verplichtingen. Het idee van het opleggen van *ex ante* maatregelen, is dat toezichthouders kunnen voorkomen dat bepaalde machtsposities ontstaan waardoor derden nauwelijks meer om die bedrijven heen kunnen. *Ex ante* maatregelen zouden effectiever zijn dan de *ex post* maatregelen die toezichthouders nu kunnen toepassen, waardoor de machtspositie kan worden voorkomen in plaats van worden genezen.<sup>12</sup>

4 Zie bijv. NOS 9 september 2016, ‘Noorse krant na verwijderen Vietnam-foto: Facebook misbruikt macht’, raadpleegbaar via: <https://nos.nl/artikel/2130867-noorse-krant-na-verwijderen-vietnam-foto-facebook-misbruikt-macht.html>.

5 Het gevolg van bundeling laat zich mooi zien in de muziekindustrie, die zich heeft ontwikkeld van losse singles en MP3’s in de jaren 90 tot de *Music as a Service*, die de Spotify’s van deze wereld tegenwoordig aanbieden. Zie anderszins ook de ontwikkeling in het streamen van films en series, waar rechthebbers als HBO en Disney hun eigen materiaal via hun eigen streamingdiensten aanbieden in plaats van dit allemaal via, bijv., Netflix te doen tonen. Voor een uitgebreidere analyse verwijs ik naar aflevering s03e21 van Een Podcast over Media: <https://podcastluisteren.nl/ep/Een-Podcast-over-Media-S03E21-Nog-even-over-ontbijttelevisie#/>.

6 HvJ EU 19 december 2019 (*Airbnb*), ECLI:EU:C:2019:1112.

7 HvJ EU 20 december 2017 (*Uber*), ECLI:EU:C:2017:981.

8 Verordening (EU) 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdienste

9 Zie artikel 2 lid 2 van de bijlage van de Aanbeveling van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen.

10 Zie [www.hellefood.nl](http://www.hellefood.nl).

11 Zie [https://www.internetconsultatie.nl/mededinging\\_platforms](https://www.internetconsultatie.nl/mededinging_platforms).

12 Zie voor een recent voorbeeld hoe preventief toezicht eruit zou kunnen zien het ACM-besluit inzake de overname van Iddink Group door Sanoma Learning, waarin de ACM een overname goedgekeurde op voorwaarde dat partijen uitgevers die daarom verzoeken toegang tot de API bieden onder FRAND voorwaarden. Raadpleegbaar via <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2019-09/besluit-sanoma-learning-iddink-holding.pdf>.

Een van de uitkomsten van de consultatie was dat een generieke *ex ante* aanpak voor alle platforms niet voor de hand ligt, vanwege de onderlinge verschillen tussen platforms. Verder bleek uit de reacties dat de geconsulteerden meenden dat de mededingingsregels in het Europese recht geen fundamentele verbouwing moeten ondergaan, maar wel in de praktijk beter kunnen worden toegespitst op de digitale economie. Verder leidde de consultatie tot een Kamerbrief van Staatssecretaris Keijzer, waarin zij het mededingingsbeleid met betrekking tot online platforms uiteenzette.<sup>13</sup> De ACM liet later weten de inhoud van deze Kamerbrief te steunen.<sup>14</sup>

Al met al zal de inzet van EZK op Europees niveau bestaan uit drie onderdelen: het aanpassen van richtsnoeren over de toepassing van mededingingsrecht; het aanpassen voor de meldingsdrempels voor fusie; en de mogelijkheid voor Europese en nationale toezichthouders om *ex ante* maatregelen op te leggen aan platforms met een poortwachtersfunctie.<sup>15</sup> Onder poortwachters moet worden verstaan: grote platforms waar de consument niet omheen kan.

### Bart Noë, onderzoek en handhaving door de ACM

De laatste spreker was Bart Noë, coördinerend adviseur bij de ACM. Noë besprak de visie van de ACM op mededingingsrecht en platforms. Hij vertelde dat de ACM vindt dat platforms niet alleen door het mededingingsrecht gereguleerd zouden moeten worden, en meent dat mededinging en privacy *an sich* geen spanningsveld vormen. De ACM ziet het spanningsveld tussen grote platforms en kleine toeleveranciers wel als mededingingsprobleem. In zijn presentatie besteedde Noë aandacht aan vier zaken die de ACM heeft onderzocht met betrekking tot platforms en blikte hij vooruit op de plannen van de ACM op dat gebied.

De eerste zaak die hij besprak, was het onderzoek dat de ACM samen met andere toezichthouders heeft gedaan naar *most favoured nations* clausules in de hotelsector, die er in de praktijk op neerkwamen dat platforms als Booking.com een laagsteprijsgarantie bedongen bij een hotel.<sup>16</sup> De ACM heeft in dat kader economisch en econometrisch onderzoek gedaan op basis van de data die de platforms hadden aangeleverd.

De tweede kwestie betrof de ACM-studie naar online video-platforms.<sup>17</sup> Opvallend was dat Noë een aantal keren liet vallen dat het onderzoek, dat op 22 augustus 2017 gepubliceerd is, inmiddels hopeloos verouderd zou zijn. Het onderzoek naar online videoplatforms had verschillende perspectieven, waaronder consumenten- en mededingingsrecht. Hij vatte het onderzoek samen door te zeggen dat de consument weliswaar spekkoper was vanwege het uitgebreide aanbod, maar dat de algemene voorwaarden van de platforms onredelijk bezwarend bleken te zijn. Het onderzoek bracht volgens Noë ook naar voren dat er, tenminste op dat moment, geen alarmerend

grote marktaandeelen waren met betrekking tot online video-platforms. Volgens hem gaat er nog veel gezegd en geschreven worden over dit gevecht om de aandacht van de consument.

Ten derde benoemde Noë de samenwerking tussen de ACM en het Commissariaat voor de Media in de strijd tegen nepnieuws. Hij stelde dat die verkenning aantoonde dat de impact en het aantal gevallen van nepnieuws in Nederland klein waren, vergeleken met het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten. Noë vindt dat de ACM een rol heeft in de bestrijding van nepnieuws, omdat nepnieuws volgens hem een groot maatschappelijk probleem is, waardoor consumenten kunnen worden misleid.

Tot slot besprak Noë de marktstudie naar de Apple App Store en de Google Play Store. Deze studie is uitgevoerd vanuit het perspectief van de appontwikkelaars. De te onderzoeken gevolgen betroffen volgens Noë uitsluiting, 'eigen apps eerst', of uitbuiting van appontwikkelaars. De appstoremarkt betreft een markt met een typische poortwachtersfunctie. Er is een onderzoek naar Apple gestart naar aanleiding van deze marktstudie.<sup>18</sup>

In zijn vooruitblik stelde Noë dat de digitale economie extra aandacht nodig heeft. Vervolgens gaf hij een *sneak preview* voor de agenda van de ACM, die inmiddels is gepubliceerd.<sup>19</sup> Noë lichtte daarvan drie items uit:

1. De toegang tot platforms voor gebruikers en leveranciers;
2. Het sterker inzetten op bestrijding van online misleiding van consumenten en het effectief sturen van consumenten online. Hierbij is de grens tussen ver- en misleiding onduidelijk en zal de ACM mogelijk open normen moeten invullen;
3. Toezicht op AI en algoritmes.

### Vragenronde

Een van de vragen die tijdens de vragenronde aan bod kwam, ging over de wijze waarop *ex ante* maatregelen vastgesteld zouden moeten worden, aangezien daarover veel onduidelijkheid is. Het is niet duidelijk wie daartoe bevoegd is en waarom, hoe de maatregel moet worden vastgesteld en welke omstandigheden daarbij een rol spelen. Daarom is het ook onduidelijk aan welke normen een rechter de maatregelen die door een toezichthouder worden opgelegd zou kunnen toetsen. Verschoor reageerde dat er juist niet is gekozen voor een grote lijst wettelijke verplichtingen voor platforms, vanwege de verschillende rollen en belangen van platforms. Volgens hem zou in de wet de reikwijdte van de regeling moeten worden afgebakend. Bovendien merkte hij op dat generieke verplichtingen niet werken, en dat dit sectorspecifiek geregeld zou moeten worden, waarbij hij verwees naar

13 Kamerstukken II 2018/19, 27879, nr. 71.

14 Zie 'De ACM steunt pleidooi kabinet voor extra toezichtsinstrumenten online platforms', 6 augustus 2019. Raadpleegbaar via: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/ACM-steunt-pleidooi-kabinet-voor-extra-toezichtsinstrumenten-online-platforms>.

15 Dat die wens ook bij de Europese Commissie leeft, volgt uit de communicatie 'Shaping Europe's digital future', 19 februari 2020, COM (2020) 67 final, raadpleegbaar via: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020\\_en\\_o.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_o.pdf).

16 Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016, raadpleegbaar via [http://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel\\_monitoring\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf).

17 Rapportage Online videoplatforms onder de loep, raadpleegbaar via: [https://www.acm.nl/sites/default/files/old\\_publication/publicaties/17572\\_rapport-online-video-platforms-onder-de-loep-22-08-2017.pdf](https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/17572_rapport-online-video-platforms-onder-de-loep-22-08-2017.pdf).

18 Zie <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-start-onderzoek-misbruik-machtspositie-apple-app-store>.

19 Raadpleegbaar via: <https://www.acm.nl/nl/organisatie/missie-en-strategie/onze-agenda/acm-agenda-2020-2021>.

PDS2 als voorbeeld. Poort ging nader in op dataportabiliteit, waar hij niet enthousiast over is. Hij signaleerde dat hetgeen platforms doen met data niet komt vanwege de individuele data, maar vanwege de combinatie die zij kunnen maken. Zo benoemde hij dat wat Facebook over mensen heeft verzameld, het profiel, niet zomaar overgedragen kan worden.<sup>20</sup> Het voordeel dat hij wel zag, is dat de mogelijkheid van dataportabiliteit de instap voor ‘nieuwe’ *disruptors* lager zou maken.

Een tweede vragensteller vroeg aan de sprekers of zij denken dat het Openbaar Ministerie iets kan doen tegen *disruptors* waarvan het businessmodel in de kern onrechtmatig is. Hij doelde daarmee op onrechtmatig gebruik van data. Poort reageerde door te zeggen dat je zou moeten vaststellen of dat bedrijf binnen de regels opereert. Als een bedrijf bijvoorbeeld niet in strijd met de AVG handelt, maar men wel meent dat er

sprake is van uitbuiting, dan zouden de regels moeten worden aangepast. Hij noemde dat een transparantieplichting voor een bedrijf dat aan de hand van gegevens prijzen aanpast, mogelijk zorgt voor een *chilling effect* voor het gebruik van zulke systemen. Daarbij merkte hij op dat een bedrijf als *The Pirate Bay* een andere categorie *disruptor* betrof dan de *big tech* bedrijven die op de studiemiddag centraal stonden.

In de betrekkelijk korte periode tussen de studiemiddag en dit verslag zijn er diverse ontwikkelingen zichtbaar die te maken hebben met de op de studiemiddag besproken materie.<sup>21</sup> Over het reguleren van *disruptors* is dus duidelijk het laatste woord niet gezegd en we zullen zonder twijfel de komende jaren nog veel horen en lezen over *disruptors* en de eventuele *ex ante* regulering ervan.

20 Het overdragen van zo'n profiel, of een *social graph*, is problematisch omdat de concurrent er niet altijd wat aan heeft nu die niet dezelfde gegevens heeft als het platform dat de *social graph* heeft samengesteld. Tegelijkertijd stuit het overdragen op privacyproblemen. De *social graph* is de goudmijn, 'de schatkist', die de concurrent zou willen hebben, maar (het overdragen daarvan) is

tegelijkertijd ook het meest complex, zowel wat betreft privacyproblemen als concurrentiegevoeligheid.

21 Zie bijv. de hierboven aangehaalde publicatie van de ACM Agenda 2020/21, de communicatie 'Shaping Europe's digital future' en het arrest van het HvJ EU inzake *AirBnb*.