

Vereeniging 'Handelsrecht'
Preadviezen 2019

Vereeniging 'Handelsrecht' Preadviezen 2019

Onderneming, digitalisering en data

Over corporate governance en handhaving in het digitale tijdperk

Prof. dr. E.M.L. Moerel

Mr. C.V. Yakovleva

Mr. W.W. Geursen

Mr. A.M. Arnbak

Zutphen 2019



UITGEVERIJ *Paris*

ISBN 978-94-6251-211-5
NUR 820

© 2019 Uitgeverij Paris bv, Zutphen

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

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

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

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

Inhoudsopgave

1	Onderneming, digitalisering en data: Over corporate governance en handhaving in het digitale tijdperk – Prof. mr. Harm-Jan de Kluiver / 7
1.1	Inleiding / 7
2	Reflecties over de impact van de digitale revolutie op corporate governance van Nederlandse beursgenoteerde ondernemingen – Prof. dr. Lokke Moerel / 11
2.1	Inleiding / 11
2.1.1	Invalshoek / 13
2.1.2	Nog geen gemeenschappelijke taal voor discussie / 14
2.2	Observaties / 17
2.2.1	Status quo bias / 17
2.2.2	Product centric / 18
2.2.3	Ondoorzichtige bundeling van diensten en kruisbestuiving tussen diensten / 19
2.2.4	Ongelijk speelveld of gebrek aan sympathie? / 21
2.2.5	De verwachtingen van klanten worden gevormd door de buitenwereld / 22
2.2.6	Splitsing van taken belemmert innovatie / 22
2.2.7	Design choices en ethische dilemma's / 26
2.2.8	Risico op nieuwe woekerpolisaffaires / 29
2.2.9	Risicobeoordeling vanuit bedrijfsperspectief is niet toereikend / 30
2.2.10	Gebrek aan onderkenning functie en impact AI / 31
2.2.11	Wat is een open cultuur? / 33
2.2.12	Digitaal is geen expertise maar is de business / 34
2.2.13	En tot slot ... kortetermijn-KPI- en -rapportagecycli / 35
2.3	Hoe kan het wel? / 36
2.3.1	Lever toegevoegde waarde met digitale diensten en klanten geven (meer) gegevens / 36
2.3.2	De trust paradox – hoe kun je de klant leren kennen zonder het vertrouwen te verliezen / 38
2.3.3	De valkuil voor gevestigde partijen: ING / 39
2.4	De controleparadox – geef de deelnemer controle en je krijgt meer gegevens / 40
2.4.1	De valkuil voor gevestigde bedrijven / 41
2.5	Afsluitend / 42
2.6	Literatuur / 47

3	Caleidoscopische handhaving tegen het datagebruik van ondernemingen – Svetlana Yakovleva, Wessel Geursen en Axel Arnbak / 57
3.1	Inleiding / 57
3.2	Wisselwerking tussen drie rechtsgebieden in het digitale tijdperk / 62
3.2.1	Doeleinden van de drie rechtsgebieden / 62
3.2.2	Versterking van de wisselwerking tussen de drie rechtsgebieden / 64
3.2.3	Wisselwerking bij handhaving / 65
3.2.3.1	Parallele toepassing / 66
3.2.3.2	Internalisering van regels van het ene rechtsgebied teneinde het andere rechtsgebied te interpreteren / 68
3.3	Valkuilen van caleidoscopische handhaving / 71
3.4	Een weg voorwaarts / 75

Hoofdstuk 1

Onderneming, digitalisering en data: Over corporate governance en handhaving in het digitale tijdperk

Prof. mr. Harm-Jan de Kluiver^{*}

1.1 Inleiding

Het is mij een groot genoegen hierbij het eerste preadvies van de Vereniging Handelsrecht in de tweede eeuw van haar bestaan te mogen introduceren. Vorig jaar, 2018, is het eeuwfeest van de Vereniging Handelsrecht uitbundig gevierd, zowel in geschrifte als met een bijzondere algemene vergadering van leden in het historische Amsterdamse pand de 'Rode Hoed'. Bij gelegenheid van dat honderdjarig bestaan zijn in het mooie jubileumboek zestien bijdragen gepubliceerd die op de hoofdgebieden van het handelsrecht het verleden en met name de toekomst hebben verkend.¹ In veel van die bijdragen is aan de orde gekomen dat hedendaagse technologische ontwikkelingen, en in het bijzonder de stormachtig voortschrijdende digitalisering van de samenleving, ook het handels- en ondernemingsrecht zullen gaan beïnvloeden. Sommige oude rechtsfiguren kunnen op termijn overbodig worden en wellicht op enige termijn nog uitsluitend vermelding vinden in geschriften die de rechtsgeschiedenis zijn toegedaan.² Maar ook waar rechtsfiguren zullen voortleven zal toch geen enkel rechtsgebied ontsnappen aan beïnvloeding door technologische ontwikkelingen.

In mijn inleiding in het vermelde jubileumboek van de Vereniging Handelsrecht, kon ik op basis van veel van de daarin opgenomen bijdragen, constateren dat de technologische ontwikkelingen reeds nu daadwerkelijk uitdagingen impliceren. Ik vermeld bijvoorbeeld de discussies op het terrein van de intellectuele eigendom waar al sprake is van stevige 'aardschokken' en bijvoorbeeld een debat ontluikt over de vraag of bij uitvindingen door robots/algorithmes eigenlijk wel dezelfde maatstaven moeten gelden als bij uitvindingen door mensen³ en de uitdagingen waarvoor het verzekeringsrecht zich gesteld ziet in het licht van de oprukkende robotisering en het gebruik van artificial intelligence. Men denke aan de vraag naar cyberverzekeringen, de verzekering van zelfrijdende auto's, drones enzovoort.⁴ De preadviezen van de Vereniging Handelsrecht die in het nu voorliggende boek zijn opgenomen verkennen de thematiek nader en richten het vizier specifiek op de effecten van de spectaculair voortschrijdende digitalisering voor ondernemingen

^{*} Harm-Jan de Kluiver is Voorzitter Vereniging 'Handelsrecht'.

1. H.J. de Kluiver (red.), *100 jaar Handelsrecht. Over heden, toekomst en verleden*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2018.
2. Men denke in dit verband bijvoorbeeld aan de sterk tanende betekenis van het documentair krediet zoals in het vermelde jubileumboek (zie noot 1) geschetst door M.A.W. van Maanen & L.J. van Baren, 'Het documentair krediet – wie revitaliseert de "oude tante"?', p. 215 e.v.
3. Zie M. Bronneman, 'Het intellectuele eigendomsrecht: een versplinterd landschap in beweging. Wat brengt de toekomst?', in het jubileumboek (zie noot 1) p. 339 e.v.
4. Zie K. Engel, '100 jaar Vereniging handelsrecht: een verzekeringsrechtelijke blik op het verleden en de toekomst', eveneens in het jubileumboek (zie noot 1) p. 269 e.v.

en de daarmee samenhangende juridische vragen. Die verkenning vindt plaats in twee preadviezen die in hoge mate complementair zijn en aanzetten tot een verdere doordenking van het handels- en ondernemingsrecht in relatie tot die snel voortgaande ontwikkeling.

Prof. dr. Lokke Moerel neemt ons in haar preadvies mee in een boeiend overzicht van de uitdagingen waarvoor ondernemingen staan in het licht van de digitalisering van economie en samenleving en wat de implicaties daarvan zijn. Een cruciaal onderdeel daarvan is de exponentieel groeiende betekenis van data. Waar de economie honderd jaar geleden nog grotendeels werd bepaald door de productie van goederen en het verhandelen daarvan, is economie anno 2019 steeds meer georiënteerd op digitale platforms en de massieve gegevensverwerking die daarbij hoort. Moerel illustreert de enorme impact daarvan op het bestaan van ondernemingen, alsook op de vragen die dat meebrengt voor die ondernemingen en de ingrijpende effecten daarvan op de governance van ondernemingen. Om ondernemingen te kunnen sturen en besturen in tijden van majeure veranderingen en de daarmee gepaard gaande disrupties, zal in haar opvatting in ondernemingen tot op het hoogste niveau anders aangekeken moeten worden tegen, en anders omgegaan moeten worden met de uitdagingen van de digitale samenleving. In het hart daarvan spelen data en dataverwerking een beslissende rol. Een evident voorbeeld biedt de bankensector die zich geconfronteerd ziet met uitdagers in de techsector. De balans die bij het aangaan van die uitdagingen gevonden zal moeten worden is tussen enerzijds het centraal stellen van de klant en het verkrijgen van data over die klant om zo precies mogelijk te achterhalen wat die wil, terwijl anderzijds het vertrouwen van de klant in de integriteit van de dataverwerking en het gebruik van data cruciaal is om die data ook daadwerkelijk te kunnen blijven verkrijgen en de onderneming in stand te kunnen houden. Moerel illustreert dat dit tot dilemma's leidt die zowel een moreel als ook een juridisch aspect hebben. Op zeer toegankelijk wijze wordt de lezer meegevoerd in de afwegingen die deze dilemma's meebrengen.

Meesters Yakovleva, Geursen en Arnbak belichten in hun preadvies de andere kant van de medaille, namelijk hoe kan worden gewaarborgd dat ondernemingen in hun jacht op data en persoonsgegevens dat blijven doen met respectering van de vrijheid van mensen om die gegevens voor zichzelf te houden en die vrijheid beschermd te weten. Daarbij onderkennen zij dat data, en met name persoonsgegevens, de nieuwe olie van het internet zijn en de nieuwe valuta van de digitale wereld. Die data zullen essentieel zijn om te overleven in de digitale economie. Dat doet echter niet af aan de vraag hoe de vrijheid van degenen waarop die gegevens betrekking hebben kan worden beschermd. Daarbij hanteren de auteurs een, wat zij zelf noemen, caleidoscopisch perspectief. Die term is goedgekozen nu hun beschouwing zich niet beperkt tot de vraag naar de handhaving van het in de EU ontwikkelde databeschermingsrecht (GDPR/AVG) en de daartoe in het leven geroepen autoriteiten. In het bijzonder betrekken zij bij hun analyse handhavingsmogelijkheden vanuit het perspectief van het consumentenrecht en het mededingingsrecht en spiegelen zij die perspectieven met de analyse op basis van het databeschermingsrecht. De centrale vraag in hun beschouwing is hoe en langs welke weg het beste tot een balans in de handhaving kan worden gekomen. Zij constateren dat juist omdat het databeschermingsrecht (GDPR/AVG) zo breed is opgezet dat het zo langzamerhand de 'law of everything' gaat worden, handhaving uitsluitend door

de databeschermingsautoriteiten niet doenlijk is. Derhalve, zo is hun stelling, zullen autoriteiten die toezien op de naleving van het consumentenrecht en het mededingingsrecht een belangrijke rol kunnen vervullen. Tegelijkertijd geldt dat vanuit het consumentenrecht en het mededingingsrecht op basis van heel andere criteria al of niet tot handhaving kan worden besloten.⁵ Zo kan bijvoorbeeld bevordering van de mededinging mogelijk juist wel gediend zijn met het gemakkelijker verwerven van persoonsgegevens, juist omdat gegevens en data de nieuwe olie en zijn voor succesvolle ondernemingen.⁶

Aan de vertrouwde hand van de preadviseurs worden de lezers van de preadviezen aldus door relatief onontgonnen terrein geleid dat bezaaid ligt met interessante, maar lastige vragen en dilemma's. Die vragen en dilemma's zullen verdere door-denkning vergen. Daarbij geldt, en wellicht is dat maar gelukkig, dat juridische vernuft en de aloude *ars aequi et boni* niet gemist kan worden bij de afweging van alle betrokken belangen. Zoals gezegd is een voorbeeld hiervan dat vanuit het perspectief van het handels- en ondernemingsrecht geldt dat om economisch te overleven in een dynamische digitale tijd het beschikken over data en persoonsgegevens van essentieel belang is. Tegelijkertijd geldt niet minder dat bescherming van die gegevens evenzeer een beschermenswaardig belang is. Hoe die afweging van belangen moet plaatsvinden en welk gewicht aan de onderscheiden belangen moet worden toegekend, is nog niet uitgekristalliseerd. Hopelijk kunnen de mooie preadviezen van dit jaar en de discussies die wij daarover in de algemene ledenvergadering van de Vereniging Handelsrecht gaan hebben, een bijdrage aan dat debat leveren.

Graag wil ik nu reeds de preadviseurs bijzonder hartelijk danken voor hun mooie preadviezen waarin zij zowel grote pedagogische als wetenschappelijke kwaliteiten tot uitdrukking hebben gebracht. Dat is een ideale combinatie om de leden van de Vereniging Handelsrecht, die zeker niet allen in de materie thuis zijn, in kort bestek vertrouwd te maken met de dilemma's die zich reeds nu, maar zeker in de nabije toekomst, onontkoombaar zullen aandienen. Maar niet alleen maken zij de lezers vertrouwd met de materie, zij reiken ook handvatten aan om die dilemma's tot een oplossing te brengen. Graag betuig ik hen voor dit alles namens het bestuur van de Vereniging Handelsrecht erkentelijkheid. Op basis van hun preadviezen kunnen wij uitzien naar een ongetwijfeld boeiende algemene ledenvergadering op 11 december a.s.

5. Vgl. hierover de boeiende beschouwingen in het meer vermelde jubileumboek (zie noot 1) van J. Mulder, 'Enige toekomstperspectieven bezien vanuit het mededingingsrecht. Over nieuwe technologieën en bestuurlijke onafhankelijkheid in turbulente tijden', p. 357 e.v.

6. In dit verband kan worden gewezen op de ontwikkelingen in het betalingsverkeer waar juist de EU het mogelijk maakt (op basis van de PSD2-Richtlijn) dat banken betaalgegevens enz. moeten delen met bijvoorbeeld techreuzen. Zie daarover in het jubileumboek (noot 1) W.A.K. Rank, 'Betalingsverkeer in beweging', p. 239 e.v. en J.A. Voerman, 'Van moderne betaalmiddelen naar innovatieve betaaldiensten', p. 255 e.v.

Hoofdstuk 2

Reflecties over de impact van de digitale revolutie op corporate governance van Nederlandse beursgenoteerde ondernemingen

Prof. dr. Lokke Moerel^{*}

2.1 Inleiding

Vriend en vijand zijn het erover eens dat onze maatschappij een digitale revolutie ondergaat die tot een transformatie gaat leiden.¹ Elke technologische revolutie brengt naast alle economische en maatschappelijke vooruitgang en welvaart ook ontwrichting en frictie mee.² Het is inmiddels duidelijk dat de nieuwe digitale technologieën (en in het bijzonder *artificial intelligence*, AI) vele nieuwe toegevoegde-waarde-diensten mogelijk maken die bestaande bedrijfsmodellen vergaand kunnen verstoren. De nieuwe bedrijfsmodellen brengen op hun beurt nieuwe privacy issues en ethische dilemma's mee,³ en de maatschappelijke weerstand tegen de uitwassen van de nieuwe dataeconomie worden steeds zichtbaarder en worden als urgent ervaren.⁴ Het is voor gevestigde bedrijven op zijn zachtst gezegd een uitdaging om zowel drastisch te innoveren teneinde toekomstbestendig te blijven als tegelijkertijd maatschappelijke verantwoordelijkheid te nemen.

* Lokke Moerel is hoogleraar Global ICT Law (Tilburg University) en Senior of Counsel bij Morrison & Foerster (Berlijn). Ze is verder lid van de Monitoring Commissie van de Nederlandse Corporate Governance Code. De auteur dankt Karine e Silva voor haar assistentie met research en voetnoten.

1. L. Moerel, *Big Data Protection: How to Make the Draft EU Regulation on Data Protection Future Proof* (oratie Tilburg), Tilburg: Tilburg University 2014 (hierna: Moerel 2014), p. 4 voor een overzicht van de impact en relevante literatuur.
2. Zie voor een goed leesbaar boek: E. Brynjolfsson & A. McAfee, *Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant New Technologies*, London: W.W. Norton & Company 2014, dat een mooi overzicht geeft van de frictie en ontwrichting die is ontstaan door de industriële revolutie en hoe uiteindelijk de maatschappij daarop heeft gereageerd en negatieve uitwassen heeft gereguleerd, en een beschrijving van de frictie en ontwrichting die de digitale revolutie veroorzaakt. Een lastiger toegankelijk boek, maar bijzonder instructief over de risico's van digitalisering en big tech voor de maatschappij is: S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism*, New York: Public Affairs 2019 (hierna: Zuboff 2019).
3. Een verkenning hiervan alsook voorstellen hoe deze nieuwe realiteit te reguleren vanuit privacy-perspectief is te vinden in Moerel 2014, p. 9-13 en L. Moerel & C. Prins, *Privacy voor de homo digitalis: Proeve van een nieuw toetsingskader voor gegevensbescherming in het licht van Big Data en Internet of Things* (Preadviezen 2016 Nederlandse Juristen-Vereniging), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 9-124 (hierna: Moerel & Prins 2016). Zie over ethische design issues J. van den Hoven, S. Miller & T. Pegge (red.), *Designing in Ethics*, Cambridge: CUP 2017 (hierna: Van den Hoven, Miller & Pegge 2017), p. 5.
4. Met als grote trigger het Cambridge Analytica data-analyseschandaal, waardoor voor het eerst ook het grote publiek duidelijk werd dat de gegevens die Facebook van hen verzamelt, uiterst gevoelige informatie kunnen bevatten die zelfs verkiezingen kan beïnvloeden en onze democratische rechtsorde kan aantasten. De ophef hierover heeft geleid tot een roep om een Amerikaanse federale privacywet (zie L. Vaas, 'FTC renews call for single federal privacy law', *Naked Security by Sophos* 10 mei 2019, te vinden op <https://nakedsecurity.sophos.com/2019/05/10/ftc-renews-call-for-single-federal-privacy-law/>) en vergaande regulering van de Amerikaanse *big five* (Google, Amazon, Facebook, Apple en Microsoft), inclusief een roep tot opsplitsing, zie J. Abbruzzese, 'Elizabeth Warren calls to break up Facebook, Google and Amazon', *NBC* 8 maart 2019, te vinden op www.nbc-news.com/tech/tech-news/elizabeth-warren-calls-break-facebook-google-amazon-n980911.

De vraag die inmiddels opkomt is of onze huidige *corporate-governance*-regulering aanpassing vergt om in deze tijden van transformatie goed te kunnen navigeren. Dat is geen vreemde vraag nu corporate governance inmiddels de grenzen overstijgt van de strikte verhoudingen tussen de klassieke organen van de vennootschap (bestuur, raad van commissarissen en algemene vergadering van aandeelhouders) en steeds meer overloopt in compliance, risicomanagement en verantwoord ondernemerschap.⁵ Als een belangrijke verantwoordelijkheid van het bestuur wordt het gezien om leiding te geven aan een veranderproces waar dit nodig is om een verandering in cultuur te bewerkstelligen voor *langetermijnwaardcreatie*.⁶ Van de raad van commissarissen wordt verwacht het belang hiervan te onderkennen en hier in het toezicht in ruime mate aandacht aan te besteden.⁷ Onderdeel van cultuur is de steeds groter wordende aandacht voor ethiek en aandacht voor waarom mensen handelen zoals ze doen. Het bestuur dient daartoe goede en slechte *practices* in kaart te brengen alsook de dilemma's waar mensen in de onderneming tegenaan lopen, zodat ze hierin kunnen worden getraind, om zo tot een versterking van de bedrijfscultuur te komen.⁸

Heel concreet zie ik dat de digitalisering tot de volgende praktische vragen leidt. Waarom lukt innovatie bij gevestigde bedrijven vaak beter als dit buiten de bestaande structuren wordt gebracht? Wat dient er in de governance te veranderen om innovatie binnen de bestaande structuur mogelijk te maken? Als innovatie wordt gestimuleerd in kleine en *agile* teams, past dit dan wel in de *command-and-control*-structuur van compliance gedreven organisaties, met name in de gereguleerde sectoren, zoals onze financiële instellingen? Hoe krijgen we tijd en aandacht in de onderneming voor innovatie als we al moeite genoeg hebben om de bestaande IT-systemen (*legacy systemen*) te upgraden of te vervangen? Hoe houden we de steeds grotere investeringen in digitalisering en potentiële ondermijning van het eigen businessmodel in balans met de kortetermijn- (financiële) KPI's en -rapportages? Hoe onderkennen we de nieuwe privacy issues en ethische dilemma's die nieuwe digitale producten en diensten meebrengen en hoe borgen we een open cultuur om die te bespreken en te adresseren? Hoe borgen we kennis en ervaring met de nieuwe technologieën en disruptie door nieuwe bedrijfsmodellen in het bestuur en raad van commissarissen? Is het voldoende dat telkens een van de bestuurders of commissarissen deze expertise in huis heeft, of dienen meer of zelfs alle leden te *re- en upskillen*, zoals dat tegenwoordig heet? Dient de board een *technologiecommissie* in te stellen?⁹

5. Deze paragraaf is gebaseerd op een analyse van de veranderingen in corporate governance in Nederland, waarbij een verschuiving plaatsvindt van zogenaamde *hard controls* naar *soft controls*, zie G.T.M.J. Raaijmakers & O.M. Buma, 'Terugblik en vooruitblik op de invloed van de Code Corporate Governance', *TvOB* 2019, afl. 2, p. 65-72 (hierna: Raaijmakers & Buma 2019). Zie over de complexe rol van bestuur en commissarissen ten aanzien van (toezicht op) veranderen van cultuur: E. van de Loo & J. Winter, 'Cultuur en gedrag volgens de nieuwe corporate governance code', *Ondernemingsrecht* 2016/72 (hierna: Van de Loo & Winter 2016).

6. Raaijmakers & Buma 2019, p. 69.

7. Raaijmakers & Buma 2019, p. 69.

8. Raaijmakers & Buma 2019, p. 69.

9. Zie positief over instelling van een technologiecommissie: R. Feracone, 'Good Governance, Do Boards Need Cyber security Experts?', *Forbes* 9 juli 2019, te vinden op www.forbes.com/sites/robin-feracone/2019/07/09/good-governance-do-boards-need-cyber-security-experts/#e9ded6618592 (hierna: Feracone 2019).

Moet in deze tijden van snelle transformatie, bestuur en commissarissen niet veel vaker en diepergaand een discussie hebben over strategie?

Allemaal bijzonder relevante vragen, zeker waar recent onderzoek van MIT Sloan CISR¹⁰ rapporteert dat Amerikaanse beursgenoteerde bedrijven die een *digital savvy board* hebben (boards met minimaal drie *digital savvy* boardleden),¹¹ substantieel betere financiële prestaties laten zien.¹² Opvallend daarbij is dat het percentage bedrijven met een *digital savvy board* sterk verschilt per sector, waarbij sommige sectoren achterblijven, terwijl deze wel voor disruptie vatbaar zijn (denk aan transport en bouw).¹³ Hoewel je bij dit soort onderzoek de kanttekening kunt plaatsen dat de gevonden resultaten *correlaties* betreffen (en er dus geen causaal verband mee wordt aangetoond),¹⁴ zijn de resultaten op zijn minst opvallend. Ik verwacht dat een vergelijkbaar onderzoek onder Nederlandse beursgenoteerde bedrijven niet een ander beeld zou laten zien.¹⁵

2.1.1 Invalshoek

Laat ik vooropstellen dat mijn academische werk zich richt op hoe de frictie die nieuwe technologieën veroorzaken in de maatschappij het beste te reguleren. Verder bestaat mijn werk vooral uit het assisteren van (veelal Amerikaanse) tech-bedrijven bij de implementatie van (veelal door AI gestuurde) digitale diensten gebaseerd op *privacy-by-design* en *ethics-by-design*. De digitale diensten van deze nieuwkomers hebben veelal disruptie van bestaande bedrijfsmodellen tot gevolg

10. Het onderzoek is gedaan over de laatste vijf jaar onder alle Amerikaanse bedrijven die zowel zijn genoteerd aan de NYSE en Nasdaq, meer dan \$ 1 miljard omzet hebben en zes of meer boardleden. Zie voor een samenvatting: P. Weill e.a., *Companies with a Digital Savvy Board Perform Better* (MIT CISR Research Briefing Volume XIX), Cambridge: MIT Sloan 2019 (hierna: Weill e.a. 2019a). Zie voor het volledige rapport: P. Weill e.a., *Assessing the Impact of Digital Savvy Board on Company Performance* (MIT Sloan CISR Working Paper No. 433), Cambridge: MIT Sloan 2019 (hierna: Weill e.a. 2019b).
11. *Digital savvy* is gedefinieerd als: 'an understanding, tested by experience, of how digital technologies such as social, mobile, analytics, cloud, and the Internet of Things will impact how companies will succeed in the next decade'. De digitale savviness is gebaseerd op inventarisaties van daadwerkelijke opleiding en werkervaring zoals gerapporteerd in cv's van boardleden. Weill e.a. 2019b, p. 3.
12. Bedrijven met *digital savvy boards* laten een 34% hogere ROA, 38% hogere revenue growth, 34% hogere 3-yr market cap growth en 17% hogere profit margin zien. Zie ook ISACA, *Better tech governance is better for business*, ISACA Research Report 2017, te vinden op <https://cybersecurity.isaca.org/info/cyber-aware/images/Better-Tech-Governance-Is-Better-for-Business-Report.pdf>.
13. Bij informatietechnologiebedrijven is dit het hoogst: 57%. In de retailsector: 24%, en transport, construction en mining: 10%.
14. Denkbaar is bijvoorbeeld dat bedrijven met een meer open cultuur eerder diverse boardleden toelaten en dat deze open cultuur de werkelijke onderliggende oorzaak is van de betere financiële prestaties.
15. Opvallend is dat het Nalevingsonderzoek Corporate Governance Code 2019, laat zien dat nagenoeg 100% van de Nederlandse beursgenoteerde ondernemingen zelf rapporteren dat hun bestuur en raad van commissarissen een zeer grote of grote expertise hebben op onderdelen van nieuwe businessmodellen en nieuwe technologieën. Dit steekt schril af bij de onderzoeksresultaten van Weill e.a. 2019b, waarin de aantoonbare digitale expertise van boardleden is getoetst op basis van daadwerkelijke opleiding en werkervaring. Het Nalevingsonderzoek gebaseerd op zelfrapportage zal hier met een stevige korrel zout moeten worden genomen. Onderzoek laat zien dat 80% van de Nederlandse bedrijven de kwaliteit van hun eigen managementpraktijken te positief inschat, zie J. Dieteren, J. Groenewegen & S. Hardeman, 'Research — Economisch Onderzoek, Goed management doet ertoe, maar wat doet ertoe voor goed management?', *Rabobank* 6 november 2018, te vinden op <https://economie.rabobank.com/publicaties/2018/november/wat-doet-ertoe-voor-goed-management/>.

(en zijn daar veelal op gericht). Vanuit de ervaring met deze nieuwkomers – en ook de hobbels die zij vervolgens tegenkomen en de fouten die ze maken¹⁶ – adviseer ik ook besturen en raden van commissarissen van gevestigde multinationals over hun digitale strategie.

De nieuwkomers worden veelal anders aangestuurd dan de gevestigde bedrijven, waarbij innovatie in *agile* teams wordt gerealiseerd, mislukkingen worden gevierd – mits tijdig onderkend (*fail fast*) – en groei in *user base* initieel een belangrijker KPI voor succes is dan gegenereerde inkomsten. Hun commissarissen worden verder vooral uitgezocht op hoe ze een bedrijf snel verder kunnen helpen (advies en netwerk), meer dan op hun toezichhoudende kwaliteiten (hetgeen bij de gevestigde bedrijven veelal andersom is). Vanuit die ervaring zal ik hierna een aantal van mijn initiële observaties delen die relevant zijn voor bestuur en raden van commissarissen van gevestigde bedrijven (hierna kortweg: *boards*).

2.1.2 Nog geen gemeenschappelijke taal voor discussie

Mijn belangrijkste initiële observatie is dat we nog aan het begin staan van het denken over een nieuwe corporate governance die past bij de digitale wereld. We zitten in een transitiefase naar een nieuwe ordening van een digitale wereld, en vooralsnog hebben we nog niet *de taal* ontwikkeld om op een zinnige manier in boards de strategische issues te bespreken die nieuwe technologieën en disruptie van bedrijfsmodellen meebrengen. Gesprekken in boards over de impact van de digitale revolutie raken in mijn ervaring vaak *lost in translation*. We zitten in filosofische termen nog in de *grot van Plato*¹⁷ en hebben de *ladder van Wittgenstein*¹⁸ nodig om eruit te komen.¹⁹ De laddermetafoor van Wittgenstein symboliseert de fase waarin we nu zijn, waarbij taal vanuit het perspectief van het oude logische systeem wordt ingezet om een nieuw logisch systeem te beschrijven.

-
16. Hoewel de techbedrijven regelmatig excuses maken voor hun fouten, is het de vraag of dit inderdaad altijd fouten zijn. Zuboff 2019 beschrijft dat sommige ogenschijnlijke *failures of judgement*, die het management van Facebook en Google bestempelen als *missteps* en *bugs* (zie voor voorbeelden p. 159), in feite welbewuste, systematische acties betreffen bedoeld om hun gebruikers te wennen aan bepaalde praktijken, om zo uiteindelijk de sociale normen ter zake op te schuiven. Zie over wat Zuboff 2019 de *Disposition Cycle*, noemt: p. 138-166.
 17. Plato, *Allegory of the Cave*, Los Angeles: Enhanced Media Publishing 2017. De allegorie gaat over in een grot geketende gevangenen, die beperkt zicht hebben op de werkelijkheid (uitsluitend echo's van stemmen horen en schaduwen kunnen zien van de wereld erbuiten). De allegorie illustreert dat mensen uitsluitend vanuit hun (beperkte) perspectief het leven kunnen waarnemen en dat zij vervolgens denken dat dit de realiteit is. Als gevolg daarvan kunnen hun gesprekken alleen gaan over hun waarneming van deze realiteit. Als een gevangene zich zou losbreken uit de ketenen en ervaringen op zou doen in de bovenwereld en daarna zou terugkeren, zouden deze ervaringen onbegrijpelijk zijn voor de andere gevangenen omdat hun taal alleen maar naar schaduwen en echo's verwijst.
 18. L. Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, London: Kegan Paul 1922 (Logisch-Philosophische Abhandlung 1921 vertaald door F.P. Ramsey en C.K. Ogden), 6.54 (hierna: Wittgenstein (1921) 1922): 'My propositions serve as elucidations in the following way: anyone who understands me eventually recognizes them as nonsensical, when he has used them – as steps – to climb beyond them. (He must, so to speak, throw away the ladder after he has climbed up it.) He must transcend these propositions, and then he will see the world aright' (zie ook het citaat op p. 16 van dit preadvies).
 19. Met dank aan de bespiegelingen van M. Domingus, 'What we need is creative minds to explore the "terrae incognitae" of the GDPR landscape, and act as the quartermasters of our privacy secure future', *LinkedIn* 8 juni 2019, te vinden op www.linkedin.com/pulse/what-we-need-creative-minds-explore-terrae-incognitae-marlon-domingus/.

Er bestaat brede overeenstemming over dat de digitale revolutie een paradigmaverschuiving betreft,²⁰ waarbij de uitgangspunten van en het geloof in de bestaande logische ordening verschuiven naar een nieuwe set uitgangspunten en geloof in een fundamenteel ander logisch systeem.²¹ Volgens Wittgenstein hebben alle taalregels een sociaal aspect als gevolg waarvan de betekenis van taal afhangt van de sociale context waarin deze wordt gebruikt (Wittgenstein noemt dit *Lebensform*).²² Taal heeft alleen betekenis binnen een bepaalde logische structuur. Mensen uit twee verschillende systemen *gebruiken* misschien beide dezelfde taal (bijvoorbeeld Engels), maar *spreken* niet noodzakelijkerwijs dezelfde taal (in de zin dat ze elkaar begrijpen). Om elkaar te begrijpen en een relevante discussie te hebben, zullen ze het eerst eens moeten worden over de betekenis van bepaalde begrippen, de uitgangspunten die ze allebei *waar* achten,²³ en de logica die ze allebei geldig vinden om tot conclusies te komen. Je kunt iemand soms heel goed verstaan, en toch niet begrijpen (in de woorden van Wittgenstein: *The world is my world*).²⁴ Humor is hier bij uitstek een voorbeeld (in de woorden van Wittgenstein: *Humor is not a mood but a way of looking at the world*).²⁵

Zolang we nog geen nieuwe taal hebben ontwikkeld voor het *bespreken* van de nieuwe uitgangspunten voor de nieuwe digitale wereld (laat staan dat we het over de juistheid daarvan eens zijn), is reflectie over een nieuwe governance voor *aansturing* van het nieuwe logische systeem nog niet aan de orde. We staan nog op de eerste trede van de ladder van Wittgenstein, en wat ik hierna doe is met begrippen uit de oude ordening pogen de nieuwe ontwikkelingen te duiden om zo hopelijk tot een aantal nieuwe *gemeenschappelijke ware* uitgangspunten te kunnen komen voor het nieuwe systeem. Over een paar jaar zullen we dit taalgebruik in de woorden van Wittgenstein als *nonsensical* ervaren en hopelijk de wereld met nieuwe ogen kunnen bekijken en duiden.

20. Het concept *paradigm shift* is voor het eerst zo genoemd en beschreven door de Amerikaanse natuurkundige en filosoof T. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago: UCP 1962. Een paradigm shift, betekent een revolutie in de wetenschap die leidt tot een dramatisch anders beeld van de werkelijkheid, door een fundamentele verandering in de basisconcepten van een wetenschappelijke discipline. Meestal blijkt pas achteraf, wanneer de aanhangers van het oude, niet langer voldoende wetenschappelijke wereldbeeld hun invloed en macht hebben verloren, dat er sprake was van een echte conceptuele revolutie.
21. Er bestaat brede overeenstemming over dat de digitale revolutie een transformatie van onze maatschappij gaat brengen, hoewel de auteurs verschillende verklaringen geven en verschillende voorbeelden geven welke van de nieuwe technologieën (in vergelijking met de oude) de transformatie zullen veroorzaken. Zie voor een samenvatting van de verschillende visies en een overzicht van literatuur: Moerel 2014, p. 4.
22. L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, Oxford: Basil Blackwell 1958 (*Philosophische Untersuchungen* 1953, vertaald door G.E.M. Anscombe), 19.
23. Wittgenstein's *picture theory of meaning* geeft een analogie tussen de wijze waarop een plaatje de wereld weergeeft en hoe taal (en de zinnen waaruit taal is opgebouwd) de werkelijkheid weergeven. De werkelijkheid kan het beste worden weergegeven in een plaatje omdat dan alle verbanden goed zijn weergegeven. Als de taal de werkelijkheid niet in alle facetten spiegelt, is taal volgens Wittgenstein betekenisloos. Vrij vertaald: het is zinloos te communiceren als er geen feiten zijn die juist zijn weergegeven en er geen overeenstemming is over de logica die hen verbindt. Zie Wittgenstein (1921) 1922.
24. Wittgenstein (1921) 1922, 5.62.
25. L. Wittgenstein, *Culture and Value*, Chicago: UCP 1980 (*Vermischte Bemerkungen* 1977, vertaald door P. Winch), p. 78e.

‘My propositions serve as elucidations in the following way: anyone who understands me eventually recognizes them as nonsensical, when he has used them – as steps – to climb beyond them. (He must, so to speak, throw away the ladder after he has climbed up it.) He must transcend these propositions, and then he will see the world aright.’

Wittgenstein (1921) 1922, 6.54

Het meest haalbare op dit moment is te kijken of er knelpunten zitten in onze *huidige* corporate governance om het gesprek over de nieuwe digitale realiteit in bestuur en toezicht te voeren en het begin van verandermanagement in te zetten. Dat is al een kluif op zich. Al zonder digitale transformatie, signaleert Winter²⁶ dat er in boards een dominant discours is, waarbij de prestaties van de vennootschap vooral vanuit een financiële- en controlelens worden beoordeeld, waardoor het lastig is in boards aan *cultuur* gerelateerde issues te bespreken bij gebrek aan *conceptueel begrip en conceptuele taal*. Dit gebrek aan conceptueel begrip en conceptuele taal geldt dan *a fortiori* voor het bespreken van een drastische digitale transformatie.

Bij beoordeling van prestaties op financiële indicatoren die altijd over een voorafgaande periode gaan, beoordelen boards de prestaties van een vennootschap vooral vanuit de achteruitkijkspiegel.²⁷ Om de digitale transformatie te laten slagen zullen boards vooral naar voren moeten kijken, hetgeen alleen mogelijk is als ze zich dieper in de strategische issues verdiepen. Commissarissen komen daardoor meer dan vroeger dichter op de business dan wanneer zij (financiële) resultaten beoordelen als weerslag van de business. Winter²⁸ noemt dit *governance 3.0*, als gevolg waarvan de rollen van bestuur en toezicht zich in een nieuwe onderlinge verhouding zullen moeten kalibreren, hetgeen initieel tot confrontatie, irritatie en frictie kan leiden.²⁹ Ik zal de structurele issues in de huidige boarddynamiek die tot frictie kunnen leiden hier niet bespreken.³⁰ Ik beperk me tot een aantal initiële observaties waar ik zie dat discussies *over digitale disruptie* in boards vaak *lost in translation* raken.³¹

26. J. Winter, ‘The Human Experience of Being-in-the-Board: A Phenomenological Approach’, SSRN, 2018, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3319392> (hierna: Winter 2018a), p. 7, onder verwijzing naar: E. van de Loo & J. Winter, ‘Corporate Culture is an Alarmingly Low Priority for Boards’, Insead Knowledge 10 november 2017, te vinden op <https://knowledge.insead.edu/leadership-organisations/corporate-culture-is-an-alarmingly-low-priority-for-boards-7676>. Zie op p. 4: ‘In many boards the discussion is almost exclusively geared to financial performance, controls and risk. Boards often perceive the company and its business only through this financial lens. Board members are trained and experienced to perceive and discuss the reality of the company in this way. The nature of the dialogue in the board is often analytical, an exchange of arguments based on factual information often expressed in numbers. Boards spend little time reflecting on what occurred or may occur, becoming observer of their own practice and their own role. Non-factual information expressed in doubts, intuitions and emotions is discussed only rarely in the board and quickly discarded. This dominant board discourse and practice lead boards to struggle with effectively discussing issues of culture and values for want of conceptual understanding and language.’

27. Winter 2018a, p. 4.

28. Winter 2018a, p. 5 en 8-9.

29. Zie voor een paar mooie voorbeelden van dergelijke frictie: Winter 2018a, p. 1-3.

30. Winter 2018a geeft in par. 4 een overzicht van structurele elementen in de boarddynamiek die het lastig maken om de discussie over een toekomstige strategie goed te voeren, waarnaar ik graag verwijs.

31. Ik kies hier voor een fenomenologische benadering, waarbij alleen als zinnig startpunt voor bestudering van een fenomeen de werkelijkheid is zoals die door mensen wordt ervaren in plaats van alle veronderstellingen, theorieën en oordelen over deze ervaren realiteit. In de woorden van Heidegger: ‘Being is being in the world’, M. Heidegger, *Being and Time*, Albany: State University

Om deze observaties niet in de lucht te laten hangen, zal ik daarbij telkens kort een aantal verschillen tussen de oude en nieuwe wereld op een rijtje zetten die onderdeel zouden moeten zijn van het gesprek in boards, om zo hopelijk aan een nieuwe gemeenschappelijke taal bij te dragen. Ik zal geen overzicht geven van de nieuwe digitale ontwikkelingen en hoe de negatieve effecten daarvan het beste kunnen worden gereguleerd. Aanzetten hiertoe heb ik (deels samen met Corien Prins) in ander verband gedaan, waarnaar ik graag verwijs.³²

De voorbeelden die ik ter illustratie zal geven, zijn vaak afkomstig uit de financiële sector. De reden is dat dit een zwaar gereguleerde sector is die al heel lang IT-gedreven is (waardoor er veel, vaak decennia oude, *legacy systemen* zijn), terwijl tegelijkertijd alle elementen voor potentiële disruptie aanwezig zijn. Nu iedereen zelf ook financiële diensten gebruikt (we hebben allemaal bankrekeningen, leningen, hypotheek, verzekeringen en een pensioen), zullen de voorbeelden dicht bij huis blijven en hopelijk voor iedereen voorstelbaar zijn. Als deze keuze overkomt als *bank bashing*, dan is dat niet zo bedoeld.

2.2 Observaties

2.2.1 Status quo bias

In met name gereguleerde sectoren zitten de gevestigde bedrijven zo vast in hun door compliance gedreven geïnstitutionaliseerde processen en bestaande IT-systemen (*status quo bias*),³³ dat ze zich lastig kunnen voorstellen dat deze met nieuwe technologieën wezenlijk anders zijn in te richten, ook wat betreft compliance.³⁴ Gevolg is dat de discussie in boards over implementatie van een nieuwe technologie vaak vanuit een risicoperspectief wordt gevoerd, terwijl projectrisico's in de nieuwe tijd vooral ook moeten worden gevoerd vanuit het perspectief: wat is het risico voor ons bedrijfsmodel als we dit *niet* doen.³⁵ Specifiek in de financiële sector lijkt dit te worden versterkt door het instrumentarium van de toezichthouders dat is ont-

of New York Press 1996 (Sein und Zeit 1953, vertaald door J. Stambaugh), 12:54. Zie Winter 2018a, over fenomenologie in de boardroom, paragraaf 3.

32. Moerel 2014, p. 9-13 en Moerel & Prins 2016.

33. De *status quo bias* is het verschijnsel dat mensen de neiging hebben zich vast te houden aan hun huidige situatie. Dit verschijnsel is voor het eerst zo genoemd en beschreven door W. Samuelson & R.J. Zeckhauser, 'Status Quo Bias in Decision Making', *Journal of Risk and Uncertainty* 1988, p. 7-59.

34. Ik zie deze observatie terug in het boek van A. Boden, *The Money Revolution: Easy Ways to Manage Your Finances in a Digital World*, London: Kogan Page 2019 (hierna: Boden 2019). Boden is oprichter van de mobile bank Starlings in de UK. Boden was eerst werkzaam bij een aantal gevestigde banken, waaronder ABN AMRO en RBS en beschrijft (zie p. 9-20) haar ervaringen bij haar pogingen tot doorvoering van digitale vernieuwingen bij deze laatste bedrijven, zoals bijvoorbeeld versimpeling en versnelling van procedures voor het openen van een bankrekening. Ze beschrijft als hét grote verschil dat ze ervaart tussen fintechs en de bestaande banken, de 'can do' attitude van fintechs, en beschrijft haar ervaring bij de bestaande banken als volgt: 'In my previous life, working for bricks-and-mortar banks, the tendency was to accept things as they were because it had always been done that way. Often, even if there was an inkling that it could be done better or in a more convenient way for customers, no one did anything, but someone, somewhere said it could not be done. Discussion closed.'

35. Mooie quote van Weill e.a. 2019a, p. 2: 'Digital savvy directors change the risk conversation from evaluating the project risk of particular initiatives to the business model risk of not doing something new.'

wikkeld vanuit de vorige financiële crisis, waardoor toezicht vooral wordt gehouden op problemen uit het verleden in plaats van op wat er in de toekomst nodig zal zijn. Zo wordt de overgang op nieuwe systemen die nodig zijn voor digitale innovaties soms bemoeilijkt door de focus van toezichthouders op *operational resilience* gedurende migratie, terwijl ik mij eerder zorgen maak over de continuïteit van deze banken als de legacy systemen niet vlot zouden worden uitgefaseerd. Het zo door toezichthouders aangehangen *3 line of defense*-model voor risicomanagement en interne controle,³⁶ heeft verder in de praktijk een remmende werking op innovatie. Ik werk dit uit in paragraaf 2.2.6. Al met al zie ik dat in boards soms het idee leeft dat vergaande regulering een drempel is voor nieuwkomers, terwijl regulering uiteindelijk geen drempel zal zijn voor nieuwkomers maar juist op zich al tot disruptie gaat leiden. Ook dit werk ik nader uit in paragraaf 2.6.

2.2.2 Product centric³⁷

De focus van gevestigde bedrijven ligt vooral op wat ze zich wel kunnen voorstellen en dat betreft dan digitalisering van hun bestaande diensten en verkoop- en communicatiekanalen. Dit levert efficiencyvoordelen op en meestal betere klantervaringen, maar dit levert geen nieuwe bedrijfsmodellen op en (dus) geen bescherming tegen disruptie door nieuwkomers. Disruptie komt vooral doordat nieuwe aanbieders de eindgebruiker als uitgangspunt nemen (*user-centric*). Ze bedenken wat de eindgebruiker wil hebben en bieden dit vervolgens als dienst (meestal gratis) aan. Als het aanslaat (en een substantiële user-base wordt gegenereerd) bedenken ze er een verdienmodel bij. Verdienmodellen zijn vaak indirect, waarbij de dienst gratis is en inkomsten worden verdiend uit advertenties (*advertentiemodel*). De gevestigde partijen denken vooral vanuit de eigen producten en diensten (*product-centric*) en proberen dan klantgericht te zijn. Dit is echt iets anders.

Voorbeeld: de leasemaatschappij

Een leasemaatschappij biedt bedrijven leaseauto's voor hun werknemers, en probeert echt de beste diensten te leveren, niet alleen aan haar klant de werkgever, maar ook aan de werknemers (snelle onderhoudsservice, hulp bij pech, ook via een handige app). De jongere garde werknemers wil echter helemaal geen leaseauto. Ze wil vooral mobiliteit (hoe kom ik van a naar b, zowel voor mijn werk als privé). Die wil de vrijheid hebben om de ene keer de trein te nemen met aansluitend een (deel)fiets, een andere keer is de (deel)auto de beste optie. Het traditionele leasemodel is

36. In de financiële sector is dit model *best practice*, zie European Banking Association's (EBA), *Guidelines on Internal Governance* (GL 44), London: EBA 2011, te vinden op [www.eba.europa.eu/documents/10180/103861/EBA-BS-2011-116-final-EBA-Guidelines-on-Internal-Governance-\(2\)_1.pdf](http://www.eba.europa.eu/documents/10180/103861/EBA-BS-2011-116-final-EBA-Guidelines-on-Internal-Governance-(2)_1.pdf). Zie verder de website van De Nederlandsche Bank, *Risk Management and Internal Control*, te vinden op www.ir.dnb.no/about-dnb/corporate-governance/risk-management-and-internal-control.

37. Paragraaf 2.2-2.5 zijn een uitwerking van L. Moerel, 'Ontkomen aan digitale disruptie', *Pensioen Bestuur & Management Magazine* 2019, afl. 3, te vinden op www.pensioenbestuurenmanagement.nl/nieuws/communicatie/ontkomen-aan-digitale-disruptie. Zie ook Boden 2019, p. 9 en 30: '(...) it is important to say that disruption of the centuries-old banking model involves much more than just digitizing existing services. As with each of the disruptors that have gone before, it requires an entirely new way of thinking.'

dus gevoelig voor disruptie als andere aanbieders aan de werkgevers een combinatie van al deze mobiliteitsdiensten aanbieden. De beschikbaarheid van (deel)auto's wordt dan een onderdeel van het totale dienstenaanbod. Als het de leasemaatschappij lukt zelf deze combidienst aan te bieden, heeft deze ineens niet alleen de werkgevers als klant, maar in feite ook de vele individuele werknemers. Veel van de bestaande b2b(*business-to-business*)-bedrijfsmodellen worden hierdoor in feite b2c (*business-to-consumer*). Dit voorbeeld kan worden vertaald naar willekeurig welke sector.

Voorbeeld: de pensioensector

In de pensioensector wordt er op dit moment vooral nog gedacht vanuit het bieden van het pensioenproduct, maar afhankelijk van de omstandigheden, is niet gezegd dat dit voor iedere deelnemer de juiste oplossing is. Een *user-centric*-model is gebaseerd op een *individuele* financiële levensloopbegeleiding, waarbij het maar de vraag is of een pensioenvoorziening dan voor iedere deelnemer wel onderdeel is van de mix. Het pensioenproduct wordt dan een van de potentiële producten in een geïntegreerde financiële levensloopplanning. De vraag is dus of de pensioensector een aanbieder wordt van een component van geïntegreerde dienstverlening door anderen, of probeert de sector zelf die integrator te zijn? Een juistere benaming hier zou zijn: c2b (*consumer-to-business*), waarbij de consument zelf zijn beste combinatie bij elkaar shopt.³⁸

Indien het *user-centric*-denken (ook over hun *zorgen*) wordt doorgezet voor pensioenproducten geldt het volgende. Consumenten maken zich zorgen over hun gebrek aan inzicht in hun financiën als ze met pensioen gaan. De trend van *fintech* is dit inzichtelijk te maken, zodat ze meer controle krijgen over hun pensioen. Er zijn bijvoorbeeld diverse apps die via een onlinedashboard een realtime geïntegreerd overzicht bieden van alle pensioenrechten (in plaats van dat je alle jaarlijkse overzichten bij elkaar op moeten tellen), inzicht bieden in hoeveel maandelijks moet worden geïnvesteerd – gebaseerd op het huidige inkomen en de huidige leeftijd – om op de gewenste pensioenleeftijd tot het gewenste pensioen te komen (waarbij verschillende niveaus worden geboden), en die automatisch maandelijks betalingen overboeken (of een prompt geven om met enkele clicks die betalingen te doen).³⁹

2.2.3 Ondoorzichtige bundeling van diensten en kruisbestuiving tussen diensten

Bedrijfsmodellen die zijn gebaseerd op *solidariteit* tussen klanten of op onderlinge *kruissubsidiëring* van producten en diensten, zijn kwetsbaar voor disruptie. De digi-

38. Zie Accenture, *Global Financial Services Consumer Study*, 2019, te vinden op www.accenture.com/_acn-media/PDF-95/Accenture-2019-Global-Financial-Services-Consumer-Study.pdf#zoom=50 (hierna: Accenture 2019), p. 1 en 22, waar als eerste *key finding* wordt gerapporteerd: 'Customers want integrated propositions addressing core needs.'

39. Boden 2019 geeft een mooi overzicht van *best in class* pensioenapps: Retirement Countdown, Retire Logix, PensionBee, Nutmeg en Moneyfarm.

talisering brengt een *ontbundeling* mee. Een voorbeeld van een bedrijfsmodel gebaseerd op solidariteit zijn verzekeringen. In beginsel betaalt iedereen eenzelfde premie voor een levensverzekering, en wordt de premie berekend op grond van de gemene deler. Door mensen een fitnessbandje te geven, kan de bewegingsfrequentie worden gemeten.⁴⁰ Hierdoor wordt het mogelijk een zogenaamde *pay-as-you-live*-verzekering aan te bieden, waarbij mensen met een betere bewegingsfrequentie minder voor hun verzekering betalen. Door de personalisering kunnen nieuwe aanbieders goedkopere aanbiedingen doen aan de betere klanten (degenen die meer bewegen). Zo halen ze de krenten uit de pap. Degenen die minder bewegen, blijven bij hun bestaande aanbieder. Het gevolg kan zomaar zijn dat voor de bestaande aanbieders de dure klanten overblijven.

Een voorbeeld van disruptie bij kruissubsidiëring van diensten zijn de onlinemediën.⁴¹ Veel van de nieuwe onlinenieuwsdiensten zijn gratis en worden gefinancierd uit advertentie-inkomsten. Omdat de adverteerders per 'click' betalen, worden vooral de artikelen gepubliceerd die de meeste clicks genereren. En dat zijn meestal niet de diepgravende achtergrondartikelen, maar juist de kortere sensationele berichten. Het digitale advertentiemodel heeft in feite transparant gemaakt dat aan de traditionele krant een onzichtbare kruissubsidiëring ten grondslag lag waarbij de onderzoeksjournalistiek werd gefinancierd uit de korte nieuwsberichten. Dit heeft veel onderzoeksjournalistiek inmiddels de das om gedaan.⁴²

'How do we create high-quality content in a world where advertisers want to pay by the click, and consumers don't want to pay at all?'

Nisenholtz 2006

Voorbeeld: de pensioensector

Ons pensioenstelsel is gebaseerd op solidariteit en bevat ook kruissubsidiërende elementen, waardoor het kwetsbaar is voor nieuwe dienstverleners die de krenten uit de pap willen halen. Denk aan de solidariteit tussen jong en oud, de verplichte bedrijfstakpensioenfondsen waarbij tussen bedrijven grote verschillen zitten in de leeftijdsopbouw van deelnemers en ziekteverzuim, en pensioenfondsen waarbij nieuwe regelingen worden ingevoerd en de oude en meestal duurder regelingen worden voortgezet en uit een omslagpremie wordt vergoed.

40. Zie voor een dergelijke pay-as-you-live verzekering: *Oscar Health*, te vinden op <https://play.google.com/store/apps/details?id=com.hioscar.member&hl=nl>; voor een bespreking: A. Khouri, 'Insurance start-up Oscar seeks to shake-up healthcare through its app', *Los Angeles Times* 18 oktober 2015, te vinden op www.latimes.com/business/la-fi-cutting-edge-oscar-20151018-story.html.

41. Moerel 2014, p. 16.

42. Moerel 2014, p. 16 en daar opgenomen literatuur. De quote is van M. Nisenholtz uit zijn openingspeech bij 'Online Publishers Association (OPA) '06: Forum for the Future', 1-3 March 2006, zoals gerapporteerd in J. Deans, 'OPA conference: the morning', *The Guardian* 2 maart 2006, te vinden op www.theguardian.com/media/organgrinder/2006/mar/02/opaconferenceisdigitalthe.

Potentiële disruptie speelt natuurlijk vooral op de onderdelen waar de deelnemers nu of in de toekomst een keuzevrijheid hebben om bij hun pensioenfonds wel of niet een aanvullende pensioenvoorziening af te sluiten. Alternatieve aanbieders zullen dan op basis van algoritme gestuurde data-analyse een inschatting maken van het *langlevenrisico*. Deze kunnen dan deelnemers met bijvoorbeeld een ongezonde levensstijl en een lagere levensverwachting, een lagere premie voor aanvullend pensioen bieden of tegen eenzelfde premie een hogere pensioenuitkering (in de verwachting van een kortere periode waarin pensioen zal moeten worden uitbetaald). Voor je het weet heb je als pensioenfonds voor je aanvullend pensioen vooral deelnemers met een hoge levensverwachting en dus vanuit het financiële perspectief van het fonds een hoog *langlevenrisico*, waardoor het product in feite niet uit kan. Het advies is hier zelf disruptie toe te passen (producten te *ontbundelen* en *smart* te maken), voor iemand anders het voor je doet.

2.2.4 Ongelijk speelveld of gebrek aan sympathie?

De op de wensen van de gebruiker afgestemde, gebruiksvriendelijke en veelal gratis diensten leveren (initieel) veel sympathie van gebruikers op, als gevolg waarvan er een ongelijk speelveld lijkt te zijn ontstaan waarbij de gevestigde bedrijven (het gevoel hebben) aan strengere ethische maatstaven te worden afgemeten dan de nieuwkomers. Een strategie van kopiëren van de modellen van nieuwkomers werkt als gevolg daarvan averechts. Dit levert grote frustratie op bij gevestigde partijen en ook een zekere verlamming om te innoveren (*kunnen we dit doen, of krijgen we een ING'tje*).⁴³ Overigens worstelen de nieuwkomers met een vergelijkbaar dilemma wanneer ze na eerst gratis diensten te hebben aangeboden (en veel sympathie te hebben gegenereerd) een verdienmodel willen invoeren (hetgeen de sympathie erodeert). Voor de nieuwkomers is het koord dansen om de sympathie van de gebruikers *te behouden*. Verschil is dat de gevestigde bedrijven eerst nog sympathie *moeten winnen* voor hun digitale diensten, wat een lastiger volgorde is.⁴⁴ Ik werk dit verder uit in paragraaf 2.3.2.

43. Dit is dan een referentie aan de storm van protest die in 2014 ontstond toen ING een proef was gestart om op basis van betaalgegevens gepersonaliseerde aanbiedingen te gaan doen. Onder druk van toezichthouders AFM en AP en de publieke opinie staakte ING de proef. Zie over de ophef A. Wokke, 'Instanties kritisch over proef ING met advertenties op basis van betalingsgedrag', *Tweakers* 14 maart 2014, te vinden op <https://tweakers.net/nieuws/94841/instanties-kritisch-over-proef-ing-met-advertenties-op-basis-van-betalingsgedrag.html> (hierna: Wokke 2014).

44. Facebook werd opgericht in 2003 en het was pas in 2012 (het jaar van de IPO), dat allerlei initiatieven werden genomen om aan te tonen dat het bedrijf niet alleen veel *likes* en *shares* kon genereren maar ook omzet. Zie voor een overzicht van deze initiatieven en de *balancing act* om met gratis diensten een verdienmodel in te voeren: 'Delicate balancing act: Facebook has been trying to turn its billion-plus users into a billions-of-dollars money engine, but they have to do it without pissing everybody off', R. Greenfield, '2012: The Year Facebook Finally Tried to Make Some Money', *The Atlantic* 14 december 2012, te vinden op www.theatlantic.com/technology/archive/2012/12/2012-year-facebook-finally-tried-make-some-money/320493/.

2.2.5 De verwachtingen van klanten worden gevormd door de buitenwereld

De digitale ontwikkelingen veranderen de verwachtingen van klanten.⁴⁵ De nieuwe diensten zijn niet alleen digitaal maar ook data gedreven (*smart*) en ontworpen op basis van *User Experience* (UX). Mensen raken gewend aan op hen afgestemde diensten en verwachten dit inmiddels ook. Bijvoorbeeld 35% van de verkopen op Amazon en 75% van de views op YouTube wordt gegeneerd door de *recommendation engine* (AI gestuurde voorspellingen).⁴⁶ In de financiële dienstverlening helpt de recente PSD2-wetgeving een handje mee, waarbij ook de Googles van deze wereld financiële producten gaan aanbieden.⁴⁷ Burgers zullen denken: 'Als een wildvreemd bedrijf mij een aanbod voor financiële diensten kan doen dat precies bij mijn levensstijl en uitgavenpatroon past en dat ik met een paar *clicks* kan afsluiten, waarom kan mijn eigen bank of verzekeringsmaatschappij dat dan niet? Die zijn er toch voor mij?'⁴⁸ Dit zijn de situaties waarin mensen hun vertrouwen verliezen in hun bestaande relaties en gevoelig worden voor een overstap. Volgens surveys zou in de Benelux tot 40% van de klanten en gebruikers van Google, Apple, Facebook en Amazon (GAFA) de mogelijkheid verwelkomen om via deze platforms te bankieren. De percentages zijn nog hoger voor beleggen en verzekeringen.⁴⁹ Opvallend is dat als ING dan gepersonaliseerde aanbiedingen wil doorvoeren, dit juist op grote maatschappelijke weerstand stuit. Velen zien hierin de dubbele standaard zoals hiervoor besproken. Anders dan gedacht is dit verschijnsel niet te herleiden tot een dubbele standaard, maar verklaarbaar vanuit de ethiek. Je kunt hierop anticiperen en dit ook managen. Ik werk dit hierna verder uit in paragraaf 2.3.2.

2.2.6 Splitsing van taken belemmert innovatie

Innovatie vergt een cultuur van openheid en transparantie, waarbij fouten mogen worden gemaakt, dilemma's kunnen worden opgebracht en besproken, en geza-

45. Zie ook Boden 2019, p. 24.

46. Zie voor deze en andere statistics J.E. Solsman, 'YouTube's AI is the puppet master over most of what you watch', *CNET* 10 januari 2018, te vinden op www.cnet.com/news/youtube-ces-2018-neal-mohan/ en I. MacKenzie, C. Meyer & S. Noble, 'How retailers can keep up with consumers', *McKinsey* oktober 2013, te vinden op www.mckinsey.com/industries/retail/our-insights/how-retailers-can-keep-up-with-consumers.

47. PSD2 staat voor de *Revised Payment Services Directive* die mogelijk maakt dat consumenten toestemming geven aan fintechs om hun betaalgegevens voor nieuwe financiële diensten te gebruiken (ook wel *open banking* genoemd). Google was een van de eerste die onder PSD2 een vergunning kreeg, zie C. Taylor, 'Google gets go-ahead from Central Bank for payments', *Irish Times* 5 januari 2019, te vinden op www.irishtimes.com/business/technology/google-gets-go-ahead-from-central-bank-for-payments-1.3747901.

48. Zie Accenture 2019, waar als *2e key finding* wordt gerapporteerd dat consumenten 'increasingly want a fully personalized offering from their financial providers. One in two consumers indicated an interest in personalized financial advice from banks that is shaped by their personal circumstances – including analysis of spending habits and advice on how to manage money'. Vergelijkbare uitkomsten blijken uit een rapport van Bain & Company, *In Search of Customers Who Love Their Bank: Customer Loyalty in Retail Banking: Global Edition 2018*, te vinden op www.bain.com/contentassets/7c3b1535c4444f7b8a078c577078a705/bain_report-in_search_of_customers_who_love_their_bank-2018.pdf.

49. Zie Accenture 2017. Zie tevens Banken.nl, *Banken verliezen terrein aan concurrerende techbedrijven*, 11 december 2018, te vinden op www.banken.nl/nieuws/21303/banken-verliezen-terrein-van-concurrerende-techbedrijven.

menlijk besluiten worden genomen over inrichting van de nieuwe diensten en de te nemen risico's. Met name de gereguleerde bedrijven hebben vaak een governance waarbij de business geacht wordt te innoveren en de compliancefunctie vervolgens een check doet of de nieuwe diensten/producten aan de eisen voldoen. Compliance is de *second line of defence*, waarbij de nadruk ligt op controle om onregelmatigheden tegen te gaan. Deze splitsing van taken remt innovatie. Doordat de nieuwe technologieën nog niet (uitputtend) zijn gereguleerd is het lastig om een eenduidige compliancecheck te doen. Met name *artificial intelligence* (AI) opent een geheel nieuw scala aan design issues⁵⁰ en daarmee gemoeide ethische dilemma's⁵¹ (zie voor voorbeelden van design issues en ethische dilemma's hierna paragraaf 2.2.7).

'Information technology has changed? about everything in our lives (...)
But while we have new ethical problems, we don't have new ethics.'

Lotti 2009/2010

Voor het trainen van AI zijn verder grote hoeveelheden data nodig (meestal gegevens van consumenten). De Europese privacyregels⁵² vereisen dat nieuwe technologieën die persoonsgegevens verwerken worden ingericht op basis van *privacy-by-design*.⁵³ Er dient verder een *Data Protectie Impact Assessment* te worden uitgevoerd,⁵⁴ waarbij de potentiële impact voor individuen (en daarmee voor de maatschappij als geheel)⁵⁵ dient te worden meegenomen, *ethics-by-design* dus.⁵⁶ Dit is alleen mogelijk als de betreffende experts *onderdeel zijn* van de innovatieteams en het team vervolgens gezamenlijk verantwoordelijkheid voor compliance neemt. *Privacy-by-design* en *ethics-by-design* betreft niet het kiezen tussen opties a en b, maar het ontwikkelen van optie c om de negatieve impact op het individu en de maatschappij te mitigeren.⁵⁷

Voorbeeld: toepassing AI

De privacyregels vergen dat toepassing van algoritmes niet tot discriminerende uitkomsten leidt⁵⁸ en indien een bedrijf algoritmes toepast voor

-
50. Van den Hoven, Miller & Pegge 2017, p. 5: 'Artificial intelligence and machine learning opens up a completely new field of design issues.'
 51. Zie Moerel 2014, p. 47. De quote is van M. Lotti, 'Ethics and the information Age', Effect Magazine Online 2009/2010.
 52. Met name de Europese Algemene verordening gegevensbescherming (EU) 2016/679 (AVG) en de Nederlandse Implementatiewet AVG, *Stb.* 2018, 144.
 53. Artikel 25 en 32 AVG.
 54. Artikel 35 AVG.
 55. Denk bijvoorbeeld aan een potentieel *chilling effect* op de vrijheden van individuen bij inzetten van voortdurende monitoringtechnieken.
 56. 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 (WP 217), 2014, p. 36-37; en Article 29 Working Party, Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) and determining whether processing is 'likely to result in a high risk' for the purposes of Regulation 2016/679 (WP 248), 2017, p. 14.
 57. Van den Hoven, Miller & Pegge 2017, p. 5.
 58. Regelmatig zien we in het nieuws dat het toepassen van zelflerende algoritmes tot discriminerende uitkomsten leidt. Zo stopte Amazon in 2018 met zijn sollicitatierobot omdat die discrimineerde tegen vrouwelijke kandidaten. De robot werd getraind op basis van de cv's die het bedrijf in het verleden had ontvangen. Omdat bij Amazon nu eenmaal veel meer mannen dan vrouwen werken, ontwikkelde het algoritme al snel een voorkeur voor mannelijke kandidaten. Om dit op te lossen werden de cv's genderneutraal gemaakt. Maar zelfs toen bleef het algoritme via een omweg verklaringen vinden waarom mannelijke cv's vaker tot selectie hadden geleid. Het algoritme leerde om voorkeur te geven aan vaker door mannen gebruikte woorden zoals 'executed' en 'captured'. Zie:

automatische besluitvorming gebaseerd op profilering (bijvoorbeeld voor het automatisch toe- of afwijzen van leningen of verzekeringen), individuen recht hebben op betekenisvolle informatie over de onderliggende logica van de besluitvorming en op een specifieke uitleg van een besluit dat hen aangaat, zodat ze dit besluit kunnen aanvechten.⁵⁹ Op dit moment zijn echter de geavanceerde vormen van AI nog een *black box* in de zin dat we niet weten hoe het algoritme tot zijn output komt. In dat geval zullen additionele maatregelen moeten worden getroffen om te zorgen dat aan de transparantie- en uitlegvereisten kan worden voldaan en ook dat het algoritme zodanig wordt getraind dat potentiële *bias* wordt gemitigeerd.⁶⁰ De innovatie van de grote Amerikaanse techbedrijven is er vol op gericht om te borgen dat algoritmes niet tot discriminatie leiden en om de *black box* te kraken om zo aan transparantie- en uitlegvereisten te kunnen voldoen.⁶¹

Innovatie ziet dus ook (en vaak vooral) op compliance. De business is (als *first line of defense*) verantwoordelijk om optie c te ontwikkelen, maar is daar in de praktijk onvoldoende toe in staat.⁶² De complianceafdeling kan vervolgens vaak niet anders dan de innovatie af te keuren. Deze gang van zaken leidt tot het (onjuiste) idee binnen boards van gevestigde bedrijven (vaak gestimuleerd door consultants) dat het bedrijf bereid moet zijn *buiten de lijntjes te kleuren* om te kunnen innoveren, terwijl innovatie op de compliance zelf moet plaatsvinden. Dit hebben GAFA heel goed door, met als gevolg dat regulering uiteindelijk geen drempel zal zijn voor nieuwkomers

J. Dastin, 'Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women', *Reuters Business News* 10 oktober 2018, te vinden op www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G.

59. Artikel 13, 14 en 22 lid 3 en overweging 71 AVG. Zie over deze vereisten, L. Moerel & M. Storm, 'Automated Decisions based on Profiling. Information, Explanation or Justification, That is the Question!', in: N. Aggarwal e.a. (red.), *Autonomous Systems and the Law*, Beck/Hart Publishers 2019, hoofdstuk C. XVI. Zie over de accountability vereisten voor toepassen van automatische besluitvorming op basis van profilering: Article 29 Working Party, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679 (WP251)*, 2017, as revised and adopted on 6 February 2018.
60. Het valt nog niet mee dit op goede wijze te doen, zie hierover: L. Moerel, 'Algoritmes kunnen discriminatie beperken, maar alleen met goede data', *FD* 12 november 2018, te vinden op <https://fd.nl/opinie/1277940/algoritmes-kunnen-discriminatie-juist-beperken-maar-alleen-met-goede-data>.
61. Maar ook de Amerikaanse overheid laat zich niet onbetuigd, zie voor een voorbeeld van innovatie op het terrein van *explainable AI* (ook wel: *XAI*) een project van de U.S. Defense Advanced Research Projects Agency (DARPA), D. Gunning, 'Explainable Artificial Intelligence (XAI)', te vinden op [www.cc.gatech.edu/~alanwags/DLAI2016/\(Gunning\)%20IJC-AI-16%20DLAI%20WS.pdf](http://www.cc.gatech.edu/~alanwags/DLAI2016/(Gunning)%20IJC-AI-16%20DLAI%20WS.pdf). Een specifiek voorbeeld van *XAI* is de zogenaamde Local Interpretable Model-Agnostic Explanations (LIME), zie M.T. Ribeiro, S. Singh & C. Guestrin, 'Introduction to Local Interpretable Model-Agnostic Explanations (LIME)', *O'Reilly Media* 12 augustus 2016, te vinden op www.oreilly.com/learning/introduction-to-local-interpretable-model-agnostic-explanations-lime.
62. Dit is ook een van de bevindingen van een onderzoek uitgevoerd door A. Udding, 'Three Lines of Defence: a Panacea?', *Axveco* 1 november 2016, te vinden op <https://axveco.com/three-lines-of-defence-a-panacea/>. Het onderzoek rapporteert 5 factoren die een goede werking van het model in de praktijk ondermijnen. De tweede factor is: 'Lack of first line accountability. The respondents to our survey indicate that the first line remains most important, whilst it is also seen as being the least effective. The main challenge raised by the survey respondents is that implementation of the model within their organisations allows for ambiguity around roles and responsibilities. Where this happens, the first line can neglect their risk management duties, which typically forces the second line to step in and address this weakness. This can result in the risk function owning risks or performing first line tasks such as process documentation.'

maar juist op zich al tot disruptie gaat leiden. Illustratief is dat voor de grote techbedrijven makkelijker is te voldoen aan de strenge AVG-vereisten, waardoor AVG-compliance zelfs een competitief voordeel oplevert.⁶³

Mijn conclusie is dat het zo door toezichthouders aangehangen *3-line-of-defense*-model in deze vorm niet geschikt is om tot verantwoorde innovatie te komen. Door jarenlange *controle* door de compliancefunctie is het zelflerende vermogen van de business om zelf contextuele beoordelingen en ethische afwegingen te maken ondermijnd.⁶⁴ Ik heb eerder geschreven dat contextuele beoordelingen en ethische afwegingen *spieren* zijn die verschromen als je ze niet gebruikt.⁶⁵ In de huidige overgereguleerde sectoren zoals de financiële sector, is de reflex inmiddels dat als er geen regel is die iets verbiedt, dat het dan dus mag. In de woorden van Van de Loo en Winter: *Omdat wat niet geregeld is wordt ervaren als moreel vrij terrein hoeven we ook op dat terrein geen morele afwegingen te maken.*⁶⁶

‘Moral skill is chipped away by an overreliance on rules that deprives us from the opportunity to improvise and learn from our improvisations.’

Schwartz 2009

Omdat de nieuwe digitale diensten ons voor nieuwe ethische dilemma’s stellen, is de nieuwe werkelijkheid niet in regels te vangen (als dat al mogelijk zou zijn). De business zal zelf (met hulp van compliance-experts) deze praktische vaardigheden dienen te trainen en de zelfdiscipline dienen op te brengen om de juiste morele koers te varen en tegelijk de discipline op te brengen om snel fouten te onderkennen en ermee te stoppen. Wat dit laatste betreft wordt vaak gesignaleerd dat bij gevestigde bedrijven falen wordt gezien als een zwakte, terwijl bij de nieuwkomers dit wordt gezien als een kracht, mits een mislukking snel wordt onderkend. Een persoonlijke kanttekening hierbij is dat het *vieren* van falen in deze techbedrijven niet betekent dat ondermaats presteren wordt geaccepteerd. Het *vieren* van mislukkingen in deze bedrijven geschiedt door de absolute *best of the best*, in een bedrijfscultuur waar alleen plek is voor excelleren.⁶⁷ Ook dat is niet een cultuur die *één, twee, drie*

63. Zie over het competitieve voordeel van de AVG voor de grote Amerikaanse techbedrijven, J. Yueh, ‘GDPR will make big tech even bigger’, *Forbes* 26 juni 2018, te vinden op www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2018/06/26/gdpr-will-make-big-tech-even-bigger/. Zie verder Boden 2019, p. 11.

64. Van de Loo & Winter 2016, p. 6, beschrijven dat regels een paradoxaal effect op mensen kunnen hebben (en noemen dit: *regulatory crowding out*): ‘Meer en meer regels vervangen de verantwoordelijkheid die we voelen voor ons gedrag en de gevolgen daarvan voor anderen door verantwoordelijkheid om de regels na te leven. Toenemende regelgeving genereert een gevoel dat alles wat niet verboden is derhalve is toegestaan en geen beoordeling meer vraagt van de consequenties van het eigen gedrag voor anderen.’ Hetzelfde effect is zichtbaar bij toenemend extern toezicht of het instellen van een interne complianceafdeling (zie eveneens p. 6). Zie ook J. Winter, ‘A Behavioral Perspective on Corporate Law and Corporate Governance’, in: J.N. Gordon & W.G. Ringe (red.), *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*, Oxford: OUP 2018, p. 170.

65. L. Moerel, ‘Als algoritmen routinewerk overnemen nekt dat ook expertise’, *FD* 19 juni 2018, te vinden op <https://fd.nl/opinie/1258607/als-algoritmen-routinewerk-overnemen-nekt-dat-ook-expertise>.

66. Van de Loo & Winter 2016, p. 6, onder verwijzing naar B. Schwartz, *Our Loss of Wisdom* [videobestand], februari 2019, te vinden op www.ted.com/talks/barry_schwartz_on_our_loss_of_wisdom/#t-522865.

67. De CEO van Amazon noemt Amazon stelselmatig ‘best place in the world to fail’, zie R. Mac, ‘Jeff Bezos Calls Amazon “Best Place In The World To Fail” In Shareholder Letter’, *Forbes* 5 april 2016, te vinden op www.forbes.com/sites/ryanmac/2016/04/05/jeff-bezos-calls-amazon-best-place-in-the-

is te kopiëren. Uit het voorgaande volgt ook dat innovatie een ander profiel van de compliance officer vergt, niet iemand die controleert op onregelmatigheden, maar iemand die *out-of-the-box* kan meedenken over nieuwe technische oplossingen om tot een goed product of goede dienst te komen. Daar zijn de huidige complianceafdelingen niet op ingericht en toe uitgerust. Een vaak gehoorde klacht is dat als compliance bij aanvang van een innovatieproject wordt betrokken, innovatie niet van de grond komt. Werkend met de *Chief Privacy Officers* van de Amerikaanse techbedrijven is mijn observatie dat deze functie al veel eerder bestond in de U.S. (terwijl geen regel hen daartoe dwingt), en dat dit heel *business-and-tech-savvy*-persoonlijkheden zijn die onderdeel uitmaken van de innovatieteams, van een zwaarder kaliber dan hier en ook navenant beter worden betaald. Ook hier gaat de kost uit voor de baat.

2.2.7 Design choices en ethische dilemma's

Voor veel digitale diensten is verwerking van persoonsgegevens nodig waarvoor onder de AVG voorafgaande toestemming (*opt-in*) van de consument is vereist of waarbij een bezwaarmogelijkheid (*opt-out*) moet worden geboden. De online inrichting en vormgeving van *opt-in*'s en *opt-out*'s (in jargon: de *choice architecture*), vergt vele designbeslissingen waarbij ethische afwegingen moeten worden gemaakt.⁶⁸ Omdat de commerciële belangen om zo veel mogelijk data te verzamelen groot zijn, gaan in de praktijk alle trukendozen open om bezoekers van websites en gebruikers van apps te verleiden om een *opt-in* te geven (of om hen het lastig te maken om een *opt-out* te doen). Er wordt daarbij met het design ingespeeld op *voorspelbaar irrationeel* gedrag van mensen, waardoor ze keuzes maken die niet in hun eigen belang zijn.⁶⁹ Een heel simpel voorbeeld is dat consumenten eerder geneigd zijn op een blauwe button te klikken dan een grijze, ook als de blauwe de minst gunstige optie betreft. Illustratief is dat Google ooit 41 kleuren blauw heeft getest om *user response* te meten.⁷⁰ Voordat u denkt *dat zouden wij als bedrijf nooit doen*, geef ik u mee dat ook nagenoeg alle gevestigde bedrijven het consumenten opzettelijk

world-to-fail-in-shareholder-letter/#5aa338f37bc5. Tegelijkertijd is de cultuur van het bedrijf extreem veeleisend, zie D. Lee Yohn, 'Company culture doesn't need to be "warm and fuzzy" to be effective', QZ 14 maart 2018, te vinden op <https://qz.com/work/1227352/amazon-proves-company-culture-doesnt-need-to-be-warm-and-fuzzy-to-be-effective/>.

68. R.H. Thaler & C.R. Sunstein, *Nudge, Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. Yale: YUP 2008 (hierna: Thaler & Sunstein 2008), p. 3 wijzen er terecht op dat ICT-architecten en professionals zogenaamde *choice architects* zijn, die de context ontwerpen waarin mensen beslissingen nemen.

69. Dit is het terrein van de behavioural economics. Zie hierover D. Ariely, *Predictably Irrational*, London: HarperCollinsPublishers 2009 (hierna: Ariely 2009), Introduction. Zie voor de trukendozen van de 3 grootste techbedrijven het rapport van de Noorse Consumenten Raad, *Deceived by Design: How tech companies use dark patterns to discourage us from exercising our privacy rights*, 27 juni 2018, te vinden op <https://fil.forbrukerradet.no/wp-content/uploads/2018/06/2018-06-27-deceived-by-design-final.pdf> (hierna: Noorse Consumenten Raad 2018). De ACM heeft aangekondigd dat het afgelopen moet zijn met het misbruik maken van dit soort voorspelbaar irrationeel consumentengedrag en dat bedrijven een zorgplicht hebben om de *choice architecture* op een voor de consument goede manier in te richten, Authority for Consumers & Market (ACM), *Taking advantage of predictable consumer behavior online should stop*, september 2018, te vinden op www.acm.nl/en/publications/taking-advantage-predictable-consumer-behavior-online-must-stop.

70. Zie Noorse Consumenten Raad 2018, p. 19, onder verwijzing naar L.M. Holson, 'Putting a Bolder Face on Google', *The New York Times* 28 februari 2009, te vinden op www.nytimes.com/2009/03/01/business/01marissa.html.

lastig maken om hun werkelijke keuze te maken, en daarbij weinig moreel besef lijken te hebben van *wat ze fout doen*. Terwijl als je iemand in de offline wereld zo opzettelijk op het verkeerde been zou zetten, iedereen onmiddellijk zelf ook zou voelen dat dit echt niet kan.⁷¹ Een deel van de verklaring hiervoor is dat GAFA bewust en systematisch met hun digitale diensten de grenzen hebben opgerekt om zo hun gebruikers te wennen aan bepaalde verwerkingspraktijken.⁷² Hoewel GAFA ter zake inmiddels zwaar onder vuur liggen,⁷³ zien we toch dat dit het zicht heeft vertroebeld op wat nu wel of niet *ethisch* gebruik is van data. Hoewel er compliance-regels zijn, betreffen deze wettelijke regels vooral een bodem waar je niet onder mag gaan. Compliance betekent nog niet dat je als bedrijf ook maatschappelijke verantwoordelijkheid neemt en langetermijnwaarde creëert. Dit vergt reflectie op de missie van een bedrijf en hoe deze het beste kan worden vormgegeven in een digitale wereld. Dat lijkt simpel en voor de hand liggend, maar dat is het niet. Ik zie regelmatig uitgewerkte digitale strategieën die niet bijdragen (of zelfs contrair zijn) aan de missie. Innovatie wordt vaak buiten de bestaande kaders gebracht met de gedachte dat alleen dan *moon-shot*-ideeën kunnen worden ontwikkeld. Innovatie dient echter ook gericht plaats te vinden om de missie ook digitaal waar te maken.

Voorbeeld: missie van de bank

Als een bank als missie heeft mensen in staat te stellen bewust keuzes te maken voor een gezonde financiële toekomst (*financiële autonomie*), dan zul je als board ook moeten nadenken over wat *digitale* financiële autonomie eigenlijk vergt. Dat zal met de nieuwe digitale mogelijkheden op zijn minst betekenen dat klanten een budgettool wordt geboden die realtime inzicht geeft in hun financiën en pensioenrechten (waarbij ook rekeninginformatie en pensioenrechten bij andere instellingen worden geïntegreerd), zodat ze hun persoonlijke financiën en pensioen kunnen managen.⁷⁴ Zolang je dit soort functionaliteit niet biedt, geef je geen inhoud aan je missie. We zien dat op dit onderdeel door de banken de eerste stappen worden gezet,⁷⁵ maar dat wordt dan vaak gezien als een leuke nieuwe digitale *gadget* in plaats van als een noodzakelijke stap om de missie inhoud te geven.

71. Zie Van den Hoven, Miller & Pegge 2017, p. 25, waar de ethische dimensie van misleidende choice architecture goed wordt geïllustreerd door een voorbeeld te geven waarbij iemand met alzheimer opzettelijk in de war wordt gebracht door zijn systeem van herinneringsbriefjes in de war te brengen. Zie voor een verklaring van een vergelijkbaar verschijnsel: Ariely 2009, Introduction en hoofdstuk 14: 'Why Dealing with Cash makes us More Honest', waarin blijkt dat de meeste oneerlijke praktijken één stap verwijderd zijn van het stelen van cash. Het voelt blijkbaar minder erg om in de boekhouding te rommelen dan echt geld van iemand te stelen.
72. Zuboff 2019 beschrijft overtuigend dat sommige ogenschijnlijke *failures of judgement*, die het management van Facebook en Google bestempelen als *missteps* en *bugs* (zie voor voorbeelden p. 159), in feite welbewuste, systematische acties betreffen bedoeld om hun gebruikers te wennen aan bepaalde praktijken om zo uiteindelijk de sociale normen ter zake op te schuiven. Zie over wat Zuboff 2019 de *Disposition Cycle* noemt: p. 138-166.
73. Zuboff 2019, gaat uitgebreid in op de fascinerende vraag hoe het mogelijk is dat GAFA er zo lang mee weg zijn gekomen, zie p. 100-101.
74. Zie Boden 2019, voor vele voorbeelden van nieuwe fintechapps die dergelijke transparantie en diensten bieden om financiële zaken te managen.
75. In juni 2019 introduceerde ABN AMRO de *Grip app*; een budgettool voor het managen van persoonlijke financiën, waarbij nu ook inzicht in rekeninginformatie van een (vooralsnog) beperkt aantal andere banken wordt betrokken.

Ter illustratie geef ik hierna verder een aantal voorbeelden van nieuwe ethische dilemma's die opkomen bij AI gedreven digitale diensten (voor degenen die zijn geïnteresseerd in mijn reflecties op deze dilemma's, zie aan het slot van deze bijdrage).

Voorbeelden: ethische dilemma's

Dilemma 1. De riskafdeling van een financiële instelling ontwikkelt een algoritme om de kans op niet-nakoming van betalingsverplichtingen van haar klanten te voorspellen. Echtscheiding blijkt een grote voorspellende indicator voor het niet-nakomen van betalingsverplichtingen onder leningen en hypotheek. Het algoritme kan op basis van gegevens op sociale media voorspellen hoe groot de kans van een klant is op echtscheiding. Worden deze data en wordt deze factor meegenomen in besluitvorming?

Dilemma 2. Een financiële instelling heeft een authenticatietool ontwikkeld waarbij op basis van analyse van online gedragskenmerken (interactiepatronen met devices, voorkeuren voor toetsgebruik, hand-oogcoördinatie, handtrillingen, druk uitgeoefend op toetsen) een gedetailleerd gedragsprofiel van rekeninghouders kan worden gemaakt, op basis waarvan een rekeninghouder kan worden herkend als deze inlogt op zijn onlinebankrekening. Als degene die inlogt afwijkend gedrag vertoont, wordt eerst een nadere identiteitscontrole gedaan (ter voorkoming van fraude). Het algoritme blijkt ook wijzigingen in emotionele gemoedstoestand te kunnen voorspellen (toe- of afname in agitatie, concentratie, onzekerheid) en kan daarmee worden ingezet om risico-indicatoren te monitoren in de gemoedstoestand van de flitshandelaren.⁷⁶ De beste flitshandelaar van de afdeling laat een sterke stijging van risico-indicatoren zien, maar zijn handelspatronen zijn hetzelfde. Zet je deze tool ook in voor monitoring? Grijp je op basis van de uitkomsten in?

Dilemma 3. Er is een tekort aan een kritisch recept-geneesmiddel van een groot farmaceutisch bedrijf. Er zijn veel klachten, maar er blijven her en der ook geneesmiddelen onafgehaald liggen. Er wordt een algoritme ontwikkeld om de vraag te voorspellen en de distributie te kunnen optimaliseren. Het algoritme werkt goed, er blijven minder producten liggen en het aantal klachten vermindert drastisch. Het management is vol lof: betere distributie en ook een verhoging van de omzet. Na een maand ontdekt de data scientist dat het algoritme bepaalde postcodes minder bedient dan andere. Wat doe je als data scientist?

Dilemma 4. Een algoritme laat zien dat vrouwen die zwanger zijn substantieel gevoeliger zijn voor aanbiedingen voor een levensverzekering. Zodra

76. Zie over de mogelijkheid om op basis van iemands online gedrag zijn/haar emotionele staat in kaart te brengen: S. Levin, 'Facebook told advertisers it can identify teens feeling "insecure" and "worthless"', *The Guardian* 1 mei 2017, te vinden op www.theguardian.com/technology/2017/may/01/facebook-advertising-data-insecure-teens.

de zwangerschap voorbij is, is deze gevoeligheid weg. Ga je als marketeer inzetten op gepersonaliseerde aanbiedingen voor levensverzekeringen speciaal aan zwangere vrouwen?

2.2.8 Risico op nieuwe woekerpolisaffaires

Omdat compliance in het ontwerp van de inrichting van de AI-gestuurde oplossingen zit, worden belangrijke ontwerpbeslissingen genomen door de *data scientists*. Individuele designbeslissingen kunnen soms op *microniveau* vanuit het perspectief van de data scientists volstrekt logisch zijn, maar op *macroniveau* problematisch worden in combinatie met alle andere microbeslissingen in het eindresultaat. Doordat er zo veel spelers bij ontwikkelingen betrokken zijn, ontstaat *the problem of the many hands*, waarbij niemand uiteindelijk het overzicht heeft en niemand zich voor het complete eindresultaat verantwoordelijk voelt.⁷⁷ Een probleem dat de gevestigde banken bij hun *Anti Money Laundering-compliance* hebben ervaren, waarbij menigeen zich zal hebben afgevraagd: hoe is het toch mogelijk dat we zo veel mensen hiervoor inzetten en dan toch tot dit resultaat komen?⁷⁸ Indien ontwikkeling van AI-gestuurde oplossingen en de daarmee gemoeide designbeslissingen aan de innovatieteams met *data scientists* worden overgelaten,⁷⁹ is de kans groot dat dit tot uitkomsten leidt die uiteindelijk niet in overeenstemming zijn met de missie en het profiel van het bedrijf (zie ook het hierna te bespreken voorbeeld over de door ING gekozen *choice architecture* voor het doen van commerciële aanbiedingen aan rekeninghouders). De techbedrijven hebben inmiddels uitgebreid ervaring met dergelijke *missteps* door hun innovatieteams en hebben hun handen vol om deze miskleunen te corrigeren en hiervoor publiekelijk excuses te maken.⁸⁰ Het is de taak van boards om zich op de hoogte te stellen van waar het bij andere regelmatig misgaat en hier in de eigen organisatie richting aan te geven.⁸¹ De techbedrijven doen dit inmiddels met hun *Corporate AI Principles*⁸² en interne *ethics boards*. Sommigen experimenteren ook met

77. D. Thompson, 'Designing Responsibility: The Problem of Many Hands in Complex Organizations', in: J. van den Hoven, S. Miller & T. Pegge (red.), *Designing in Ethics*, Cambridge: CUP 2017, p. 32-56 (hierna: Thompson 2017).

78. Belangrijke conclusie van het Openbaar Ministerie bij de beoordeling van nalatigheden van ING bij het voorkomen van witwassen was dat de verantwoordelijkheid voor naleving was gelegd bij drie verschillende onderdelen van de bank en dat geen van deze onderdelen het geheel overzag, zie Openbaar Ministerie, *ING betaalt 775 miljoen vanwege ernstige nalatigheden bij voorkomen witwassen*, 4 september 2018, te vinden op www.om.nl/%40103953/ing-betaalt-775/.

79. Thaler & Sunstein 2008 wijzen er terecht op dat ICT-architecten en professionals zogenaamde *choice architects* zijn, die de context ontwerpen waarin mensen beslissingen nemen.

80. Zie voor een overzicht van dergelijke *missteps* en *bugs*, Zuboff 2019, p. 159.

81. Zie Thompson 2017, p. 36: voor executives is de *plea of ignorance* niet voldoende: 'It is sufficient that the executive should have known that mistakes of the kind that occurred were probable (for example, when there are strong incentives to complete the job as fast as possible, the risk that safety may be compromised increases). In certain organizations certain patterns are common enough that we should expect any competent official to anticipate them and to take reasonable precautions to avoid them or at least to minimize their harmful consequences.'

82. Zie bijvoorbeeld C. Machmeier, 'SAP Guiding Principles for Artificial Intelligence', SAP News Center 18 september 2018, te vinden op <https://news.sap.com/2018/09/sap-guiding-principles-for-artificial-intelligence/>; S. Pichai, 'AI at Google: our principles', Google 7 juni 2018, te vinden op <https://blog.google/technology/ai/ai-principles/>; Microsoft, Microsoft AI Principles, te vinden op www.microsoft.com/en-us/ai/our-approach-to-ai/; en S. Sharron & A. Serwin, 'Managing Corporate AI', Corporate Compliance Insights 20 juli 2018, te vinden op www.corporatecomplianceinsights.com/managing-corporate-ai/.

onafhankelijke *ethics review boards*.⁸³ De gedachte achter het instellen van een onafhankelijke ethical review board is dat een dergelijke board het probleem van de *many hands* kan adresseren (ironisch genoeg dus door in feite nog weer meer handjes toe te voegen). In de praktijk zie ik dat het instellen van een onafhankelijke ethical review board niet makkelijk is in te passen in de huidige corporate governance. Wat doe je als bedrijf als nieuwe kritische digitale diensten als onvoldoende ethisch worden bestempeld door een dergelijke board? En welke onafhankelijke expert wil in een dergelijke board zitten? Illustratief is dat Google in april 2019 aankondigde een onafhankelijke ethics board op te zetten, om dit binnen een week weer af te blazen na kritiek op de voorgestelde leden.⁸⁴

2.2.9 Risicobeoordeling vanuit bedrijfsperspectief is niet toereikend

Privacy-and-ethics-by-design vergt dat de impact van innovaties moet worden beoordeeld vanuit risico's voor *individuen* (en daarmee de maatschappij als geheel), en dan niet alleen van de eigen jurisdictie, maar grensoverschrijdend.⁸⁵ Risico's worden door gevestigde bedrijven vooral beoordeeld vanuit het perspectief van *het bedrijf zelf* en met name door de gereguleerde bedrijven, op een *jurisdictie-per-jurisdictie*-basis. Ook dit vergt een omdenken. Mijn ervaring is dat nieuwkomers dit makkelijker vinden omdat zij sowieso meestal een *global* platform ontwikkelen en een *user-centric*-benadering hebben, waarbij ze *zorgen* van de gebruikers (de door gebruikers gepercipieerde negatieve impact en risico's van diensten van gevestigde bedrijven) in de nieuwe dienst adresseren.

Voorbeeld: zorg van individuen dat ze geen controle hebben over hun financiële situatie

Gevestigde banken zijn traditioneel weinig transparant over hun verdienmodel en hoe het financiële systeem precies functioneert, met de gedachte dat volledige transparantie uiteindelijk alleen een *race to the bottom* gaat opleveren, hetgeen niet in hun belang is. Dit terwijl mensen die financiële diensten gebruiken vooral zorgen en daardoor angstige gevoelens hebben dat ze geen overzicht hebben over hun totale financiële situatie en daardoor geen geïnformeerde beslissingen kunnen nemen over bijvoorbeeld hun gewenste pensioenopbouw. Uit onderzoek blijkt dat emotionele elementen (en in het bijzonder vermindering van angstige gevoelens) een belangrijke factor is voor de *Net Promoter Score* (NPS),⁸⁶ en meer impact daarop heeft dan functionele verbeteringen van de diensten.⁸⁷ Het onder-

83. Thompson 2017, p. 46-47 concludeert dat het instellen van een onafhankelijke ethics review board het probleem van de *many hands* kan adresseren.

84. Zie J. Wakefield, 'Google's ethics board shut down', *BBC* 5 april 2019, te vinden op pagina: www.bbc.com/news/technology-47825833.

85. Van den Hoven, Miller & Pegge 2017, p. 7 en de daar opgenomen literatuur.

86. De Net Promoter Score is een index die de loyaliteit van een klant aan een bedrijf meet door middel van de vraag: 'Hoe waarschijnlijk is het dat je de dienst of het product aan een vriend of collega zal aanraden?'

87. Zie Bain & Company, *New Bain Certified NPS Benchmarks: Companies Customers Love: Introducing Reliable, Objective Net Promoter Scores For Setting Goals And Priorities*, 2018, te vinden op www.bain.com/contentassets/806b3ae1cfe540acbafe386868edae01/bain_digest_new_bain_certified_nps_benchmarks.pdf (hierna: Bain & Company 2018b), p. 4 en 7.

zoek rapporteert dat de gevestigde banken nagenoeg allemaal laag scoren op de factor *angstreductie*. Nieuwkomers spelen hierop in door met hun apps wel volledige transparantie te bieden aan hun gebruikers over hun financiële situatie (ongeacht bij welke bank of verzekeraar hun rekeningen, leningen, hypotheke en verzekeringen zijn afgesloten) waardoor het bijvoorbeeld mogelijk is een persoonlijke pensioenplanning te maken.⁸⁸

2.2.10 Gebrek aan onderkenning functie en impact AI

AI wordt vaak gezien als een slimmere versie van IT-systemen, waarbij een projectteam met *data scientists* wordt ingezet om de AI te trainen en in productie te krijgen. De functie van AI is echter niet in de kern het automatiseren van bedrijfsprocessen. De werkelijke vooruitgang en toegevoegde waarde van AI zit in het vermogen om goedkoper en beter voorspellingen te doen.⁸⁹ Als je AI door de economische lens bekijkt van een daling in prijs van voorspellingen wordt het ineens mogelijk om te bedenken waar inzet van goedkopere voorspellingen een verschil in de bedrijfsvoering kan maken. Dat is soms makkelijk te bedenken (hoe kunnen de distributie en het voorraadbeheer geoptimaliseerd worden?). En soms vergt dat fantasie, omdat de echte doorbraken die AI-toepassingen brengen in feite het bedenken is hoe je een bestaand probleem kunt herformuleren in een voorspelling.

Voorbeeld: vertaalsoftware en zelfrijdende auto's

AI heeft bijvoorbeeld een doorbraak gebracht bij vertaalsoftware, toen afgestapt werd van de gedachte dat voor het vertalen van een tekst de vertaalregels dienen te worden geprogrammeerd en in plaats daarvan algoritmes werden getraind om te voorspellen wat de meeste kans is dat de vertaling zou zijn. Hetzelfde geldt voor zelfrijdende auto's. In plaats van de verkeersregels te programmeren wordt nu een algoritme geleerd om te voorspellen hoe een goede menselijke bestuurder zou handelen.

Bij veel bedrijven wordt niet systematisch doordacht in welke bedrijfsprocessen van het bedrijf goedkopere voorspellingen een rol kunnen spelen (of hoe sommige processen in een voorspelling kunnen worden omgezet) en waar AI dus het verschil kan maken. En als AI wordt ingezet wordt vaak gedacht dat dit een soort IT-project is waar dan de data scientists en het implementatieteam mee worden belast, waarna het project klaar is. De verwachting is dan dat minder werknemers nodig zijn voor een taak of dat eenzelfde aantal werknemers meer output kan gaan genereren. Bijvoorbeeld, als we kunnen voorspellen hoe distributie en voorraadbeheer te optimaliseren, hebben we daarvoor minder mensen nodig. Daarbij wordt vergeten

88. In juni 2019 introduceerde ABN AMRO de *Grip app*, een app die een budgettool biedt voor het managen van persoonlijke financiën, waarbij nu ook inzicht in rekeninginformatie van andere banken wordt betrokken. Zie Boden 2019, voor vele voorbeelden van nieuwe fintechapps die dergelijke transparantie en diensten bieden om financiële zaken te managen.

89. Zie A. Goldfarb, 'How AI is Making Prediction Cheaper', *Harvard Business Review* 22 mei 2018, te vinden op <https://hbr.org/ideacast/2018/05/how-ai-is-making-prediction-cheaper>. Zie verder het fantastische boek van A. Agrawal, J. Gans & A. Goldfarb, *Prediction Machines – The Simple Economics of Artificial Intelligence*, Harvard Business Review, 17 april 2018.

dat in economische termen, ook algoritmes hun eigen *complementaire goederen* hebben. Als de prijs van koffie omlaaggaat, gaat de vraag naar suiker en melk omhoog. De complementaire goederen van algoritmes zijn data en beoordelingen (het maken van afwegingen hoe de algoritmes in te richten en toe te passen).

Data. De meeste bedrijven denken dat ze veel data hebben, maar de praktijk wijst uit dat als een algoritme wordt ingezet om een functie te verbeteren er vraag ontstaat naar andere of meer data om het algoritme goed te kunnen trainen. Doordat de omstandigheden voortdurend wijzigen zal een algoritme verder continu moeten worden geüpdatet met de nieuwste data.

Voorbeeld: het callcenter

Stel een bedrijf wil het functioneren van het callcenter optimaliseren (minder tijd per beller en betere antwoorden). De verwachting is zo dat bepaalde problemen met producten en diensten eerder kunnen worden gespot en opgelost. Tot nu toe werd dit gedaan door de medewerkers aantekeningen van hun gesprekken met klanten te laten maken, maar omdat de medewerkers niet altijd vergelijkbare codes hanteren is het lastig goede analyses te maken. De beschikbare data zijn als gevolg onvoldoende om een algoritme te trainen. Om algoritmes in te kunnen zetten zullen eerst de callcentergesprekken zelf moeten worden omgezet in data. Dit kan bijvoorbeeld door alle gesprekken via opnames om te zetten in voice data en hier spraak- en tekst analytics op los te laten, waardoor problemen en oplossingen kunnen worden geïdentificeerd. Omdat de onderwerpen waarover klanten bellen voortdurend wijzigen dient het algoritme voortdurend te worden geüpdatet met recente data. Callcenter medewerkers kunnen vervolgens suggesties voor antwoorden krijgen terwijl ze een gesprek voeren. Problemen met producten en diensten kunnen verder nagenoeg realtime worden geïdentificeerd.

Het maken van afwegingen. Nog los van de eerder besproken design choices en ethische afwegingen (zie paragraaf 2.2.7), zijn het uiteindelijk de medewerkers die bepalen waar je het beste voorspellingen kunt inzetten, welke data je daarvoor het beste kunt inzetten en hoe je die kunt genereren, wat met de voorspellingen te doen als je ze eenmaal hebt, en of de mensen die de voorspellingen op de vloer moeten toepassen daar ook toe in staat zijn. Het goed inzetten van algoritmes vergt nagenoeg altijd re- en upskilling van medewerkers.

Voorbeeld: verzekeren of niet?

Een bedrijf wil een afweging maken of het zinvol is om een verzekering te nemen voor bepaalde gebeurtenissen. Een algoritme kan voorspellen wat het risico is op een bepaalde gebeurtenis en wat de daarmee gemoeide kosten zullen zijn. Dan zul je nog steeds de afweging moeten maken wat je gaat doen met die voorspellingen. Dat hangt ook af van andere maatregelen die je kunt nemen om risico's te voorkomen. De uitkomsten van het algoritme zijn in dat geval input voor een afweging, maar niet de afweging zelf.

AI met al zie ik dat de initiële verwachtingen wat betreft kostenbesparingen en efficiëntieverbeteringen door boards worden overschat en dat de impact op de organisatie wordt onderschat. Dit komt met name doordat onvoldoende wordt doordacht wat de impact is van de ‘complementaire goederen’ van AI. Implementatie van AI-toepassingen is geen eenmalig IT- project, maar vergt meestal vergaande aanpassingen van de organisatie zelf wat betreft de te genereren data en de te maken beoordelingen.

2.2.11 Wat is een open cultuur?

Mijn indruk is dat specifiek voor Nederlandse boards geldt dat ze zelf de overtuiging hebben een open cultuur te hebben (waar iedereen open zijn mening geeft en goede discussie plaatsvindt) en ook een goede cultuur hebben voor innovatie. *Speaking your mind* is echter nog iets anders dan het hebben van een *open mind*. De boards van Amerikaanse nieuwkomers hebben in de regel meer een open mind. Ze luisteren naar inzichten die anders zijn dan hun eigen begrip van de werkelijkheid en vragen daarop door (hetgeen niet betekent dat ze dan ook gaan doen wat je zegt). De reacties van boards van gevestigde partijen (en met name in de financiële sector) worden vooral gekarakteriseerd door ‘ja, maar ...’, waarbij wordt geprobeerd een nieuw inzicht in te passen in wat ze al weten (*confirmation bias*).⁹⁰ Door op deze wijze selectief inzichten in te passen in bestaande kennis, ontstaat tegelijkertijd een overschatting van de eigen digitale *savvyness*.⁹¹ Dit levert een sterke neiging op de status quo te bevestigen en bemoeilijkt *out-of-the-box* denken en een *can-do*-mentaliteit, hetgeen disruptief denken belemmert. Innovatie in Nederland lijkt dan ook vooral gericht op bestaande diensten en producten.⁹² Lastiger vinden we het om echt zelf disruptief te worden.⁹³

90. We begeven ons dan op het terrein van *bias* en *heuristics* die onze mentale processen sturen om tot snelle interpretaties en conclusies te komen. Zie over de *confirmation bias* in besluitvorming, D. Kahneman, *Thinking Fast and Slow*, London: Allen Lane 2011.

91. Zie over de zelfoverschatting van de digitale capaciteiten van de board van Nederlandse beursgenoteerde ondernemingen eerder noot 6.

92. Wellicht dat een verklaring hiervoor te vinden is in de Nederlandse calvinistische inslag, waarbij de belangrijkste drijfveer is dat je met je talenten moet woekeren. Volgens het standaardwerk van D. McClelland, *Human Motivation*, Cambridge: CUP 1987 (hierna: McClelland 1987), zijn bij mensen drie *Primary Social Motives* te onderscheiden: de eerste betreft de *Achievement Motive*, de andere twee zijn: *Power Motive* en *Affiliation Motive*. Mensen met een sterke *Achievement Motive* zijn het meest gelukkig als de resultaten van hun werk primair afhankelijk zijn van hun eigen inspanningen. Hun streven naar betere performance leidt hun vaak tot het vinden van snellere en efficiëntere manieren om een taak te volbrengen (en daarmee *incrementele innovatie*). Mensen met een sterke *Power Motive*, zijn primair gedreven door hun mogelijkheden om te beïnvloeden en zoeken leiderschapsposities (en daarmee sneller tot *disruptieve innovatie*). De *Power Motive* is sterk vertegenwoordigd in de U.S. en in de *winner-takes-it-all*-mentaliteit. McClelland 1987, p. 255, signaleert een verband tussen de *Achievement Motive* en de protestante ethiek van zelfredzaamheid (waarbij door hard werken zelfs vergeving van zonden moest worden verdiend).

93. Er is een heel discours over de vraag wanneer innovatie werkelijk disruptief is. Een vaak gegeven voorbeeld is dat de ontwikkeling van de cd geen disruptie was op de lp (het was wel een nieuwe techniek, maar niet goedkoper, waardoor veelal dezelfde aanbieders ook de cd uitbrachten). Daarentegen was de komst van digitale muziek (de muziekstreamingdiensten van Spotify) wel disruptief (een nieuwe, goedkopere techniek waardoor nieuwkomers de markt konden verstoren). De discussie wordt vaak gevoerd naar aanleiding van het werk van Clayton Christensen over disruptieve innovaties, zie C. Christensen, *The Innovator's Dilemma: Creating and Sustaining Successful Growth*, Boston: HBS Press 1997 en C. Christensen & M. Raynor, *The Innovator's Solution: Creating and Sustaining Successful Growth*, Boston: HBS Press 2013.

2.2.12 Digitaal is geen expertise maar is de business

Het bestuur stelt de (digitale) strategie op en de commissarissen hebben de taak de (digitale) strategie van het bedrijf te beoordelen en goed te keuren. Bij gevestigde bedrijven zijn beide daar op dit moment veelal onvoldoende toe uitgerust.⁹⁴ Elke digitale strategie zal (toezicht op) verandermanagement vergen, ik zou zelfs zeggen *transformatiemanagement*. Verandermanagement is onder alle omstandigheden al een ontregelende aangelegenheid, die veel inzet, doorzetting en inzicht van het leiderschap vraagt.⁹⁵ Niet alleen kan de verandering zelf mislukken maar dit betekent doorgaans ook een afkalving van het gezag van het leiderschap. Bij adaptieve uitdagingen gaat het om het ter discussie stellen en veranderen van lang vastgehouden opvattingen en gedragspatronen.⁹⁶ Het opnemen van een digitale expert als lid van bestuur of commissarissen is daartoe niet toereikend.⁹⁷ Digitalisering is geen ondersteuning van de business, maar is inmiddels de business zelf. Voor een digitale strategie dienen alle relevante aspecten in combinatie te worden beschouwd, waaronder begrepen gedrag, cultuur, risicomanagement, ethiek, compliance, strategie-executie, besluitvorming en leiderschap.⁹⁸ Om dit in goede banen te leiden dienen bij bestuur en toezicht diepgaande kennis en ervaring aanwezig te zijn om de digitale dimensie in de onderneming op te kunnen bouwen en toe te zien op de kwaliteit ervan.⁹⁹ Dit kan niet worden overgelaten aan een nieuw aangestelde (of nog aan te stellen) *digital director* of *chief digital officer* of aan externe adviseurs.¹⁰⁰

94. Weill e.a. 2019b, p. 4-5. Zie eerder: C. Stephenson & N. Olson, 'Why CIOs Make Great Board Directors', *Harvard Business Review* 15 maart 2017, te vinden op <https://hbr.org/2017/03/why-cios-make-great-board-directors> (hierna: Stephenson & Nolson 2017); D. Bonnet, 'It's Time for Boards to Cross the Digital Divide', *Harvard Business Review* 9 juli 2014, te vinden op <https://hbr.org/2014/07/its-time-for-boards-to-cross-the-digital-divide> (hierna: Bonnet 2014); D. Merrill, 'What Boards Need to Know About AI', *Harvard Business Review* 24 maart 2019, te vinden op <https://hbr.org/2019/05/what-boards-need-to-know-about-ai> (hierna: Merrill 2019).
95. De inzichten over verandermanagement in deze paragraaf zijn gebaseerd op Van de Loo & Winter 2016, p. 3-5.
96. Deze paragraaf is gebaseerd op Van de Loo & Winter 2016, p. 4, onder verwijzing naar R. Heifetz, A. Grashow & M. Linsky, *The practice of adaptive leadership*, Boston: Harvard Business School Press 2009 en E. van de Loo, 'Waarom leren gevaarlijk is', *M&O* 2010, afl. 4, p. 52-65.
97. Merrill 2019, p. 2. Zie eerder ook H. Sarrazin & P. Willmott, 'Adapting your board to the digital age', *McKinsey* juli 2016, te vinden op www.mckinsey.com/business-functions/digital-mckinsey/our-insights/adapting-your-board-to-the-digital-age (hierna: Sarrazin & Willmott 2016), p. 2: 'CLOSE THE INSIGHTS GAP. Few boards have enough combined digital expertise to have meaningful digital conversations with senior management. (...) The solution isn't simply to recruit one or two directors from an influential technology company. For one thing, there aren't enough of them to go around. More to the point, digital is so far-reaching — think e-commerce, mobile, security, the Internet of Things (IoT), and big data — that the knowledge and experience needed goes beyond one or two tech-savvy people.'
98. Van de Loo & Winter 2016, p. 4.
99. Zie ook Rapport AINED, *AI voor Nederland, vergroten, versnellen en verbinden*, oktober 2018, te vinden op www.vno-ncw.nl/sites/default/files/aivnl_20181106_0.pdf, waarbij onder het versnellingsdoel wordt aangegeven dat 'executives zich meer bewust moeten worden van de impact die AI op hun businessmodel zal hebben. Vaak is gebrek aan technische bagage een struikelblok bij dit bewustwordingsproces, en bemoeilijkt dat het nemen van afgenomen beslissingen in het bedrijfsleven', p. 30.
100. Zie voor de vereiste competenties: E.L.H. Valentine & G. Stewart, 'Enterprise Business Technology Governance: Three Competencies to Build Board Digital Leadership Capability', *48th Hawaii International Conference on System Sciences* 2005, DOI: 10.1109/HICSS.2015.539; Zie ook Sarrazin & Willmott 2016, p. 1.

Het MIT Sloan onderzoek¹⁰¹ laat zien, dat bedrijven met boards die minimaal drie *digital savvy*-leden hebben, significant betere financiële resultaten laten zien. Boven de drie was de toegevoegde waarde overigens gering. Een citaat uit het rapport: *As one director commented: A single digital savvy director in the boardroom risks feeling lonely and misunderstood. To effect change at the board level, there must be a critical mass of directors who truly understand.*¹⁰²

In de woorden van de inleiding: met minimaal drie boardleden is het mogelijk een gemeenschappelijke taal en uitgangspunten te ontwikkelen, waardoor een zinnige discussie kan plaatsvinden. De overige boardleden zullen zich deze taal en uitgangspunten voldoende eigen dienen te maken om op een zinnige wijze aan de discussie te kunnen deelnemen. Dit betekent dus dat de *hele board* zich dient te committeren aan digitale educatie.¹⁰³ Bij Amerikaanse bedrijven zien we wel dat boards een *technologie- & cybersecuritycommissie* instellen, waarbij dan niet alleen de nieuwe technologieën vanuit zowel kansen als bedreigingen van nieuwe businessmodellen worden behandeld, maar ook de cybersecurityrisico's.¹⁰⁴ Onderzoek laat verder zien dat een verhoging van de frequentie van de interactie binnen de board of een dergelijke subcommissie tot een beter uitgebalanceerde discussie over zowel kansen als risico's van nieuwe businessmodellen leidt.¹⁰⁵ Bij sommige bedrijven is cybersecurity apart ondergebracht in de auditcommissie, maar het is lastig dit element separaat van de nieuwe technologieën te beoordelen (omdat cyberrisico's daarmee symbiotisch zijn verweven) en risico's in de gehele context van de bedrijfsvoering dienen te worden beoordeeld.¹⁰⁶

2.2.13 En tot slot ... kortetermijn-KPI- en -rapportagecycli

Gevestigde bedrijven zitten vaak vast in hun traditionele rapportagecycli en verwachten dat investeringen direct omzet of besparingen opleveren, terwijl de nieuwe bedrijfsmodellen eerst gericht zijn op bereiken van zo groot mogelijke user-base en uiteindelijk meestal een indirect verdienmodel invoeren, hetgeen een langere-termijnadem (en dus -strategie) vergt. Dit wordt soms ondervangen door digitale innovaties buiten de bestaande context te ontwikkelen en hier vooralsnog geen omzet en winstverwachtingen voor te formuleren. Dat lijkt logisch, maar het werkelijke punt hier is dat nu de businessmodellen gaan transformeren, ook gedacht moet worden over een andere wijze van rapportage om de waarde uit te drukken van de nieuwe businessmodellen.¹⁰⁷ Dat is iets anders dan omzet en winstverwachtingen naar beneden bij te stellen. Ik ben verder geen expert op beloningsbeleid,

101. Weill e.a. 2019b, p. 6.

102. Weill e.a. 2019a, p. 1.

103. Weill e.a. 2019b geven een overzicht van soorten educatie die volgens boardleden zelf het meest effectief waren.

104. Zie positief over instelling van een technologiecommissie Feracone 2019.

105. K. Kark e.a., 'Technology and the boardroom: A CIO's guide to engaging the board', *Deloitte Insights* februari 2019, te vinden op www2.deloitte.com/insights/us/en/focus/cio-insider-business-insights/boards-technology-fluency-cio-guide.html, p. 3; Zie ook: Sarrazin & Willmott 2016, p. 6.

106. Zie positief over instelling van een technologiecommissie en negatief over separaat onderbrengen van cybersecurity in de auditcommissie: Feracone 2019.

107. Sarrazin & Willmott 2016.

maar duidelijk lijkt me dat waar variabele beloningen nog vooral zijn gerelateerd aan jaarlijkse winstgevendheid voor aandeelhouders, digitale innovatie daaronder zal leiden.¹⁰⁸ KPI's en ook beloningsbeleid dienen te zijn gericht op invoering van innovaties die daadwerkelijk om hun toegevoegde waarde door bestaande en nieuwe klanten worden gewaardeerd.¹⁰⁹

2.3 Hoe kan het wel?

2.3.1 Lever toegevoegde waarde met digitale diensten en klanten geven (meer) gegevens

Ondanks alle hindernissen hebben de gevestigde bedrijven zeker geen onmogelijke uitgangspositie. Ze hebben meestal grote aantallen gevestigde klantrelaties met bijbehorende klantdata, en genieten veelal het vertrouwen van hun klanten. Voor het trainen van algoritmes zijn veel en kwalitatief goede data nodig, iets waar de gevestigde bedrijven dus een voorsprong hebben. Met het *Cambridge Analytica*-data-analyseschandaal zijn veel mensen zich er inmiddels van bewust dat het prijskaartje van de nieuwe digitale bedrijfsmodellen en persoonlijke aanbiedingen meestal hun privacy is. Hier liggen de kansen voor de gevestigde bedrijven. Je kunt data wel degelijk op een goede, integere manier gebruiken. Dit vergt wel een omdenken, waarbij de hogere verwachtingen van consumenten ten opzichte van gevestigde bedrijven niet als een dubbele standaard wordt ervaren (zie paragraaf 2.4), maar juist als positief wordt omarmd. Hoge verwachtingen betekenen een hoog niveau van vertrouwen, hetgeen een positieve onderscheidende factor blijkt in de concurrentiestrijd met de nieuwkomers.¹¹⁰

Het belangrijkste bij bovenstaand is dat klanten het gevoel hebben dat hun data worden gebruikt om de diensten *voor hen* beter te maken, en niet om het bedrijf aan hen extra inkomsten te laten verdienen via gepersonaliseerde reclame via on-

108. Uit onderzoek naar het beloningsbeleid van AEX-vennootschappen uit 2015 blijkt dat slechts 14% van de langetermijnbeloning in aandelen is gebaseerd op niet-financiële doelstellingen. Bij de variabele beloning op korte termijn ligt dit aandeel hoger, op 25%, maar de kortetermijnbeloning maakt een kleiner deel uit van de totale beloning dan de langetermijnbeloning. De langetermijnbeloning in aandelen prikkelt als zodanig natuurlijk ook tot het genereren van waarde voor aandeelhouders. Zie R. Bächinger e.a., *The Remuneration Structure of the Largest Dutch Listed Companies in the AEX Index*, 2015, te vinden op www.eumedion.nl/nl/public/kennisbank/publicaties/2015-12-onderzoek-bestuurdersbezoldiging.pdf, p. 26.

109. Een simpele indicator hiervoor is de NPS (*Net Promoter Score*). De Net Promoter Score is een index die de loyaliteit van een klant aan een bedrijf meet door middel van de vraag: 'Hoe waarschijnlijk het is dat je de dienst of product aan een vriend of collega zal aanraden?' De NPS is tevens een goede graadmeter voor winstgevendheid. Zie research rapport Bain & Company 2018b, p. 2: 'Banks that lead in Net Promoter Score®, which measures the likelihood that a consumer would recommend the bank to others, outperform laggards in net interest income growth.'

110. Zie Accenture, *Financial Providers: Transforming Distribution models for evolving customers*, 2017, te vinden op www.accenture.com/t20170111T041601_w_us-en_acnmedia/Accenture/next-gen-3/DandM-Global-Research-Study/Accenture-Financial-Services-Global-Distribution-Marketing-Consumer-Study.pdf (hierna: Accenture 2017). Het onderzoek identificeert drie klantprofielen, met verschillende triggers voor loyaliteit, waaruit is af te leiden dat de beste uitgangspositie in de concurrentiestrijd toekomt aan financiële dienstverleners die in staat zijn innovatieve digitale diensten te bieden, terwijl ze tegelijkertijd een hoog niveau van klantenservice en vertrouwen behouden (op gebied van handelen in het belang van de klant en bescherming van privacy). Dit wordt bevestigd in Accenture 2019 report (waarin inmiddels 4 klantprofielen zijn geïdentificeerd).

lineadvertentienetwerken. Vertrouwen, goede beveiliging en privacy zijn online sterke troeven. Onderzoek van Accenture laat zien dat mensen bereid zijn gegevens te delen als er gepersonaliseerde *toegevoegde-waarde*-diensten voor terugkomen.¹¹¹ Daarentegen is gebrek aan databeveiliging en privacy de belangrijkste oorzaak van verlies aan vertrouwen.¹¹²

Onderzoek van de Consumentenbond van juni 2019¹¹³ laat zien dat consumenten relatief tevreden zijn over hun bank, waarbij echter grote verschillen te zien zijn en de *grote drie* (Rabobank, ABN AMRO en ING) het laagst scoren, met als belangrijkste reden de verhouding tussen kosten en het feit dat hun klanten het gevoel hebben dat eigenbelang van de bank en winst maken op de eerste plaats staan. Deze uitkomst is echt de slechtst mogelijke combinatie van de oude en de nieuwe wereld en daarmee een recept voor disruptie. De onlinebank Knab valt hier in positieve zin op. Niet toevallig is deze onlinebank buiten het gevestigde bedrijf (Aegon) opgezet met een *user-centric*-bedrijfsmodel. Knab geeft bijvoorbeeld een seintje als er een betere deal beschikbaar is (hogere spaarrente, nieuwe hypotheek of betere schadeverzekering), ook als dat andere product niet van Knab zelf is.

Bedrijven zullen ook wel deze route moeten volgen. Onder de AVG zijn de toestemmingsvereisten aangescherpt. Toestemming moet *vrij gegeven* zijn, hetgeen inhoudt dat bijvoorbeeld toegang tot een onlinedienst niet afhankelijk mag worden gemaakt van het geven van toestemming voor profilering voor commerciële doeleinden (bijvoorbeeld door dit op te nemen in de websitevoorwaarden of privacy policy).¹¹⁴ Als toestemming echt vrij gegeven moet zijn, dan moet je het de consument wel erg aantrekkelijk maken om die toestemming ook te geven. Met andere woorden, je zult een *toegevoegde-waarde*-dienst moeten bieden, die consumenten zo graag willen hebben dat ze je toestemming geven om hun data daarvoor te verzamelen en te verwerken. De grote techbedrijven verzinnen voortdurend nieuwe diensten met als voornaamste doel nog meer data te genereren en ons zo te kunnen profileren. Was dit eerst vooral online, nu zetten deze bedrijven in op diensten en *connected products* in de *offline* wereld van onze auto's (*connected* en straks zelfs *autonomous cars*), onze woonomgeving (*smart home*) en ons lichaam (*wearables* en *implantables*) om de daarmee gegenereerde data uiteindelijk te kunnen exploiteren.¹¹⁵

111. Accenture 2019, p. 32: waar de derde bevinding is 'a willingness [of consumers] to share data for reciprocal benefits'.

112. Accenture 2019, p. 36.

113. Zie Consumentenbond, 17 juni 2019, 'goederapportcijfers voor banken. ING blijft achter', te vinden op www.consumentenbond.nl/nieuws/2019/goede-rapportcijfers-banken.-ing-blijft-achter.

114. Artikel 7 lid 4 AVG.

115. Zie over deze trend: Zuboff 2019, in het bijzonder hoofdstuk 5.

2.3.2 De trust paradox – hoe kun je de klant leren kennen zonder het vertrouwen te verliezen

Een van de belangrijkste verschillen tussen de oude en de nieuwe wereld, is de toegenomen transparantie.¹¹⁶ Waar vroeger een verkoper in een fysieke winkel wegkwam met het rekenen van verschillende prijzen aan klanten (bijvoorbeeld minder korting als je in je kantoorpak binnenloopt), komt dit online al snel uit, en leidt het rekenen van verschillende prijzen (bijvoorbeeld minder korting voor vliegtickets als je met een dure laptop inlogt en je weinig kortingssites bezoekt) tot woede. Klachten hierover gaan al gauw viraal, vooral als ze herkenbaar zijn of geestig worden gebracht.¹¹⁷ Gevolg hiervan is dat onze collectieve tolerantie voor onbetrouwbaar gedrag online is afgenomen.¹¹⁸

‘Yesterday, Trustworthiness was good enough. Today, only trustability will do.’

Peppers & Roger 2012

Het is online kortom lastiger het vertrouwen van klanten te winnen. Omdat klanten veelal geen persoonlijk contact hebben, wordt elk signaal van *self-interest* al gauw als onbetrouwbaar bestempeld.¹¹⁹ Je zult dus actief en zichtbaar betrouwbaar gedrag moeten vertonen. Online vertrouwen win je ‘by actively watching out for [their] customers’ interests, taking action when necessary to protect those interests’.¹²⁰ Dit vereist proactieve stappen om te zorgen dat klanten geen fouten maken in hun onlinebestelling en geen extra diensten of voordelen mislopen (bijvoorbeeld dat ze bij hun belgedrag het best passende abonnement hebben).¹²¹

‘Knowing that a customer’s interest is not being well served and doing nothing about it is untrustable. Not knowing is incompetent.’

Peppers & Roger 2012

Om ze het beste abonnement, de beste dienst of het beste voordeel te bieden, zul je de klantgegevens moeten analyseren: welke abonnementen heeft een klant (*mobiel en vast*), type abonnementen (*duur en opzegbaarheid*) en alle gegevens. Maar hoe meer gegevens een bedrijf over een klant heeft, hoe meer deze zich bekeken voelt, wat een negatief gevolg kan hebben voor het vertrouwen. De vraag is dus: hoe de klant te leren kennen zonder het vertrouwen te verliezen.

116. P. Gillin, *The New Influencers: A Marketer's Guide to the New Social Media*, Fresno: Quill Drivers Books 2007, p. 14: ‘Transparency may be the most disruptive and far-reaching innovation to come out of social media.’

117. D. Peppers & M. Rogers, *Extreme Trust: Honesty as a Competitive Advantage*, New York: Penguin Group 2012 (hierna: Peppers & Rogers 2012), p. 96-98, voor een reeks hilarische voorbeelden, waarbij je als je eerlijk bent moet toegeven dat dit in elk bedrijf kan gebeuren.

118. Peppers & Rogers 2012, p. 6 en 24.

119. Zuboff 2019 beschrijft deze strategie tot in detail en heeft dit een nieuwe vorm van kapitalisme genoemd: surveillance capitalism.

120. Peppers & Rogers 2012, p. 21.

121. Peppers & Rogers 2012, p. 6 en 24.

Knab doet dit slim door bestaande klanten een seintje te geven als ze een voordeel mislopen (zelfs als dit betekent dat op de hypotheek van een derde wordt overgestapt).

2.3.3 De valkuil voor gevestigde partijen: ING

In de inleiding heb ik aangegeven dat een strategie van kopiëren van elementen uit de modellen van nieuwkomers meestal averechts werkt. Een treffend voorbeeld is de storm van protesten (inclusief van toezichthouders AFM en AP) die ontstond toen ING in 2014 het voornemen aankondigde om betaalgegevens te gaan analyseren voor het doen van gepersonaliseerde aanbiedingen van derden.¹²² De betreffende verwerking was privacy compliant (ING vroeg voorafgaande toestemming aan haar klanten), maar stuitte toch op grote maatschappelijke weerstand. Onder druk van toezichthouders en de publieke opinie staakte ING de proef. Weer ophef ontstond in mei 2019 met de aankondiging van ING online betaalgegevens te gaan analyseren voor dit keer gepersonaliseerde aanbiedingen voor alleen eigen producten en diensten.¹²³ ING bood dit keer een *opt-out* (waarvan de vraag is of dit aan de privacyregels voldoet).¹²⁴ Maar ook als dit wel privacy compliant zou zijn, is mijn voorstelling dat de maatschappelijke weerstand zal blijven.

De maatschappelijke weerstand kan in beide gevallen worden verklaard op basis van de eerder besproken uitgangspunten. Consumenten zijn zich heel bewust van de *trade-offs* die de nieuwkomers bieden. De trade-off van de nieuwkomers is gratis *user-centric* data gedreven diensten, met een *indirect* verdienmodel van gepersonaliseerde advertenties. De nieuwe diensten maken het waard om persoonsgegevens af te staan en de *nuisance value* van gepersonaliseerde advertenties te accepteren. Gevestigde aanbieders proberen van beide walletjes te eten, ze bieden *betaalde* diensten aan (waarvan de kosten steeds hoger worden), en voeren dan ook nog gepersonaliseerde advertenties door (waarvoor de betaalgegevens van hun klanten worden geanalyseerd) en waarvan de inkomsten uitsluitend de bank ten goede komen. De gedachte bij gevestigde partijen is misschien dat gepersonaliseerde aanbiedingen een dienst met toegevoegde waarde voor de gebruiker oplevert, maar dit is niet hoe de meeste mensen onlinereclame ervaren. Dit wordt pas anders als de aanbiedingen voor het merendeel gelden voor producten die consumenten toch al kopen (zoals Knab een seintje geeft als een al afgenomen dienst goedkoper kan).

122. Zie over de ophef: Wokke 2014.

123. In mei 2019 is ophef ontstaan over het feit dat ING haar klanten op de hoogte stelde dat de Privacy Statement was bijgewerkt waardoor de bij- en afschrijvingen konden worden gebruikt voor het doen van gepersonaliseerde aanbiedingen voor ING's eigen producten en diensten. De klanten werd geen voorafgaande toestemming gevraagd (opt-in), maar ze kunnen zich wel afmelden (opt-in). Er is debat of dit een opt-in had moeten zijn. De plannen van de bank zijn inmiddels aanleiding geweest voor Kamervragen; zie 'Kamervragen over gebruik betaalverkeer voor reclame ING', *Security.nl* mei 2019, te vinden op www.security.nl/posting/612715/Kamervragen+over+gebruik+betaalverkeer+voor+reclame+ING.

124. De Autoriteit Persoonsgegevens vindt van niet en heeft inmiddels op 3 juli 2019 ter zake een waarschuwingsbrief gestuurd, waarin wordt aangegeven dat het verder verwerken van transactiegegevens voor het doen van gepersonaliseerde aanbiedingen niet aan het verenigbaarheidsvereiste van artikel 6 lid 4 AVG voldoet, tenzij hiervoor de voorafgaande toestemming is verleend (opt-in). Autoriteit Persoonsgegevens, *Kenmerk z2019-14542*, 3 juli 2019, te vinden op https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/compliancebrief_nv.pdf.

In marketingjargon noemen ze dit wel *thank-you-aanbiedingen*. Uit de voorbeelden die ING gaf bij de aankondiging bleek dat ze vooral aanbiedingen doen voor nog weer andere producten (in marketingjargon: *up-sell*). Het voorgaande kan ook vanuit de ethiek wordt verklaard. Een van de belangrijkste regels van ethiek is het beginsel dat *de mens centraal moet staan*, waarbij mensen niet als een middel tot een doel mogen worden gebruikt (als instrument), maar altijd als een doel in zichzelf.¹²⁵ Als persoonsgegevens worden beschouwd als een verlengde van het individu (het is tenslotte een mensenrecht), dan is het analyseren en exploiteren daarvan voor gewin van uitsluitend het bedrijf, het inzetten van mensen als een middel tot een (eigen) doel. Het bieden van een *opt-out* (en zeker als het lastig wordt gemaakt om die uit te oefenen zoals in het geval van ING)¹²⁶ helpt dan niet weerstand weg te nemen, ook als het juridisch al zou zijn toegestaan. Bij een geschiedenis van gebrek aan klantvertrouwen in de bancaire wereld, zal deze actie gezien worden als een teken van *self-interest*, en het vertrouwen verder eroderen.

De valkuil voor bestaande bedrijven is dat ze vaak op een berg data zitten die een bijproduct zijn van hun bestaande diensten (bijvoorbeeld: de betaalgegevens van de banken zijn een bijproduct van de bankrekeningdienst). De oplossing voor gevestigde bedrijven is om op te houden te denken dat ze op een goudmijn aan data zitten die moeten worden geëxploiteerd. Dit zijn precies de data waarvan de consument vindt dat deze in het kader van een betaalde dienst zijn verkregen en dat hier dus niet nog een slaatje uit mag worden geslagen. Ook de privacyregels werpen een barrière op, omdat gegevens die in het kader van de uitvoering van een overeenkomst zijn verzameld, niet zomaar voor nog weer andere commerciële doeleinden mogen worden verwerkt. In dit geval zal voor het analyseren van betaalgegevens voor gepersonaliseerde aanbiedingen voorafgaande toestemming moeten worden gevraagd. Om dit te vermijden is de vraag die gevestigde bedrijven zich moeten stellen: welke nieuwe digitale toegevoegde-waarde-diensten kunnen we bieden, die data-analyse vergen en die de consumenten zo graag willen hebben dat ze ons toestemming geven om hun data te verzamelen en analyseren.

2.4 De controleparadox – geef de deelnemer controle en je krijgt meer gegevens

Onderzoek laat zien dat als je mensen meer controle geeft over hun gegevens (hun privacybescherming verhoogt), ze je meer vertrouwen en je meer gegevens toevertrouwen (hetgeen hun privacybescherming verlaagt).¹²⁷ Dit wordt ook wel de *con-*

125. Deze gedachte is een van de formuleringen van het categorisch imperatief van Immanuel Kant in zijn *Kritiek van de Praktische Rede*. De andere formulering van dit imperatief is dat je alleen moet handelen volgens die gedragsregels waarvan je tegelijkertijd kan willen dat ze een algemene wet vormen.

126. ING maakt het lastiger dan nodig om een opt-out te doen. In plaats van bij bezoek van klanten aan de bankierenapp of de website een eenvoudige clickoptie op te nemen, kregen klanten een brief, en moeten ze voor de opt-out eerst inloggen op Mijn ING. Uit het feit dat ING al haar klanten een brief stuurt blijkt duidelijk dat de bank denkt dat niet iedereen volledig digitaal is. Voor deze niet-digitale klanten is inloggen op Mijn ING geen optie.

127. Moerel 2014, p. 46, onder verwijzing naar: L. Brandimarte, A. Acquisti & G. Loewenstein, *Misplaced Confidences: Privacy and the Control Paradox*, *Social Psychological and Personality Science* 2014, afl. 4(3), p. 340 – 347, <https://doi.org/10.1177/1948550612455931>: '(...) in announcing “more privacy options”

troleparadox genoemd. Als je mensen bijvoorbeeld online toegang geeft via een *privacy dashboard* tot hun profielgegevens (bijvoorbeeld: 53, getrouwd, houdt van wandelen, 2 kinderen, enzovoort), blijkt dat mensen hun profiel niet wissen (dat kan namelijk morgen ook nog), maar gaan verbeteren en aanvullen (ik heb 3 kinderen, en ik speel ook nog tennis ja!). Een vergelijkbare paradox zien we ook in andere gebieden. Een voorbeeld is de introductie van de verplichte veiligheidsgordel in auto's. Dit leidde niet tot de verwachte vermindering van ongelukken met dodelijke afloop, omdat mensen zich door de gordel veiliger voelden en daardoor minder veilig gingen rijden.¹²⁸

We zien dat deze paradox slim wordt toegepast door GAFa, bijvoorbeeld waar Facebook inmiddels de optie biedt om je hele account in één keer te wissen¹²⁹ en waar alle GAFa-gebruikers inmiddels een *privacy dashboard* wordt aangeboden.¹³⁰ Dat geeft mensen een gevoel van controle, waardoor ze juist *niet* tot wissen overgaan. In ieder geval mag duidelijk zijn dat deelnemers door de nieuwe digitale spelers inmiddels heel andere communicatieverwachtingen hebben en in hun persoonlijke digitale omgeving actieve *keuze-* en *self-service*-opties verwachten.

2.4.1 De valkuil voor gevestigde bedrijven

Ook hier geldt dat het kopiëren van elementen uit de modellen van nieuwkomers meestal averechts werkt. Waar gevestigde bedrijven hun processen gaan digitaliseren vanuit *efficiency* perspectief, haken ze aan op het bieden van *self-service* door de klant. Het scheelt een hoop tijd en kosten als hun klanten dingen zelf gaan doen! Als *self-service* echter niet gepaard gaat met innovatie in *user-experience* (UX), wordt dit juist ervaren als een teken van *self-interest* van de onderneming (en dat is het in feite ook). Dit wordt mooi geïllustreerd door het aangehaalde onderzoek van de Consumentenbond, waar gebrek aan vertrouwen in de drie grootbanken wordt verklaard door klanten met: *de prijzen gaan omhoog terwijl we steeds meer zelf moeten doen!*, in plaats van dat *self-service* als een toegevoegde-waarde-dienst wordt beschouwd.¹³¹ Zolang digitalisering bij gevestigde bedrijven vooral wordt gezien als een efficiëncymaatregel in plaats van een betere UX, zal het lastig worden hun klanten ervan te overtuigen dat ze de nieuwe tijd begrijpen en zullen alle initiatieven vanuit wantrouwen worden bekeken. Het is aan de bedrijven zelf hier een omslag in

and settings that users could control, Facebook's official blog stated: "Today, we are introducing privacy changes that work towards our goal of giving you the control you need in order to share information comfortably on Facebook." Our results, however suggest that affording more control to users may not necessarily help them to better protect their privacy, but rather it may induce them to reveal more sensitive information.'

128. Zie Moerel 2014, p. 47, onder verwijzing naar W. Janssen, 'Seat belt wearing and driving behaviour: An instrumented-vehicle study', *Accident Analysis and Prevention* 1994, afl. 26(2), p. 249-261, een samenvatting van de studie is beschikbaar op www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/8198694?dopt=Abstract.
129. Hoewel het meer voeten in de aarde heeft dan op de delete account button te klikken: www.wikihow.com/Permanently-Delete-a-Facebook-Account.
130. Hoewel op de *choice architecture* die door deze bedrijven hiervoor wordt geboden veel is aan te merken. Zie rapport van de Noorse Consumenten Raad 2018.
131. Zie Consumentenbond, 17 juni 2019, 'goede rapportcijfers voor banken. ING blijft achter', te vinden op www.consumentenbond.nl/nieuws/2019/goede-rapportcijfers-banken.-ing-blijft-achter.

denken te bewerkstelligen omdat pas dan initiatieven ook door hun klanten als authentiek zullen worden ervaren.

2.5 Afsluitend

De geschiedenis laat zien dat telkens als nieuwe technologie wordt geïntroduceerd, de samenleving tijd nodig heeft zich daaraan aan te passen. Gevolg is dat op dit moment nog veelal de technologie bepaalt wat mogelijk is op het internet in plaats van sociale en wettelijke normen.¹³² Dit leidt tot onrust en roep om nieuwe wettelijke maatregelen. Illustratief voorbeeld hier is dat Mark Zuckerberg (CEO en oprichter van Facebook) in 2010 grote ophef veroorzaakte toen hij publiekelijk aankondigde dat het einde van privacy in zicht was.¹³³

‘People have really gotten comfortable not only sharing more information and different kinds, but more openly and with more people. That social norm is just something that has evolved over time.’

Zuckerberg 2010

Om vervolgens in maart 2019 (naar aanleiding van het Cambridge Analytica data-analyseschandaal), de Amerikaanse senaat te verzoeken de techbedrijven te reguleren,¹³⁴ en verder een complete *overhaul* van de privacy features van Facebook aan te kondigen: *The future is private (...) and that's the next chapter for Facebook.*¹³⁵ Van *privacy is dead* naar *privacy is de toekomst*. Mijn punt hier is dat niet alleen de technische ontwikkelingen snel gaan, maar ook dat de sociale normen en klantverwachtingen in ontwikkeling zijn en dat er echt nog jaren overheen zullen gaan voordat we een enigszins overzichtelijk en voorspelbaar nieuw regulerend kader zullen hebben. Duidelijk is dat dit vereist dat boards goed *tuned in* zijn op deze ontwikkelingen om een digitale strategie te bepalen en niet ook in dezelfde valkuilen als de techbedrijven te vallen. Digitaal is geen communicatiekanaal of specifieke expertise, het is de business zelf. Het is niet mogelijk een bedrijf aan te sturen zonder kennis van de business.

De nieuwe digitale mogelijkheden vergen dat de missie van een bedrijf opnieuw inhoud wordt gegeven en daarop ook wordt geïnnoveerd (het is geen vrije speeltuin). Nieuwe ethische dilemma's dienen in kaart te worden gebracht en doordacht en de organisatie dient daarop te worden getraind. Als verandertrajecten en cultuurveranderingen nodig zijn om de business te runnen, dan moeten boards erop toezien dat die worden ingezet en doorgevoerd.

132. Moerel 2014, p. 21.

133. B. Johnson, 'Privacy no longer a social norm, says Facebook founder', *The Guardian* 11 januari 2010, te vinden op www.guardian.co.uk/technology/2010/jan/11/facebook-privacy.

134. J. Miller, 'Mark Zuckerberg asks governments to regulate tech firms', *Techspot* 31 maart 2019, te vinden op pagina www.techspot.com/news/79440-mark-zuckerberg-asks-governments-regulate-tech-firms.html.

135. Zie video's op A. Hassan, 'Zuckerberg promises "complete overhaul" of Facebook geared towards user privacy at F8', ABC 30 april 2019, te vinden op <https://abc13.com/business/zuckerberg-promises-complete-overhaul-of-facebook-geared-towards-user-privacy/5277460/>.

Boards dienen daarbij te onderkennen dat hun zicht op wat echte disruptie inhoudt en hoe innovatie kan worden gerealiseerd wordt gehinderd niet alleen door de *legacy* van de IT-systemen, maar ook door de *legacy* van inrichting van de compliancefunctie, de bestaande dominante taal gericht op financiële parameters en controle, kortetermijn- (financiële) KPI's en -rapportages, een beloningsbeleid gericht op winstgevendheid voor aandeelhouders en een cultuur waarin het lastig is te falen.

Dit betekent dat fundamenteel anders dient te worden nagedacht over risico en controle, alsook over financiële vertaling van de nieuwe businessmodellen en rapportage daarover. Dat vraagt anders kijken naar de eigen kracht en zwakte in de organisatie, de bereidheid om gezamenlijk verantwoordelijkheid te nemen voor risico's en tegelijk de discipline om snel fouten te onderkennen en ermee te stoppen. Dit vraagt een wezenlijke versterking van de interne cultuur, niet vanuit een perspectief van de Nederlandse Corporate Governance Code om onregelmatigheden tegen te gaan (dat gaat al snel richting meer controle en compliance), maar juist gericht op zelfdiscipline en elkaar effectief aanspreken. Dit vergt een andere inrichting van het huidige *3-line-of-defense*-compliance-model en ook een andere kijk op beloningsbeleid, waarbij gestuurd wordt op het bereiken van innovatie die daadwerkelijk toegevoegde waarde biedt voor klanten.

Dit kan alleen als commissarissen vooral naar voren kijken, hetgeen alleen mogelijk is als ze zich dieper in de strategische issues verdiepen. Commissarissen komen daardoor meer dan vroeger dicht op de business, dan wanneer zij (financiële) resultaten beoordelen als weerslag van de business (vanuit de achteruitkijkspiegel). De rollen van bestuur en toezicht zullen daardoor nader tot elkaar komen en zullen zich in een nieuwe onderlinge verhouding moeten kalibreren.

Vanuit onze huidige governance van ondernemingen betekent dit dat de traditionele samenstelling van raden van commissarissen met voornamelijk oud-bestuurders uit de oude wereld op dit moment niet *fit for purpose* is. Boards zullen een strategie moeten ontwikkelen om de board meer *digital savvy* te maken.¹³⁶ Er zal ruimte moeten worden gemaakt voor een relevant aantal *digital savvy* board members. Omdat deze waarschijnlijk minder ervaring hebben op traditionelere vlakken, zal een intensievere *onboarding* moeten plaatsvinden, ook om de culturele fit met de board en het bedrijf te borgen. In de tussentijd dient genoeg digitale kennis in boardsessies aanwezig te zijn (bijvoorbeeld door digitale experts uit management of externe adviseurs tijdelijk mee laten vergaderen) en dient middels trainingsprogramma's te worden geborgd dat alle leden voldoende *digital working knowledge* krijgen.

Voorgaande reflecties leiden mij niet tot de conclusie dat ons huidige bestuurs- en toezichtmodel (*two-tier board*) ongeschikt is om de digitale transformatie het hoofd te bieden. Ook is er niet een dwingende aanleiding om over te gaan op de one-tier board. In beide typen boards is de grote uitdaging om de dialoog tussen executives en non-executives op de toekomst te richten. In de achteruitkijkspiegel ontwaar je nooit de toekomst, hoe je de board ook verder inricht.

136. Weill e.a. 2019b, p. 3. Zie Sarrazin & Willmott 2016; Merrill 2019 en Bonnet 2014.

Ik sluit af met de constatering dat als boards van gevestigde bedrijven anders dienen te sturen en toezicht te houden, dit evengoed geldt voor hun externe toezichthouders. Zolang het externe toezicht niet mee-innoveert, zal het bijzonder lastig worden om vooralsnog buiten de bestaande context ontwikkelde innovaties binnen de bestaande context op te schalen.

Voorbeelden: ethische dilemma's

Dilemma 1. De riskafdeling van een financiële instelling ontwikkelt een algoritme om de kans op niet-nakoming van betalingsverplichtingen van haar klanten te berekenen. Echtscheiding is een grote voorspellende indicator voor het niet-nakomen van betalingsverplichtingen onder leningen en hypotheek. Het algoritme kan op basis van gegevens op sociale media voorspellen hoe groot de kans van een klant is op echtscheiding. Worden deze data en wordt deze factor meegenomen in besluitvorming?

Reflectie. De privacyregels vereisen dat je transparant bent over welke data je verzamelt en analyseert voor welke doeleinden. Dit is meestal een reden om dit niet te doen, omdat het waarschijnlijk op verzet stuit bij de klanten (gevolg van de analyse is dat het bedrijf waarschijnlijk eerder doorheeft dat een relatie op de klippen gaat lopen dan dat de klant dit zelf doorheeft). Hoewel de Amerikanen hier niet direct regels voor hebben, passen ze de *smell test* toe: hoe zou het voelen als dit morgen in de krant staat. Heb ik dan een overtuigend verhaal, of sta ik in feite in mijn hemd. Indien het laatste het geval is, dan is geheimhouden geen optie. Soms is het een optie hier wel open naar klanten over te zijn, door aan te geven dat je een risicoanalyse op betalingsproblemen kan uitvoeren waarin allerlei factoren meespelen en dat bij hogere scores de klant een seintje krijgt en bijstand kan worden verkregen om orde op zaken te stellen.

Dilemma 2. Een financiële instelling heeft een authenticatietool ontwikkeld waarbij op basis van analyse van online gedragskenmerken (interactiepatronen met devices, voorkeuren voor toetsgebruik, hand-oogcoördinatie, handtrillingen, druk uitgeoefend op toetsen) een gedetailleerd gedragsprofiel van rekeninghouders kan worden gemaakt, op basis waarvan een rekeninghouder kan worden herkend als deze inlogt op zijn onlinebankrekening. Als degene die inlogt afwijkend gedrag vertoont, wordt eerst een nadere identiteitscontrole gedaan (ter voorkoming van fraude). Het algoritme blijkt ook wijzigingen in emotionele gemoedstoestand te kunnen voorspellen (toe- of afname in agitatie, concentratie, onzekerheid) en kan daarmee worden ingezet om risico-indicatoren te monitoren in de gemoedstoestand van de flitshandelaren. De beste flitshandelaar van de afdeling laat een sterke stijging van risico-indicatoren zien, maar zijn handelspatronen zijn hetzelfde. Zet je deze tool ook in voor monitoring? Grijp je op basis van de uitkomsten in?

Reflectie. Het monitoren van gedragskenmerken voor fraudedetectie is in het belang van de betreffende rekeninghouder en kan volautomatisch geschieden. Alleen indien er een fraudemelding komt (iemand logt in op een onlinebankierenapp die niet de kenmerken van de rechtmatige reke-

ninghouder heeft) is nader onderzoek nodig. Dit onderzoek betreft dan de fraudeur en niet de betrokken rekeninghouder. Deze vorm van monitoring van online gedrag is beperkt en zal geen relevante negatieve impact hebben op de betrokken rekeninghouder. Bij inzet van de tool voor het monitoren van gedrag van flitshandelaren is sprake van voortdurende monitoring van een werknemer in zijn dagelijkse bezigheden, waarbij kan worden ingegrepen door een direct leidinggevende. Onderzoek laat zien dat werknemers die onder voortdurende monitoring staan minder autonomie ervaren en daardoor minder werkvreugde hebben.¹³⁷ In plaats van monitoring door de leidinggevende te laten plaatsvinden zou de tool ook kunnen worden ingezet om de flitshandelaar zelf feedback te geven indien de risicofactoren daartoe aanleiding geven. Bij extreme scores zou een ping naar human resources of een coach kunnen worden gestuurd om te beoordelen of er aanleiding is voor de flitshandelaar om tijdelijk gas terug te nemen. Dit in het belang van de werknemer zelf.

Dilemma 3. Er is een tekort aan een kritisch recept-geneesmiddel van een groot farmaceutisch bedrijf. Er zijn veel klachten, maar er blijven her en der ook geneesmiddelen onafgehaald liggen. Er wordt een algoritme ontwikkeld om de vraag te voorspellen en de distributie te kunnen optimaliseren. Het algoritme werkt goed, er blijven minder producten liggen en het aantal klachten vermindert drastisch. Het management is vol lof, betere distributie en ook een verhoging van de omzet. Na een maand ontdekt de data scientist dat het algoritme bepaalde postcodes minder bedient dan andere. Wat doe je als data scientist?

Reflectie. Er zal allereerst onderzoek moeten plaatsvinden naar de oorzaak van het mijden van bepaalde postcodes. Uit onderzoek blijkt dat de betreffende postcodes de minderbedeelde wijken betreffen. Oorzaak daarvan is dat daar de medicijntrouw lager ligt dan in de beter bedeelde wijken, waardoor ook kritische medicijnen bij de apotheek blijven liggen. Nader onderzoek wijst uit dat de verklaring voor het dalen van de klachten is dat patiënten in minderbedeelde wijken minder neiging hebben tot klagen (*er wordt toch niet naar ons geluisterd*). Gevolg van de herdistributie op basis van het algoritme is dat in de krant kan komen te staan: 'Farmaceut geeft kritische medicijnen aan de rijken ten koste van de armen'. Opvallend hier is dat de data waarmee het algoritme wordt getraind op het eerste gezicht niet gevoelig lijken (het betreft geen persoonsgegevens, maar harde distributiedata van de apotheken), terwijl toepassing van het algoritme toch tot discriminerende uitkomsten kan leiden. Een andere constatering is dat algoritmes vaak inzicht geven in bepaalde factoren, die als je die als bedrijf eenmaal kent, niet meer kunnen worden weggedacht. Als duidelijk wordt dat de medicijntrouw voor kritische medicijnen minder is in bepaalde bevolkingsgroepen, wat is de rol dan van de farmaceut? Met de apotheken in de betreffende wijken samenwerken om de

137. V. Chirkov, R. Ryan & K. Sheldon, *Human Autonomy in Cross-Cultural Context, Perspectives on the Psychology of Agency, Freedom and Well-Being*, Springer Science+Business Media 2011. Chirkov, Ryan & Sheldon 2011, hoofdstuk 5 ('Autonomy in the Workplace: An Essential Ingredient to Employee Engagement and Well-Being in Every Culture') en p. 228.

medicijntrouw van deze patiëntengroep te verhogen, of de medicijnen te herdistribueren om zo het maximale uit de beschikbare voorraad te halen?

Dilemma 4. Een algoritme laat zien dat vrouwen die zwanger zijn gevoeliger zijn voor aanbiedingen voor een levensverzekering. Zodra de zwangerschap voorbij is, is deze gevoeligheid weg. Ga je als marketeer inzetten op gepersonaliseerde aanbiedingen voor levensverzekeringen speciaal aan zwangere vrouwen?

Reflectie. Er zijn verschillende vormen van voorspellingen.¹³⁸ *Preferential predictions* voorspellen voorkeuren. *Preemptive predictions* betreffen voorspellingen op basis waarvan expliciet de toekomstige opties van een individu worden beïnvloed. Denk aan het ontnemen van opties (uitsluiting van een verzekering, het afwijzen van een lening). Deze vorm van voorspellen heeft in het algemeen meer implicaties voor de positie van een individu dan wanneer iemand op basis van eerdere voorkeuren een volgende aanbieding krijgt. In dat geval heeft het individu zelf de optie om daar al dan niet op in te gaan. De scheidslijn tussen *preferential predictions* en *preemptive predictions* is soms lastig te trekken, vooral wanneer de voorspellingen worden ingezet bij marketing (*influential marketing* of *persuasion profiling*). Hoewel hier strikt genomen geen opties worden ontnomen, worden individuen wel zodanig beïnvloed in hun keuzes (bijvoorbeeld op grond van hun inherente gevoeligheid voor aanbiedingen), dat lastig nog te spreken valt van preferenties en het maken van keuzes. Deze vorm van voorspelling is ook niet vanuit het perspectief van het individu ingezet (wil hij/zij die aanbieding namelijk daadwerkelijk?), maar vanuit degene die de aanbieding doet. Deze laatste maakt daarbij gebruik van persoonlijkheidskenmerken van het individu (bijvoorbeeld gevoeligheid voor koopjes) en veelal niet van zijn of haar eerdere voorkeuren. Hoewel hier geen toekomstige opties worden uitgesloten, betreft het wel beslissingen die negatieve implicaties voor iemand kunnen hebben.

138. Moerel 2014, p. 11, onder verwijzing naar I. Kerr & J. Earle, 'Prediction, Preemption, Presumption: How Big Data Threatens Big Picture', *Stanford Law Review Online* 2013, afl. 66. Moerel & Prins 2016, p. 48-49.

2.6 Literatuur

Abbruzzese 2019

J. Abbruzzese, 'Elizabeth Warren calls to break up Facebook, Google and Amazon', NBC 8 maart 2019, www.nbcnews.com/tech/tech-news/elizabeth-warren-calls-break-facebook-google-amazon-n980911.

Accenture 2017

Accenture, *Financial Providers: Transforming Distribution models for evolving customers*, 2017, www.accenture.com/t20170111T041601_w_/us-en/_acnmedia/Accenture/next-gen-3/DandM-Global-Research-Study/Accenture-Financial-Services-Global-Distribution-Marketing-Consumer-Study.pdf.

Accenture 2019

Accenture, *Global Financial Services Consumer Study*, 2019, www.accenture.com/_acnmedia/PDF-95/Accenture-2019-Global-Financial-Services-Consumer-Study.pdf#zoom=50.

Agrawal, Gans & Goldfarb 2018

A. Agrawal, J. Gans & A. Goldfarb, *Prediction Machines – The Simple Economics of Artificial Intelligence*, Harvard Business Review 2018.

AINED 2018

AINED, *AI voor Nederland, vergroten, versnellen en verbinden*, oktober 2018, www.vno-ncw.nl/sites/default/files/aivnl_20181106_0.pdf.

Ariely 2009

D. Ariely, *Predictably Irrational*, London: HarperCollingsPublishers 2009.

Article 29 Working Party 2014

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 (WP 217)*, 2014.

Article 29 Working Party 2017

Article 29 Working Party, *Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) and determining whether processing is 'likely to result in a high risk' for the purposes of Regulation 2016/679 (WP 248)*, 2017.

Article 29 Working Party 2018

Article 29 Working Party, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679 (WP251)*, 2017 as revised and adopted on 6 February 2018.

Authority for Consumers & Market 2018

Authority for Consumers & Market (ACM), *Taking advantage of predictable consumer behavior online should stop*, september 2018, www.acm.nl/en/publications/taking-advantage-predictable-consumer-behavior-online-must-stop.

Autoriteit Persoonsgegevens 2019

Autoriteit Persoonsgegevens, *Kenmerk z2019-14542*, 3 juli 2019, https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/compliancebrief_nvb.pdf.

Bächinger e.a. 2015

R. Bächinger, R. Domínguez Peña, C. Gannon & N. Niepmann, *The Remuneration Structure of the Largest Dutch Listed Companies in the AEX Index*, 2015, www.eumedion.nl/nl/public/kennisbank/publicaties/2015-12-onderzoek-bestuurdersbezoldiging.pdf.

Bain & Company 2018a

Bain & Company, *In Search of Customers Who Love Their Bank: Customer Loyalty in Retail Banking: Global Edition 2018*, www.bain.com/contentassets/7c3b1535c4444f7b8a078c577078a705/bain_report-in_search_of_customers_who_love_their_bank-2018.pdf.

Bain & Company 2018b

Bain & Company, *New Bain Certified NPS Benchmarks: Companies Customers Love: Introducing Reliable, Objective Net Promoter Scores For Setting Goals And Priorities*, 2018, www.bain.com/contentassets/806b3ae1cfe540acbafe386868edae01/bain_digest_new_bain_certified_nps_benchmarks.pdf.

Banken.nl 2018

Banken.nl, *Banken Verliezen Terrein aan Concurrerende Techbedrijven*, 11 december 2018, www.banken.nl/nieuws/21303/banken-verliezen-terrein-van-concurrerende-techbedrijven.

Boden 2019

A. Boden, *The Money Revolution: Easy Ways to Manage Your Finances in a Digital World*, London: Kogan Page 2019.

Bonnet 2014

D. Bonnet, 'It's Time for Boards to Cross the Digital Divide', *Harvard Business Review* 9 juli 2014, <https://hbr.org/2014/07/its-time-for-boards-to-cross-the-digital-divide>.

Brandimarte, Acquisti & Loewenstein 2014

L. Brandimarte, A. Acquisti & G. Loewenstein, *Misplaced Confidences: Privacy and the Control Paradox*, *Social Psychological and Personality Science* 2014, afl. 4(3), p. 340-347, <https://doi.org/10.1177/1948550612455931>.

Brynjolfsson & McAfee 2014

E. Brynjolfsson & A. McAfee, *Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant New Technologies*, London: W.W. Norton & Company 2014.

Chirkov, Ryan & Sheldon 2011

V. Chirkov, R. Ryan & K. Sheldon, *Human Autonomy in Cross-Cultural Context, Perspectives on the Psychology of Agency, Freedom and Well-Being*, Springer Science+Business Media 2011.

Christensen 1997

C. Christensen, *The Innovator's Dilemma: Creating and Sustaining Successful Growth*, Boston: HBS Press 1997.

Christensen & Raynor 2013

C. Christensen & M. Raynor, *The Innovator's Solution: Creating and Sustaining Successful Growth*, Boston: HBS Press 2013.

Dastin 2018

J. Dastin, 'Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women', *Reuters Business News* 10 oktober 2018, www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G.

Deans 2006

J. Deans, 'OPA conference: the morning', *The Guardian* 2 maart 2006, www.theguardian.com/media/organgrinder/2006/mar/02/opaconferenceisdigitalthe.

Dieteren, Groenewegen & Hardeman 2018

J. Dieteren, J. Groenewegen & S. Hardeman, 'Research – Economisch Onderzoek, Goed management doet ertoe, maar wat doet ertoe voor goed management?', *Rabobank* 6 november 2018, <https://economie.rabobank.com/publicaties/2018/november/wat-doet-ertoe-voor-goed-management/>.

Domingus 2019

M. Domingus, 'What we need is creative minds to explore the 'terrae incognitae' of the GDPR landscape, and act as the quartermasters of our privacy secure future', *LinkedIn* 8 juni 2019, www.linkedin.com/pulse/what-we-need-creative-minds-explore-terrae-incognitae-marlon-domingus/.

European Banking Association 2011

European Banking Association's (EBA), *Guidelines on Internal Governance* (GL 44), London: EBA 2011, [www.eba.europa.eu/documents/10180/103861/EBA-BS-2011-116-final-EBA-Guidelines-on-Internal-Governance-\(2\)_1.pdf](http://www.eba.europa.eu/documents/10180/103861/EBA-BS-2011-116-final-EBA-Guidelines-on-Internal-Governance-(2)_1.pdf).

Feracone 2019

R. Feracone, 'Good Governance, Do Boards Need Cyber security Experts?', *Forbes* 9 juli 2019, www.forbes.com/sites/robinferracone/2019/07/09/good-governance-do-boards-need-cyber-security-experts/#e9ded6618592.

Gillin 2007

P. Gillin, *The New Influencers: A Marketer's Guide to the New Social Media*, Fresno: Quill Drivers Books 2007.

Goldfarb 2018

A. Goldfarb, 'How AI is Making Prediction Cheaper', *Harvard Business Review* 22 mei 2018, <https://hbr.org/ideacast/2018/05/how-ai-is-making-prediction-cheaper>.

Greenfield 2012

R. Greenfield, '2012: The Year Facebook Finally Tried to Make Some Money', *The Atlantic* 14 december 2012, www.theatlantic.com/technology/archive/2012/12/2012-year-facebook-finally-tried-make-some-money/320493/.

Gunning 2016

D. Gunning, DRPA *Explainable Artificial Intelligence (XAI)*, [www.cc.gatech.edu/~alanwags/DLAI2016/\(Gunning\)%20JCAI-16%20DLAI%20WS.pdf](http://www.cc.gatech.edu/~alanwags/DLAI2016/(Gunning)%20JCAI-16%20DLAI%20WS.pdf).

Hassan 2019

A. Hassan, 'Zuckerberg promises "complete overhaul" of Facebook geared towards user privacy at F8', *ABC* 30 april 2019, <https://abc13.com/business/zuckerberg-promises-complete-overhaul-of-facebook-geared-towards-user-privacy/5277460/>.

Heidegger (1953) 1996

M. Heidegger, *Being and Time*, Albany: State University of New York Press 1996 (*Sein und Zeit* 1953, vertaald door J. Stambaugh).

Heifetz 2009

R. Heifetz, A. Grashow & M. Linsky, *The practice of adaptive leadership*, Boston: Harvard Business School Press 2009.

Holson 2009

L.M. Holson, 'Putting a Bolder Face on Google', *The New York Times* 28 februari 2009, www.nytimes.com/2009/03/01/business/01marissa.html.

Hoven, van den, Miller & Pegge 2007

J. van den Hoven, S. Miller & T. Pegge (red.), *Designing in Ethics*, Cambridge: CUP 2017.

ISACA 2017

ISACA, *Better tech governance is better for business*, ISACA Research Report 2017, <https://cybersecurity.isaca.org/info/cyber-aware/images/Better-Tech-Governance-Is-Better-for-Business-Report.pdf>.

Janssen 1994

W. Janssen, 'Seat belt wearing and driving behaviour: An instrumented-vehicle study', *Accident Analysis and Prevention* 1994, afl. 26(2), p. 249-261.

Johnson 2010

B. Johnson, 'Privacy no longer a social norm, says Facebook founder', *The Guardian* 11 januari 2010, www.guardian.co.uk/technology/2010/jan/11/facebook-privacy.

Kahneman 2011

D. Kahneman, *Thinking Fast and Slow*, London: Allen Lane 2011.

Kark e.a. 2019

K. Kark, M. Puranik, T. Leatherberry & D. McCormack, 'Technology and the boardroom: A CIO's guide to engaging the board', *Deloitte Insights* februari 2019, www2.deloitte.com/insights/us/en/focus/cio-insider-business-insights/boards-technology-fluency-cio-guide.html.

Kerr & Earle 2013

I. Kerr & J. Earle, 'Prediction, Preemption, Presumption: How Big Data Threatens Big Picture', *Stanford Law Review Online* 2013, afl. 66.

Khourri 2015

A. Khourri, 'Insurance start-up Oscar seeks to shake-up healthcare through its app', *Los Angeles Times* 18 oktober 2015, www.latimes.com/business/la-fi-cutting-edge-oscar-20151018-story.html.

Kuhn 1962

T. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago: UCP 1962.

Lee Yohn 2018

D. Lee Yohn, 'Company culture doesn't need to be "warm and fuzzy" to be effective', *QZ* 14 maart 2018, <https://qz.com/work/1227352/amazon-proves-company-culture-doesnt-need-to-be-warm-and-fuzzy-to-be-effective/>.

Levin 2017

S. Levin, 'Facebook told advertisers it can identify teens feeling "insecure" and "worthless"', *The Guardian* 1 mei 2017, www.theguardian.com/technology/2017/may/01/facebook-advertising-data-insecure-teens.

Loo, van de 2010

E. van de Loo, 'Waarom leren gevaarlijk is', *M&O* 2010, afl. 4, p. 52-65.

Loo, van de & Winter 2016

E. van de Loo & J. Winter, 'Cultuur en gedrag volgens de nieuwe corporate governance code', *Ondernemingsrecht* 2016/72.

Loo, van de & Winter 2017

E. van de Loo & J. Winter, 'Corporate Culture is an Alarming Low Priority for Boards', *Insead Knowledge* 10 november 2017, <https://knowledge.insead.edu/leadership-organisations/corporate-culture-is-an-alarmingly-low-priority-for-boards-7676>.

Lotti 2009/2010

M. Lotti, 'Ethics and the information Age', *Effect Magazine Online* 2009/2010.

Mac 2016

R. Mac, 'Jeff Bezos Calls Amazon "Best Place In The World To Fail" In Shareholder Letter', *Forbes* 5 april 2016, www.forbes.com/sites/ryanmac/2016/04/05/jeff-bezos-calls-amazon-best-place-in-the-world-to-fail-in-shareholder-letter/#5aa338f37bc5.

Machmeier 2018

C. Machmeier, 'SAP Guiding Principles for Artificial Intelligence', *SAP News Center* 18 september 2018, <https://news.sap.com/2018/09/sap-guiding-principles-for-artificial-intelligence/>.

MacKenzie, Meyer & Noble 2013

I. MacKenzie, C. Meyer & S. Noble, 'How retailers can keep up with consumers', *McKinsey* oktober 2013, www.mckinsey.com/industries/retail/our-insights/how-retailers-can-keep-up-with-consumers.

McClelland 1987

D. McClelland, *Human Motivation*, Cambridge: CUP 1987.

Merrill 2019

D. Merrill, 'What Boards Need to Know About AI', *Harvard Business Review* 24 maart 2019, <https://hbr.org/2019/05/what-boards-need-to-know-about-ai>.

Microsoft (online)

Microsoft, *Microsoft AI Principles*, www.microsoft.com/en-us/ai/our-approach-to-ai.

Miller 2019

J. Miller, 'Mark Zuckerberg asks governments to regulate tech firms', *Techspot* 31 maart 2019, www.techspot.com/news/79440-mark-zuckerberg-asks-governments-regulate-tech-firms.html.

Moerel 2014

L. Moerel, *Big Data Protection: How to Make the Draft EU Regulation on Data Protection Future Proof* (oratie Tilburg), Tilburg: Tilburg University 2014.

Moerel 2018a

L. Moerel, 'Als algoritmen routinewerk overnemen nekt dat ook expertise', *FD* 19 juni 2018, <https://fd.nl/opinie/1258607/als-algoritmen-routinewerk-overnemen-nekt-dat-ook-expertise>.

Moerel 2018b

L. Moerel, 'Algoritmes kunnen discriminatie beperken, maar alleen met goede data', *FD* 12 november 2018, <https://fd.nl/opinie/1277940/algoritmes-kunnen-discriminatie-juist-beperken-maar-alleen-met-goede-data>.

Moerel 2019

L. Moerel, 'Ontkomen aan digitale disruptie', *Pensioen Bestuur & Management Magazine* 2019, afl. 3, www.pensioenbestuurenmanagement.nl/nieuws/communicatie/ontkomen-aan-digitale-disruptie.

Moerel & Prins 2016

L. Moerel & C. Prins, *Privacy voor de Homo Digitalis: Proeve van een nieuw toetsingskader voor gegevensbescherming in het licht van Big Data en Internet of Things* (Preadviezen 2016 Nederlandse Juristen-Vereniging), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 9-124.

Nederlandsche Bank, De (online)

De Nederlandsche Bank, *Risk Management and Internal Control*, www.ir.dnb.no/about-dnb/corporate-governance/risk-management-and-internal-control.

Noorse Consumenten Raad 2018

Noorse Consumenten Raad, *Deceived by Design: How tech companies use dark patterns to discourage us from exercising our privacy rights*, 27 juni 2018, <https://fil.forbrukerradet.no/wp-content/uploads/2018/06/2018-06-27-deceived-by-design-final.pdf>.

Openbaar Ministerie 2018

Openbaar Ministerie, *ING betaalt 775 miljoen vanwege ernstige nalatigheden bij voorkomen witwassen*, 4 september 2018, www.om.nl/%40103953/ing-betaalt-775/.

Oscar Health (online)

Oscar Health, <https://play.google.com/store/apps/details?id=com.hioscar.member&hl=nl>.

Peppers & Rogers 2012

D. Peppers & M. Rogers, *Extreme Trust: Honesty as a Competitive Advantage*, New York: Penguin Group 2012.

Pichai 2018

S. Pichai, 'AI at Google: our principles', *Google* 7 juni 2018, <https://blog.google/technology/ai/ai-principles/>.

Plato 2017

Plato, *Allegory of the Cave*, Los Angeles: Enhanced Media Publishing 2017.

Raaijmakers & Buma 2019

G.T.M.J. Raaijmakers & O.M. Buma, 'Terugblik en vooruitblik op de invloed van de Code Corporate Governance', *TvOB* 2019, afl. 2, p. 65-72.

Ribeiro, Singh & Guestrin 2016

M.T. Ribeiro, S. Singh & C. Guestrin, 'Introduction to Local Interpretable Model-Agnostic Explanations (LIME), A technique to explain the predictions of any machine learning', 12 augustus 2016, www.oreilly.com/learning/introduction-to-local-interpretable-model-agnostic-explanations-lime.

Samuelson & Zeckhouser 1988

W. Samuelson & R.J. Zeckhouser, 'Status Quo Bias in Decision Making', *Journal of Risk and Uncertainty* 1988, p. 7-59.

Sarrazin & Willmott 2016

H. Sarrazin & P. Willmott, 'Adapting your board to the digital age', *McKinsey* juli 2016, www.mckinsey.com/business-functions/digital-mckinsey/our-insights/adapting-your-board-to-the-digital-age.

Schwartz 2019

B. Schwartz, *Our Loss of Wisdom* [videobestand], februari 2019, www.ted.com/talks/barry_schwartz_on_our_loss_of_wisdom#t-522865.

Security.nl 2019

Security.nl, 'Kamervragen over gebruik betaalverkeer voor reclame ING', *Security.nl* juni 2019, www.security.nl/posting/612715#posting612790.

Sharron & Serwin 2018

S. Sharron & A. Serwin, 'Managing Corporate AI', *Corporate Compliance Insights* 20 juli 2018, www.corporatecomplianceinsights.com/managing-corporate-ai/.

Solsman 2018

J.E. Solsman, 'YouTube's AI is the puppet master over most of what you watch', *CNET* 10 januari 2018, www.cnet.com/news/youtube-ces-2018-neal-mohan/.

Stephenson & Olson 2017

C. Stephenson & N. Olson, 'Why CIOs Make Great Board Directors', *Harvard Business Review* 15 maart 2017, <https://hbr.org/2017/03/why-cios-make-great-board-directors>.

Taylor 2019

C. Taylor, 'Google gets go-ahead from Central Bank for payments', *Irish Times* 5 januari 2019, www.irishtimes.com/business/technology/google-gets-go-ahead-from-central-bank-for-payments-1.3747901.

Thaler & Sunstein 2008

R.H. Thaler & C.R. Sunstein, *Nudge, Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Yale: YUP 2008.

Thompson 2017

D. Thompson, 'Designing Responsibility: The Problem of Many Hands in Complex Organizations', in: J. van den Hoven, S. Miller & T. Pegge (red.), *Designing in Ethics*, Cambridge: CUP 2017, p. 32-56.

Udding 2016

A. Udding, 'Three Lines of Defence: a Panacea?', *Axveco* 1 november 2016, <https://axveco.com/three-lines-of-defence-a-panacea/>.

Vaas 2019

L. Vaas, 'FTC renews call for single federal privacy law', *Naked Security by Sophos* 10 mei 2019, <https://nakedsecurity.sophos.com/2019/05/10/ftc-renews-call-for-single-federal-privacy-law/>.

Valentine & Stewart 2005

E.L.H. Valentine & G. Stewart, 'Enterprise Business Technology Governance: Three Competencies to Build Board Digital Leadership Capability', *48th Hawaii International Conference on System Sciences* 2005, DOI: 10.1109/HICSS.2015.539.

Volkskrant, de 2019

'De Volkskrant moet betere privacy bieden, vindt deze hoogleraar', *de Volkskrant* 2 mei 2019, www.volkskrant.nl/columns-opinie/de-volkskrant-moet-betere-privacy-bieden-vindt-deze-hoogleraar~b71fb1f6/.

Wakefield 2019

J. Wakefield, 'Google's ethics board shut down', *BBC* 5 april 2019, www.bbc.com/news/technology-47825833.

Weill e.a. 2019a

P. Weill, T. Apel, S.L. Woerner & J.S. Banner, *Companies with a Digital Savvy Board Perform Better* (MIT CISR Research Briefing Volume XIX), Cambridge: MIT Sloan 2019.

Weill e.a. 2019b

P. Weill, T. Apel, S.L. Woerner & J.S. Banner, *Assessing the Impact of Digital Savvy Board on Company Performance* (MIT Sloan CISR Working Paper No. 433), Cambridge: MIT Sloan 2019.

Winter 2018a

J. Winter, 'The Human Experience of Being-in-the-Board: A Phenomenological Approach', *SSRN*, 2018, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3319392>.

Winter 2018b

J. Winter, 'A Behavioral Perspective on Corporate Law and Corporate Governance', in: J.N. Gordon & W.G. Ringe (red.), *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*, Oxford: OUP 2018.

Wittgenstein (1921) 1922

L. Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, London: Kegan Paul 1922 (*Logisch-Philosophische Abhandlung* 1921, vertaald door F.P. Ramsey en C.K. Ogden).

Wittgenstein (1953) 1958

L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, Oxford: Basil Blackwell 1958 (*Philosophische Untersuchungen* 1953, vertaald door G.E.M. Anscombe).

Wittgenstein (1977) 1980

L. Wittgenstein, *Culture and Value*, Chicago: UCP 1980 (*Vermischte Bemerkungen* 1977, vertaald door P. Winch).

Wokke 2014

A. Wokke, 'Instanties kritisch over proef ING met advertenties op basis van betalingsgedrag', *Tweakers* 14 maart 2014, <https://tweakers.net/nieuws/94841/instanties-kritisch-over-proef-ing-met-advertenties-op-basis-van-betalingsgedrag.html>.

Yueh 2018

J. Yueh, 'GDPR will make big tech even bigger', *Forbes* 26 juni 2018, www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2018/06/26/gdpr-will-make-big-tech-even-bigger/.

Zuboff 2019

S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism*, New York: Public Affairs 2019.

Hoofdstuk 3

Caleidoscopische handhaving tegen het datagebruik van ondernemingen

Svetlana Yakovleva^{*}, Wessel Geursen^{**} en Axel Arnbak^{***}

3.1 Inleiding

Reeds tien jaar geleden voorspelde Eurocommissaris voor Consumentenbescherming Maglena Kuneva dat persoonsgegevens de nieuwe olie van het internet zijn en de nieuwe valuta van de digitale wereld.¹ Tien jaar later is de toegang tot gegevens en het vermogen om die te verwaarden inderdaad een essentiële factor geworden om te kunnen concurreren in de digitale economie. In de toekomst zullen gegevens van cruciaal belang zijn, niet alleen om een concurrentievoorsprong te krijgen, maar zelfs om te overleven in de digitale economie en om (geo)politieke macht te verkrijgen. Het doorslaggevende element voor succes in deze toekomstige *brave new world* is niet per definitie noodzakelijkerwijs de omvang van investeringen in onderzoek en ontwikkeling van hardware of complexe technologieën zoals kunstmatige intelligentie en geautomatiseerd leren. Het begint bij enorme hoeveelheden accurate gegevens die nodig zijn om algoritmen en andere geautomatiseerde besluitvormingsprocessen te trainen in ons toekomstbeeld van *big data*, geavanceerde analysetechnieken en kunstmatige intelligentie. Dit is de reden dat medische instellingen in Nederland op de voorpagina's van Nederlandse nieuwskanalen alarm sloegen over strikte EU-privacywetgeving: aangezien dit de toegang tot patiëntgegevens beperkt, winnen Chinese en Amerikaanse onderzoekslaboratoria de wedstrijd wat betreft de komende generatie toekomstige medische oplossingen.²

In dit preadvies gaan we uit van de aanname dat de toegang tot gegevensverzameling en de regulering daarvan cruciaal zal zijn voor commercieel succes in de komende jaren in elke denkbare sector.³ Weliswaar bestond dit inzicht bij relevante beleidsmakers als Kuneva al tien jaar terug, pas recent beginnen diverse toezichthouders de mogelijke regulering voor het verwaarden van gegevens met voldoende menskracht te onderzoeken en te handhaven. Als wij de strategische agenda's van de

* Svetlana Yakovleva is Senior Professional Support Lawyer Privacy & Cybersecurity bij De Brauw Blackstone Westbroek en promovendus bij het Instituut voor Informatierecht (IViR), Universiteit van Amsterdam.

** Wessel Geursen is Senior Professional Support Lawyer EU & Competition law bij De Brauw Blackstone Westbroek en buitenpromovendus bij de Vrije Universiteit.

*** Axel Arnbak is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek en onderzoeker bij het Instituut voor Informatierecht (IViR), Universiteit van Amsterdam. De auteurs zijn Anne Carine de Waard, Marena van Wijk en Tess Heystee erkentelijk voor hun hulp aan deze bijdrage.

1. Zie M. Kuneva, 'Keynote Speech', *Roundtable on Online Data Collection, Targeting and Profiling*, Brussel: 31 maart 2009. Zie ook 'The world's most valuable resource is no longer oil, but data', *The Economist* 6 mei 2017.

2. Zie J.F. van Wijnen, 'Strengere privacyregels hinderen medisch onderzoek in Nederland', *Het Financieele Dagblad* 23 september 2019, Fd.nl.

3. Zie L. Lucas & R. Waters, 'China and US compete to dominate big data', *Financial Times* 1 mei 2018, Ft.com.

toezichthouders erop naslaan,⁴ zal deze handhaving in de komende paar jaar snel intensiveren. We concentreren onze bijdrage op de wisselwerking tussen handhaving door gegevensbeschermings-, mededingings- en consumentenautoriteiten. Neem onlineplatformdiensten: een doorslaggevende succesfactor om te overleven in platformeconomieën is of bedrijven erin slagen om (bijna-)monopolist te worden door netwerkeffecten.⁵ Daarvan is sprake wanneer gebruikers (zowel de consumenten als aanbieders op die platforms) het voordelig achten om slechts één groot platform te gebruiken, zoals bijvoorbeeld alle taxi's en taxigebruikers op een en hetzelfde taxiplatform in plaats van versnipperd over meerdere platforms. Voorbeelden zijn Amazon, Apple met zijn App Store en muziek, Uber en Facebook, dat pas werkelijk een *social-media*-hegemonie in het westelijk halfmond verkreeg na overname van WhatsApp en Instagram. Mogelijk contra-intuïtief: bijna-monopolies kunnen leiden tot voordelen voor consumenten en andere bedrijven die die platforms gebruiken om hun diensten aan te bieden (bijvoorbeeld verkopers via Amazon en muzikanten en appontwikkelaars via de platforms van Apple). Naarmate de platforms marktmacht verwerven, kunnen ze dit echter ook ten nadele van hun gebruikers aanwenden. Het *winner-takes-(almost)-all-effect* wordt niet alleen veroorzaakt door het aantal gebruikers op het platform, maar ook – of zelfs voornamelijk – door de enorme hoeveelheid (persoons)gegevens die zij van hun gebruikers hebben.

Elke belanghebbende in deze zoektocht naar gegevens, bedrijven en burgers in gelijke mate, wordt direct geconfronteerd met het gegevensbeschermingsrecht en de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) in de EU.⁶ De bescherming van 'persoonsgegevens'⁷ is een fundamenteel recht in de EU,⁸ wat ten grondslag ligt aan de doelstelling om 'doeltreffende en volledige bescherming' te garanderen.⁹ Door de allesomvattende interpretatie van het begrip 'persoonsgegevens' door ge-

4. Het is inherent aan gegevensbeschermingsautoriteiten dat zij handhaven ten aanzien van data. Voor mededingings- en consumentenautoriteiten is het handhaven ten aanzien van data met name ingegeven door de roep om de digitale economie (beter) te reguleren: Rapport voor de Europese Commissie J. Crémer, Y-A. de Montjoye & H. Schweitzer, *Competition Policy for the Digital Era*, Luxembourg: Publications Office of the European Union 2019 en Mission letter van Ursula von der Leyen, Presidentskandidaat voor Europese Commissie aan Margrethe Vestager, kandidaat-vicepresident en portefeuillehouder voor *Europe fit for the Digital Age*, Brussel: 10 september 2019. Ten aanzien van consumentenbescherming geeft Von der Leyen aan dat dat onder haar Commissietermijn ook zal focussen op onlinetransacties en digitale transitie; Mission letter van Ursula von der Leyen, Presidentskandidaat voor Europese Commissie aan Didier Reynders, kandidaat-Commissaris voor Justitie, Brussel: 10 september 2019; zie verder: H.W. Micklitz, 'Consumer Law in the Digital Economy', in: T. Kono, M. Hiscock & A. Reich (red.), *Transnational Commercial and Consumer Law. Perspectives in Law, Business and Innovation*, Singapore: Springer 2018, p. 111-152.
5. Zie C. Shapiro & H.R. Varian, *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, Massachusetts: Harvard Business School Press 1999.
6. Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016, *Pb* 2016, L 119/1-88, 4 mei 2016.
7. Artikel 4 lid 1 AVG: 'persoonsgegevens': alle informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon ('de betrokkene'); als identificeerbaar wordt beschouwd een natuurlijke persoon die direct of indirect kan worden geïdentificeerd, met name aan de hand van een identifier zoals een naam, een identificatienummer, locatiegegevens, een online identifier of van een of meer elementen die kenmerkend zijn voor de fysieke, fysiologische, genetische, psychische, economische, culturele of sociale identiteit van die natuurlijke persoon.
8. Artikel 8 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (EU-Handvest).
9. Zie HvJ EU 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317, r.o. 34 (*Google/AEPD*); HvJ EU 5 juni 2018, C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388, r.o. 28 (*Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*); HvJ EU 29 juli 2019, C-101/17, ECLI:EU:C:2019:629, r.o. 66 (*Fashion ID GmbH & Co*).

gevensbeschermingsautoriteiten en zelfs het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) – vervaagt de grens tussen wat persoonsgegevens zijn, en wat overblijft als niet-persoonsgegevens.¹⁰ Bijna alle gegevens kunnen namelijk op een zeker moment worden gekwalificeerd als ‘persoonsgebonden’.¹¹ Nu de techniek om op basis van geanonimiseerde gegevens toch weer de achterliggende persoon te identificeren constant verbetert, zijn gegevens die eerst niet-persoonsgebonden leken toch weer persoonsgebonden. Daardoor ontsnappen die niet aan stringente gegevensbeschermingsregelgeving.¹² Tegen deze achtergrond: als (persoons)gegevens de ‘brandstof’ van de moderne economie zijn geworden, is de AVG de ‘wet van alles’ aan het worden in die zin dat zij van toepassing is op bijna al het gebruik van gegevens.¹³

Omdat (persoons)gegevens gebruikt worden om producten en diensten aan consumenten aan te bieden, is niet alleen de AVG relevant, maar ook het consumentenbeschermingsrecht en het mededingingsrecht. Deze drie rechtsgebieden worden gehandhaafd door drie typen handhavinginstanties. Ten eerste de gegevensbeschermingsautoriteiten, bekleed met de toezichthoudende en handhavingsbevoegdheden onder de AVG.¹⁴ Ten tweede komen de mededingingsautoriteiten in beeld omdat (persoons)gegevens impact hebben op de concurrentie tussen ondernemingen. Tot slot, gezien het feit dat (persoons)gegevens een productiefactor zijn geworden voor goederen en diensten en een vorm van betaling voor ‘gratis’ diensten op tweezijdige markten (zoals social media platforms),¹⁵ handhaven consumentenautoriteiten ook tegen oneerlijk gebruik van persoonsgegevens.

Mededingings- en consumentenautoriteiten zijn reeds begonnen met de handhaving tegen het in hun ogen onwettig verzamelen en gebruiken van persoonsgegevens. Daarbij gebruiken zij vanzelfsprekend juridische begrippen en handhavingsbevoegdheden binnen hun respectievelijke rechtsgebieden. Mededingings- en consumentenrecht reguleren gegevensgebruik alleen voor zover het mededinging en/of consumenten betreft, terwijl gegevensbescherming het gebruik van persoonsgegevens in bredere zin reguleert. De handhaving jegens onwettige gegevensverwerkingspraktijken onder het mededingings- of consumentenrecht heeft *niet* de bescherming van persoonsgegevens tot doel, maar streeft naar bescherming van mededingings- en consumentenbelangen. Hoewel mededingings- en consumentenautoriteiten de AVG niet *direct* handhaven, kan het gedrag waartegen zij optreden tegelijkertijd kwalificeren als een schending van het gegevensbeschermingsrecht. In bepaalde gevallen kunnen mededingings- of consumentenautoriteiten beschouwd

10. N. Purtova, ‘The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law’, *Law, Innovation and Technology* 2018, p. 40-81, stelt op p. 41 dat letterlijk alle gegevens beschouwd kunnen worden als persoonsgegevens.

11. Idem.

12. Overweging 9 AVG, zie ook O. Tene & J. Polonetsky, ‘Big Data for All: Privacy and User Control in the Age of Analytics’, 11 *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 239 (2013); D. Kondor e.a., ‘Towards matching user mobility traces in large-scale datasets’, *IEEE Transactions on Big Data, Early Access Article*, 2018; P.M. Schwartz & D.J. Solove, ‘The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information’, *New York University Law Review* (84) 2011, p. 1814; Purtova 2018, p. 78; P. Ohm, ‘Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization’, *UCLA Law Review* (57) 2010, p. 1701.

13. Purtova 2018, p. 41.

14. Artikel 51 AVG.

15. Zie bijv. A.S. Bataineha e.a., ‘Monetizing Personal Data: A Two-Sided Market Approach’, *Procedia Computer Science* (83) 2016, p. 472.

worden als een welkome helpende hand om te compenseren voor de zwakte van het handhavingsregime in het gegevensbeschermingsrecht. Als persoonsgegevensbescherming alleen werd gehandhaafd door gegevensbeschermingsautoriteiten zou dit wellicht een onoverkomelijke druk op hen uit kunnen oefenen. Helemaal als praktisch alle gegevens als persoonsgegevens kunnen (gaan) worden beschouwd als gevolg van technologische ontwikkelingen, zoals *Purtova* dat voorspelt. Naleving door ondernemingen en handhaving door persoonsgegevensautoriteiten wordt in de praktijk dan (haast) onmogelijk, waardoor er dan slechts sprake zou zijn van naleving op papier en op zijn best selectieve handhaving door de autoriteiten.¹⁶

Dit preadvies toont aan dat convergentie tussen mededingings-, consumenten- en gegevensbeschermingsrecht bij de handhaving tegen het gebruik van persoonsgegevens op ten minste twee manieren leidt tot interactie. Ten eerste kunnen mededingings-, consumenten- en gegevensbeschermingsautoriteiten *parallele* handhavingsmaatregelen initiëren tegen dezelfde gegevensgerelateerde praktijk. Tot op heden heeft zulk *parallel* optreden alleen plaatsgevonden in verschillende EU-lidstaten.¹⁷

Er zijn echter geen juridische barrières tegen *parallele* handhaving ook binnen een en dezelfde EU-lidstaat. Ten tweede leidt dit tot uitbreiding van mededingings- en consumentenrechtelijke concepten doordat bij de interpretatie daarvan ‘leentjebuur’ wordt gespeeld bij gegevensbeschermingsconcepten. Dan worden gegevensbeschermingsconcepten of -regels geïnternaliseerd in het consumenten- of mededingingsrecht om de doelstellingen van die andere rechtsgebieden te bereiken. De interactie tussen deze drie mogelijkheden tot handhaving resulteert in wat wij *caleidoscopische handhaving* noemen,¹⁸ omdat elk van de autoriteiten een andere en eigen juridische basis heeft en bevoegd is om een handhavingsactie te initiëren tegen dezelfde onwettige gegevensverwerkingspraktijk.

Alhoewel convergentie tussen de inhoudelijke regels van het mededingings-, consumenten- en gegevensbeschermingsrecht op het eerste gezicht de bescherming van gebruikersbelangen versterkt,¹⁹ heeft *caleidoscopische handhaving*, volgens ons, verschillende keerzijden. Handhaving tegen dezelfde activiteiten geïnitieerd door verschillende typen autoriteiten op grond van drie verschillende rechtsgebieden zonder deugdelijke coördinatie/samenwerking houdt de pogingen van de EU om consistente interpretatie en handhaving van EU-recht te bewerkstelligen tegen. Alhoewel er coördinatie-/samenwerkingsmechanismen tussen mededingings-, consumenten- en gegevensbeschermingsautoriteiten onderling en binnen hun eigen rechtsgebied bestaan, overstijgen zulke coördinatiemechanismen hun domein niet. Het risico bestaat bijvoorbeeld dat gegevensbeschermingsconcepten anders worden geïnterpreteerd door autoriteiten uit elk van de drie rechtsgebieden. Verder kunnen ondernemingen tegelijkertijd worden geconfronteerd met verschillende

16. *Purtova* 2018, p. 75-78.

17. Voor een overzicht zie bijv. C. Carugati, ‘The 2017 Facebook Saga: A Competition, Consumer and Data Protection Story’, *European Competition and Regulatory Law Review* 2(1) 2018, p. 4-10.

18. Andere auteurs noemen dit een reguleringsdilemma: M. Botta & K. Wiedemann, ‘The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey’, *The Antitrust Bulletin* 2019, Volume 64, issue 3, p. 428-446.

19. F. Costa-Cabral & O. Lynskey, ‘Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law’, *CML Rev.* (54) 2016, p. 11-50; W. Kerber, ‘Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection’, *Journal of Intellectual Property Law & Practice* (11) 2016, p. 862-864; N. Helberger, F. Zuiderveen Borgesius & A. Reyna, ‘The Perfect Match? A Closer Look at The Relationship Between EU Consumer Law and Data Protection Law’, *CML Rev.* (54) 2017, p. 1428-1429.

handhavingsprocedures tegen hetzelfde gebruik/misbruik van persoonsgegevens, wat kan leiden tot (i) drie afzonderlijke procedures door drie afzonderlijke autoriteiten en (ii) substantieel verschillende boetes afhankelijk van het rechtsgebied dat van toepassing is. Deze problemen volgen grotendeels uit de gecompartmenteerde structuur waarbinnen de autoriteiten opereren. Ondanks convergentie van de inhoudelijke regels in deze rechtsgebieden is er geen/nauwelijks samenwerking. Twee voorbeelden om dit punt te verhelderen:

In het eerste voorbeeld rijdt een dronken persoon te hard door rood en veroorzaakt daarbij een ongeluk. Hij/zij zal waarschijnlijk slechts door één autoriteit vervolgd worden (het Openbaar Ministerie), ook al heeft hij/zij vier verschillende normen geschonden door dezelfde handeling(sreeks). Waarschijnlijk zal er ook slechts één sanctie zijn met inachtneming van de ernst van de inbreuk op alle normen tezamen. In het tweede voorbeeld gebruikt een dominante onderneming persoonsgegevens van bestaande klanten zonder hun toestemming om nieuwe diensten te ontwikkelen. Dit ene gebruik van het klantenbestand door de onderneming kan tegelijkertijd een schending zijn van (1) de AVG vanwege de afwezigheid van toestemming; (2) oneerlijk gebruik van de gegevens onder het consumentenbeschermingsrecht,²⁰ en (3) misbruik van machtspositie onder het mededingingsrecht, aangezien concurrenten op de markt voor de nieuwe dienst geen toegang hebben tot dezelfde database²¹. De onderneming kan dan worden geconfronteerd met drie afzonderlijke handhavingsprocedures door drie²² afzonderlijke autoriteiten die elk hun eigen sancties vaststellen.

Om de negatieve consequenties van zulke caleidoscopische handhaving in het digitale tijdperk naar behoren aan te pakken, beargumenteren wij dat een coherente interdisciplinaire aanpak tussen de autoriteiten noodzakelijk is; niet alleen op het gebied van inhoudelijke regels, maar ook, en belangrijker, ook op het gebied van handhaving.²³ Wij stellen voor dat handhavingsmuren tussen mededingings-, consumenten- en gegevensbeschermingsautoriteiten moeten worden weggenomen om de vraagstukken van (i) inconsistente interpretatie en (ii) meerdere handhavingsacties tegen ondernemingen voor hetzelfde gebruik/misbruik van persoonsgegevens op te lossen.

Dit preadvies is als volgt opgebouwd. Paragraaf 2 verduidelijkt de doelen en inhoudelijke regels van het mededingings-, consumenten- en gegevensbeschermingsrecht in het digitale tijdperk. Paragraaf 3 legt uit hoe deze wisselwerking resulteert in

20. Zoals bijvoorbeeld de Italiaanse consumentenautoriteit die een boete van in totaal € 900 000 heeft opgelegd aan drie energiebedrijven wegens het gebruik van hun klantenbestand voor het ongevaagde aanbod van diensten aan hun consumenten; dit werd beschouwd als oneerlijke handelspraktijk in het kader van de wetgeving inzake consumentenbescherming (besluiten PS10998, PS11140 en PS11172 van 24 oktober 2018).
21. Zoals bijvoorbeeld de Franse mededingingsautoriteit die een boete van € 100 miljoen heeft opgelegd aan gas- en elektriciteitsbedrijf Engie wegens misbruik van machtspositie door zijn klantenbestand met betrekking tot gereguleerde gastarieven te gebruiken om na liberalisering van die markt zijn bestaande klanten nieuwe contracten voor gas en elektriciteit aan te bieden, terwijl zijn nieuwe en pas toegetreden concurrenten op die markt, die net was opengesteld voor concurrentie, geen toegang hadden tot die databank (besluit 17-D-06 van 21 maart 2017).
22. In sommige landen, zoals in Nederland en Italië, zijn de mededingings- en consumentenautoriteiten gefuseerd tot één autoriteit of waren zij vanaf het begin van hun bestaan één enkele autoriteit.
23. Kerber 2016, p. 857. Kerber voert dit argument aan met betrekking tot de bescherming van de privacybelangen, maar wij geloven dat dit ook geldt voor de bescherming van mededinging en consumenten.

caleidoscopische handhaving en brengt de keerzijden in kaart. Paragraaf 4 schetst een manier om deze keerzijden te overkomen.

3.2 **Wisselwerking tussen drie rechtsgebieden in het digitale tijdperk**

3.2.1 **Doeleinden van de drie rechtsgebieden**

De wisselwerking tussen mededingings-, consumenten- en gegevensbeschermingsregels in het digitale tijdperk is gelegen in de deels overlappende, maar toch ook uiteenlopende doeleinden van deze drie rechtsgebieden.

In de meeste jurisdicties heeft het mededingingsrecht tot doel de consumentwelvaart te verhogen.²⁴ Dit doel wordt gerealiseerd door onvervalste mededinging. Dat zou moeten leiden tot lagere prijzen en/of een hogere kwaliteit van producten en diensten. Mededingingsrecht verbiedt vervalsing van mededinging. Een voorbeeld is het verbieden van concurrerende ondernemingen om prijzen in een kartel af te spreken, of bijvoorbeeld het verbieden van het uitsluiten van een nieuwe concurrent op de markt door een dominante onderneming. Het doel van consumentenrecht is de consument te beschermen, omdat die als zwakkere partij wordt beschouwd ten opzichte van de bedrijven waarvan hij producten/diensten koopt. Consumentenrecht tracht dit doel te realiseren door een effectieve keuze op prijzen te waarborgen en kwaliteits- en veiligheidsnormen op te leggen. Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon in 2009 worden privacy en persoonsgegevens beschermd door het Unierecht als fundamentele rechten onder het bindende EU-Handvest.²⁵ De bescherming van deze individuele rechten is niet instrumenteel voor het bereiken van andere doelstellingen, zoals de verbetering van het sociale welzijn. Het is daarentegen onlosmakelijk verbonden met de bescherming van menselijke waardigheid.²⁶ In de rechtspraak na 2009 benadrukt het HvJ EU dat deze fundamentele rechten de kern raken van het huidige Europese gegevensbe-

24. Dit is een van de belangrijkste doelstellingen van de meeste mededingingsregimes. Zie S. Albæk, 'Consumer Welfare in EU Competition Policy', in: C. Heide-Jørgensen e.a. (red.), *Aims and Values in Competition Law*, Copenhagen: DJØF Publishing 2013, p. 67. Het is niet het enige doel. Het EU-mededingingsrecht probeert bijvoorbeeld ook bij te dragen aan vrij verkeer in de interne markt. Bovendien lijkt de billijkheid ('fairness') de laatste tijd een dominantere rol te krijgen bij de handhaving van het mededingingsrecht. Het is de vraag of billijkheid ook een doel is van het mededingingsrecht, of dat billijkheid algemene beleidsdoelstelling is als gevolg van een maatschappelijke kreet om meer billijkheid; in het laatste geval wordt het mededingingsrecht een middel om deze doelstelling te ondervangen. De kreet om billijkheid heeft ertoe geleid dat de Europese Commissie de regels inzake staatssteun toepast op gunstige fiscale uitspraken om ondernemingen *their fair share of tax* te laten betalen, zoals Eurocommissaris voor Mededinging Vestager zei; persmededeling van 16 september 2019 (IP/19/5578). Daarnaast gaf zij aan dat het niet betekent dat alleen omdat iets niet billijk is, het tegen de regels van het mededingingsrecht ingaat; dat blijkt uit haar toespraak 'Fairness and competition' van 25 januari 2018 op de GCLC Annual Conference in Brussel. Volgens Vestager is 'fairness' niets nieuws, gezien zij aangaf dat het concept van 'fairness' in EU-mededingingsrecht net zo oud is als het mededingingsrecht zelf, omdat het van het begin af aan oneerlijke prijzen en handelsvoorwaarden verbiedt; dat volgt uit haar toespraak 'Competition and fairness in a digital society' van 22 november 2018 op de AmCham EU 35th Competition Policy Conference in Brussel.
25. Artikel 7 en 8 EU-Handvest.
26. Toelichting 1 bij het EU-Handvest, *Pb* 2007, C 303/17.

schermingsrecht.²⁷ Volgens vaste jurisprudentie van het HvJ EU streeft het Europese gegevensbeschermingskader niet alleen naar de waarborging van ‘doeltreffende en volledige’ bescherming van het recht op bescherming van privacy en persoonsgegevens, maar ook naar een hoge mate van bescherming van die fundamentele rechten.²⁸

Vanuit EU-rechtelijk perspectief dient ieder van deze rechtsgebieden daarnaast ook nog eens het gemeenschappelijke doel om een interne markt te realiseren. Ondanks een focus op de bescherming van fundamentele rechten, is de integratie van de interne markt, al is het niet langer een formele rechtsgrond voor de bevoegdheid van de EU om gegevensbescherming te reguleren,²⁹ nog steeds een belangrijk component van het Europese gegevensbeschermingskader. De AVG heeft, net als haar voorganger de Databeschermingsrichtlijn uit 1995, een tweeledig doel: naast de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden van individuen, met name het recht op gegevensbescherming, ook de waarborging van vrij verkeer van persoonsgegevens binnen de EER.³⁰ In de overwegingen van de AVG komt naar voren dat de richtlijn expliciet beoogt ‘bij te dragen aan de totstandkoming van een ruimte (...) van een economische unie, alsook tot economische en sociale vooruitgang, de versterking en de convergentie van de economieën binnen de interne markt en het welzijn van natuurlijke personen’.³¹ Bovendien waren de hervormingen van de EU-gegevensbescherming, die uiteindelijk tot de AVG hebben geleid, een van de pijlers van het *Digital Single Market*-project, wat door de Europese Commissie werd gepresenteerd als de sleutel tot de bloei van de EU in de opkomende mondiale gegevens economie.³² *Costa-Cabral & Lynskey* stellen dat de doelstelling van de EU-gegevensbescherming leidt tot marktintegratie en dat de zorg voor het welzijn van het individu aanzienlijke familiebanden tussen EU-gegevensbeschermingsrecht en EU-mededingingsrecht tot stand brengt.³³ EU-mededingingsrecht beoogt naast consumentenwelvaart namelijk eveneens de realisatie van de interne markt. In de *GSK*-zaak, waarin het ging om de beperking van de parallelhandel in geneesmiddelen door distributieovereenkomsten tussen het farmaceutische bedrijf GSK en zijn distributeurs, oordeelde het HvJ EU dat ‘overeenkomsten tot afscherming van de nationale markten volgens de nationale grenzen of overeenkomsten die de interpenetratie van de nationale markten moeilijker maken, met name die welke de

27. O. Lynskey, ‘From market-making tool to fundamental right: The role of the Court of Justice in data protection’s identity crisis’, in: S. Gutwirth e.a. (red.), *European Data Protection: Coming of Age*, Dordrecht: Springer 2013, p. 59-84.

28. Zie HvJ EU 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317, r.o. 34, 38 en 66 (*Google/AEPD*); HvJ EU 5 juni 2018, C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388, r.o. 26, 28, 56 (*Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*); HvJ EU 6 oktober 2015, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, r.o. 39 (*Schrems/Ireland*).

29. Nu volgt uit artikel 16 lid 2 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) het mandaat voor het Europees Parlement en de Raad voor de vaststelling van de regels betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en de regels betreffende het vrij verkeer van persoonsgegevens. De bevoegdheid om internemarktregels vast te stellen vloeit voort uit artikel 26 VWEU.

30. Artikel 1 lid 1 AVG, artikel 1 Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, *PbEG* 1995, L 281.

31. Overweging 2 AVG.

32. Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Completing a trusted Digital Single Market for all, 15 mei 2018, COM(2018)320.

33. *Costa-Cabral & Lynskey* 2016, p. 6.

parallexport beogen te verbieden of te beperken, gekwalificeerd als overeenkomsten die tot doel hebben de mededinging te beperken'.³⁴ Evenzo is de realisatie van de interne markt ook een doelstelling van EU-consumentenrecht.³⁵

3.2.2 Versterking van de wisselwerking tussen de drie rechtsgebieden

De wisselwerking tussen het mededingings- en consumentenrecht wordt gezien als een tweetrapsraket: (1) mededingingsrecht *creëert* een keuze voor consumenten op prijs en kwaliteit; en (2) consumentenrecht *garandeert* een effectieve keuze op prijzen³⁶ en beschermt de consument door middel van kwaliteits- en veiligheidsnormen.³⁷ Daarom wordt er vaak van uitgegaan dat mededingingsrecht en consumentenrecht elkaar wederzijds versterken.³⁸

Gegevensbescherming voegt daarbovenop een extra beschermingslaag door individuen de keuze te geven hoeveel persoonsgegevens zij met goederen- en dienstenaanbieders willen delen en waarborgt ook hun controle over de door hen verstrekte persoonsgegevens. Hoewel persoonsgegevens niet kunnen worden gereduceerd tot louter handelswaar of tegenprestatie voor een dienst,³⁹ kan de hoeveelheid persoonsgegevens die een dienstenaanbieder van een individu heeft verzameld, vergeleken worden met een prijs voor die dienst.⁴⁰ Net als in het consumentenrecht, verhelfen de transparantievoorschriften die voortvloeien uit de AVG de problematiek van informatie- en machtsasymmetrie in de verhouding tussen individuen en bedrijven die persoonsgegevens verwerken.⁴¹ Machtsasymmetrie tussen platform

34. Zie HvJ EG 6 oktober 2009, gevoegde zaken C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610, r.o. 65 (*GlaxoSmithKline Services Unlimited e.a./European Commission*). Aangezien de prijzen van de betreffende geneesmiddelen gereguleerd waren, was er geen prijsconcurrentie op het niveau van de consument en hadden de overeenkomsten geen invloed op de prijzen die zij moesten betalen. Volgens het GvEA EG waren de overeenkomsten ter voorkoming van parallelhandel niet schadelijk voor het welzijn van de consument en waren zij derhalve niet in strijd met het Unierecht. Volgens het HvJ EG heeft het GvEA EG blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, omdat het welzijn van de consument niet het enige doel van het EU-mededingingsrecht is, maar ook de verwezenlijking van de interne markt (r.o. 62).

35. Zie bijv. J. Stuyck, 'European Consumer Law After The Treaty of Amsterdam: Consumer Policy In Or Beyond The Internal Market?', *CML Rev.* (37) 2000, p. 367-400.

36. Bijvoorbeeld door prijstransparantie(misleidende) informatie. Dit verplicht handelaren om de juiste en volledige prijzen te vermelden, bijvoorbeeld voor banden (zie 'ACM dwingt juiste prijsvermelding autobanden af', *ACM.nl* 14 februari 2019), tweedehands auto's (zie 'Advertentieprijsen tweedehands auto's duidelijker na optreden ACM', *ACM.nl* 21 augustus 2019), autoverhuur (zie 'Bo-Rent vermeldt prijzen voortaan duidelijker', *ACM.nl* 11 augustus 2018), meubelverkoop (zie 'ACM beoet meubelverkoper Seats and Sofas voor misleidende prijzen', *ACM.nl* 7 juni 2018) en de huur van vakantiehuisen (zie 'Boete voor Belvilla voor misleidende prijsvermelding', *ACM.nl* 17 januari 2018).

37. Bijvoorbeeld in het geval van een reisaanbieder die geen garantiemaatregelen biedt (zie 'ACM beoet reisaanbieder zonder garantiemaatregelen', *ACM.nl* 10 januari 2019) en Volkswagen voor het niet naleven van beloofde milieuvriendelijke dieselauto's (zie 'ACM beoet Volkswagen voor misleiding bij dieselaaffaire', *ACM.nl* 28 november 2017).

38. A. Albors-Llorens, 'Competition and Consumer Law in the European Union: Evolution and Convergence', *Yearbook of European Law* (33) 2014, p. 163. Deze veronderstelling wordt echter aangevochten door Cseres, in K.J. Cseres, *Competition Law and Consumer Protection* (European monographs 49), Den Haag: Kluwer Law International 2005.

39. EDPS, 'Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content', p. 3.

40. Zie bijv. Bataineha e.a. 2016, p. 472.

41. Helberger, Zuiderveen Borgesius & Reyna 2017, p. 1438-1439.

en gebruiker kan overigens ook leiden tot uitbuitingsmisbruik dat in strijd is met het mededingingsrecht als het platform een machtspositie heeft. De verankering van gegevensbescherming als fundamenteel recht in het EU-Handvest beperkt ook de mogelijkheid van een mededingingsautoriteit om bijvoorbeeld een dominante onderneming te verplichten persoonsgegevens te delen met concurrenten om misbruik te voorkomen, wat verboden is onder mededingingsrecht.⁴² Het delen van persoonsgegevens kan namelijk alleen na toestemming van de betrokken persoon en niet door een verplichting die wordt opgelegd aan een onderneming door een mededingingsautoriteit. Zo wordt er bijvoorbeeld geprobeerd meer concurrentie en innovatie te bewerkstelligen in de markt voor betalingsdiensten met de zogenoemde PSD2.⁴³ Banken zijn onder die richtlijn alleen verplicht de bankgegevens van een klant te delen na toestemming van de betrokken klant.⁴⁴ Er geldt voor persoonsgegevens die dominante ondernemingen hebben verzameld geen algemene toegangsverplichting tot die data, zoals dat wel geldt voor bijvoorbeeld netwerken voor vaste telefonie, op het spoor of postdistributie om concurrentie te bevorderen.

3.2.3 Wisselwerking bij handhaving

Zoals reeds aangegeven in de inleiding, leidt de handhaving van regels inzake mededingings-, consumenten- en gegevensbescherming in zaken betreffende persoonsgegevens tot ten minste twee soorten interactie. Ten eerste kunnen deze materiële regels tegelijkertijd worden toegepast (en elkaar mogelijk versterken) in het kader van parallelle handhavingsacties van mededingings-, consumenten-, respectievelijk gegevensbeschermingsautoriteiten in dezelfde of verschillende EU-lidstaten. Ten tweede kunnen concepten van het ene rechtsgebied voor de interpretatie van regels uit een ander rechtsgebied dienen. Die twee interacties sluiten elkaar overigens niet uit en kunnen samengaan. In de volgende twee paragrafen worden deze twee vormen van interactie nader behandeld.

42. Costa-Cabral & Lynskey 2016, p. 3-4; I. Graef, D. Clifford & P. Valcke, 'Fairness and enforcement: bridging competition, data protection, and consumer law', *International Data Privacy Law* (8) 2018, p. 213 e.v. Zie daarover ook de beleidsbrief van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 17 juni 2019 aan de Eerste Kamer aangaande de toekomstbestendigheid van het mededingingsinstrumentarium in relatie tot onlineplatforms. In de bijlage bij die brief geeft zij ook nog aan dat een algemene verplichting om data te delen niet alleen strijdig is met de AVG, maar ook 'prikkelend voor platforms om te investeren en innoveren kunnen beperken' (*Kamerstukken I* 2018/19, 34978, D, p. 25).

43. Richtlijn (EU) 2015/2366 betreffende betalingsdiensten in de interne markt (*PbEU* 2015, L 337/35); het is de tweede richtlijn op dat gebied van betalingsdiensten en PSD is het acroniem van het Engelstalige *Payment Services Directive*.

44. De vraag is wel of toestemming in de zin van PSD2 dezelfde vorm van toestemming is als de expliciete toestemming die onder de AVG wordt verlangd. De European Data Protection Board (EDPB) – waarin alle Europese persoonsgegevenstoezichthouders zijn verenigd – is van mening dat toestemming in de zin van artikel 94 lid 2 PSD2 'slechts' toestemming is in de contractuele relatie tussen de bank en zijn klant en dus geldt als toestemming ter uitvoering van dat contract in de zin van artikel 6 lid 1 sub b AVG en niet als een separate expliciete toestemming in de zin van artikel 6 lid 1 sub a AVG; brief van 5 juli 2018 aan MEP Sophie in 't Veld.

3.2.3.1 *Parallele toepassing*

Zoals uiteengezet in de vorige paragraaf, hebben consumenten- en gegevensbeschermingswetgeving het overlappende doel om individuen in staat te stellen om keuzes te maken op het gebied van prijs en kwaliteit (waar persoonsgegevens zowel onderdeel van de prijs als kenmerkend voor de kwaliteit kunnen zijn).⁴⁵ Deze convergentie van doelstellingen maakt dat transparantieregels – belangrijke instrumenten om dit doel op beide rechtsgebieden te bereiken – parallel toepasbaar zijn op dezelfde gegevensverzamelingspraktijken en dus tegelijkertijd afdwingbaar zijn voor de consumenten- en gegevensbeschermingsautoriteiten.⁴⁶ Transparantie is een van de overkoepelende begrippen van EU-gegevensbeschermingswetgeving en wordt geconcretiseerd in artikel 13 en 14 AVG. Deze artikelen voorzien in uitputtende opsommingen van informatie die de verwerkingsverantwoordelijke dient te verstrekken aan de betrokken individuen waarvan persoonsgegevens worden verzameld. De AVG vergt ook dat dergelijke informatie beknopt, transparant, begrijpelijk en gemakkelijk toegankelijk moet zijn; met andere woorden de informatie moet in duidelijke en begrijpelijke bewoordingen worden verstrekt.⁴⁷ Naast de AVG zijn er vergelijkbare voorschriften omtrent het informeren van individuen over hoe hun gegevens worden verzameld en gebruikt, ook te vinden in het EU-rechtelijk consumentenrecht wanneer bij de levering van goederen of diensten persoonsgegevens worden verwerkt. De Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming (EDPS)⁴⁸ en verscheidende auteurs stellen dat de verstrekking van onvoldoende duidelijke of onbegrijpelijke informatie over de verwerking en het gebruik van persoonsgegevens van consumenten, een oneerlijke handelspraktijk en daarmee een schending van consumentenrechten onder de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken verboden misleiding kunnen opleveren⁴⁹.

Een voorbeeld van de toepassing van consumentenrecht parallel aan, en ongeacht van, gegevensbeschermingswetgeving door een consumentenautoriteit, is de recente zaak van de Italiaanse consumentenautoriteit tegen de verzameling van persoonsgegevens door Facebook. Terwijl Facebook de consument bij de registratie van een Facebookaccount informeert dat de diensten gratis zijn, verzuimt Facebook te informeren dat persoonsgegevens voor commerciële doeleinden zullen worden gebruikt. De Italiaanse consumentenautoriteit besloot dat het achterhouden van informatie over dergelijk commercieel gebruik van persoonsgegevens een oneerlijke handelspraktijk oplevert, waarna de autoriteit Facebook een boete van € 10 miljoen oplegde.⁵⁰ Daarbij heeft de Italiaanse consumentenautoriteit uitdrukkelijk verklaard dat het feit dat het gedrag van Facebook ook onder de reikwijdte van persoonsge-

45. Zie bijvoorbeeld: S.Y. Esayas, 'Data privacy in European merger control: critical analysis of Commission Decisions regarding privacy as a non-price competition', *European Competition Law Review* 2019, issue 4, p. 166.

46. Helberger, Zuiderveen Borgesius & Reyna 2017, p. 1428-1429; Kerber 2016, p. 857; Groep Gegevensbescherming Artikel 29 Richtsnoeren inzake transparantie overeenkomstig Verordening (EU) 2016/679 (WP260 rev.01), laatstelijk herzien en goedgekeurd op 11 april 2018, p. 4.

47. Artikel 12 AVG, Artikel 29 Werkgroep, Richtsnoeren inzake transparantie, p. 6.

48. Een acroniem van de Engelstalige benaming *European Data Protection Supervisor*.

49. Zie voor de discussie EDPS, Opinion 8/2016, 'EPDS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data', p. 24-25; Kerber 2016, p. 862; Helberger, Zuiderveen Borgesius & Reyna 2017, p. 1438-1440.

50. Besluit PS11112 van 29 november 2018.

gevensbeschermingsregelgeving valt, Facebook niet vrijwaart van de verplichting om de regels inzake oneerlijke handelspraktijken na te leven. De Italiaanse autoriteit merkte daarbij op dat deze twee rechtsgebieden niet in strijd zijn met elkaar, maar elkaar aanvullen.⁵¹ Waar een persoonsgegevensbeschermingsautoriteit tegen dezelfde gedraging handhavend kan optreden teneinde fundamentele rechten te beschermen, doet de consumentenautoriteit dat om de economische keuzes van de consument te beschermen tegen bedrieglijke en agressieve praktijken.⁵² Met betrekking tot een eerder onderzoek van Facebook door de Ierse gegevensbeschermingsautoriteit in 2011-2012 tegen dezelfde gedragingen, merkte de Italiaanse consumentenautoriteit op dat dit onderzoek is uitgevoerd op grond van een ander regelgevingskader dan de regels voor oneerlijke handelspraktijken in de Italiaanse consumentenwet.⁵³

Evenzo betogen verschillende wetenschappers dat transparantievoorschriften in gegevensbescherming en consumentenrecht elkaar aanvullen.⁵⁴ Parallele toepassing van gegevens- en consumentenbeschermingswetgeving kan de informatieasymmetrie tussen bedrijven en consumenten daarom effectiever aanpakken.⁵⁵ Deels wordt een parallelle toepassing van het consumentenrecht wenselijk geacht, omdat transparantieregels van de AVG te star worden geacht terwijl het consumentenrecht flexibeler is.⁵⁶ De specifieke lijst in de AVG met informatie die bedrijven over de verwerking van persoonsgegevens moeten verstrekken wordt als star ervaren, terwijl de informatieplicht in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken voortvloeit uit een open norm van misleidende praktijken.⁵⁷ Het kan dus gebeuren dat een consument onder de transparantieregels van de AVG niet hoeft te worden geïnformeerd, omdat die verplichting niet op de (beperkte) lijst staat, terwijl de open norm van het consumentenrecht het mogelijk maakt ondernemingen te verplichten toch transparant te zijn over wat zij met de verkregen persoonsgegevens doen. Het aanpakken van informatieasymmetrieën vanuit zowel het consumenten- als het gegevensbeschermingsrecht kan tevens de rechten van individuen versterken door een combinatie van de AVG-rechtsmiddelen met aanvullende rechtsmiddelen op het gebied van verbintenissenrecht en mechanismen uit het consumentenrecht. Zo zijn consumentenvoorlichting, etikettering en informatieverstrekking zeer geschikt om de privacyproblemen van internetgebruikers te verlichten.⁵⁸

Naast de informatievoorschriften, merken *Helberger*, *Zuiderveen*, *Borgesius* en *Reyna* op dat de billijkheid in het kader van consumentenrecht onder de Richtlijn oneer-

51. Par. 45-46 van Besluit PS11112.

52. Par. 45 van Besluit PS11112.

53. Par. 48 van Besluit PS11112.

54. N. van Eijk, C.J. Hoofnagle & E. Kannekens, 'Unfair Commercial Practices: A Complementary Approach to Privacy Protection', *European Data Protection Law Review* (3) 2017, p. 325-337 en 11-12. Helberger, Zuiderveen Borgesius & Reyna 2017, p. 1438-1439.

55. Van Eijk, Hoofnagle & Kannekens 2017, p. 12; Helberger, Zuiderveen Borgesius & Reyna 2017, p. 1438-1439.

56. Helberger, Zuiderveen Borgesius & Reyna 2017, p. 1438-1439.

57. Artikel 6 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (Richtlijn oneerlijke handelspraktijken).

58. Helberger, Zuiderveen Borgesius & Reyna 2017, p. 1438-1440; Kerber 2016, p. 861.

lijke bedingen in consumentenovereenkomsten⁵⁹ consumenten kan beschermen tegen misbruik van hun toestemming als legitieme grondslag voor gegevensverwerking onder de AVG.⁶⁰ Zelfs al is aan de voorwaarden voor toestemming onder de AVG voldaan, dan nog kan de verzameling van persoonsgegevens een schending van consumentenrecht opleveren.

De verzameling van persoonsgegevens door een dominant bedrijf kan een schending opleveren van het verbod misbruik van machtspositie zoals volgt uit artikel 102 VWEU, onafhankelijk van de vraag of er sprake is van een schending van gegevensbeschermingswetgeving.⁶¹ Daarentegen stellen *Volmar* en *Helmdach* dat een directe verwijzing naar een AVG-schending de voorkeur verdient, vanwege de duidelijkheid en voorspelbaarheid van de interpretatie.⁶² In dit geval valt de interactie tussen mededingingsrecht en gegevensbeschermingsrecht onder de tweede categorie. Mededingingsrecht wordt tevens gezien als een *silver bullet* om monopolieproblematiek aan te pakken en gegevensbeschermingsrecht effectiever te maken.⁶³ Mededingingsrecht is een aantrekkelijke weg vanwege zijn flexibiliteit en aanpassingsvermogen aan veranderende marktomstandigheden.⁶⁴

3.2.3.2 Internalisering van regels van het ene rechtsgebied teneinde het andere rechtsgebied te interpreteren

Naast parallelle toepassing van de drie rechtsgebieden is er ook een interactie tussen het mededingings-, consumenten- en persoonsgegevensbeschermingsrecht, waarbij de concepten van het ene rechtsgebied worden gebruikt ter interpretatie van bestaande regels in het andere rechtsgebied. Zo zou het gegevensbeschermingsrecht bijvoorbeeld als een maatstaf kunnen dienen voor de beoordeling van de billijkheid van consumentenovereenkomsten onder de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten wanneer consumenten worden verplicht persoonsgegevens te delen met goederen- of dienstenaanbieders. In dit geval zou een overeenkomst bijvoorbeeld oneerlijk kunnen zijn bij schending van het beginsel van minimale gegevensverwerking, van voorschriften voor veiligheid of *privacy by default*, misbruik van toestemming als legitieme grond voor de verwerking van persoonsgegevens of wanneer het privacybeleid niet in duidelijke en begrijpelijke bewoordingen is geformuleerd.⁶⁵ Andersom zou de consumentenrechtelijke billijkheidstoets

59. Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (*PbEG* 1993, L 95/29).

60. Helberger, Zuiderveen Borgesius & Reyna 2017, p. 1451.

61. M.N. Volmar & K.O. Helmdach, 'Protecting consumers and their data through competition law? Rethinking abuse of dominance in light of the Federal Cartel Office's Facebook investigation', *European Competition Journal* (14) 2018, nr. 2-3, p. 214.

62. Volmar & Helmdach 2018, p. 214.

63. C. Kuner e.a., 'When two worlds collide: the interface between competition law and data protection', *International Data Privacy Law* (4) 2014, p. 247.

64. J. Crémer, Y.-A. de Montjoye & H. Schweitzer, *Competition Policy for the Digital Era: Final Report*, Luxembourg: Publications Office of the European Union 2019, p. 52.

65. Helberger, Zuiderveen, Borgesius & Reyna 2017, p. 1449-1451; P. Rott, 'Data protection law as consumer law – How consumer organisations can contribute to the enforcement of data protection law', *EuCML* (3) 2017, p. 114.

gebruikt kunnen worden bij de interpretatie van de beginselen van minimale gegevensverwerking en doelbinding onder de AVG.⁶⁶

Soortgelijke kruisbestuiving kan ook plaatsvinden tussen mededingingsrecht en gegevensbeschermingsrecht.⁶⁷ Volgens de Franse en Duitse mededingingsautoriteiten kan privacyproblematiek niet worden uitgesloten van de mededingingsrechtelijke behandeling ervan.⁶⁸ In soortgelijke trant suggereren verschillende wetenschappers dat het gegevensbeschermingsrecht kan dienen als normatieve maatstaf voor de interpretatie van het mededingingsrechtelijke concept van billijkheid in de zin van artikel 102 VWEU, niet-prijsgerelateerde parameters van mededinging in de zin van artikel 101 en 102 VWEU en in de zin van concentratiecontrole.⁶⁹ Met betrekking tot mededinging op het gebied van gegevensverwerking stellen *Costa-Cabral* en *Lynskey* dat gegevensbescherming kan dienen als normatieve maatstaf voor de beoordeling van mededinging op het gebied van gegevensverwerking in al haar dimensies; niet alleen kwaliteit, maar ook keuze en innovatie.⁷⁰ Wanneer er een verband bestaat tussen gegevensverzameling en dominantie, kan worden aangevoerd dat vermindering van privacy zorgt voor een verminderde kwaliteit van het product en een verhoogde prijs.⁷¹ *Costa-Cabral* en *Lynskey* benadrukken dat de internalisering van gegevensbeschermingsregels als interpretatiemethode van mededingingsrechtelijke concepten geen uitbreiding van de notie van consumentenwelvaart vereist, maar slechts een inzicht zou geven in de normatieve achtergrond voor concurrerende activiteiten.⁷² Met andere woorden, mededingingsrecht zal het gegevensbeschermingsrecht als instrument gebruiken om zijn eigen doelstellingen te bereiken, in tegenstelling tot de doelstellingen van het gegevensbeschermingsrecht.⁷³

Een voorbeeld van internalisering van gegevensbeschermingsregels door een mededingingsautoriteit is de recente zaak van de Duitse mededingingsautoriteit tegen Facebook. Facebook verzamelt en combineert persoonsgegevens van zijn gebruikers, niet alleen bij gebruik van zijn diensten, maar ook door zichtbare 'like'- en 'share'-knoppen op websites van derden en onzichtbare plug-ins op websites zoals Facebook

66. Helberger, Zuiderveen Borgesius & Reyna 2017, p. 1451.

67. Zie daarover nader: R. Walters, B. Zeller & L. Trakman, 'Personal data law and competition law – where is it heading?', *European Competition Law Review* 2018, issue 12, p. 505.

68. EDPS, Opinion 8/2016, 'EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data', p. 10.

69. *Costa-Cabral* & *Lynskey* 2016, p. 3-4, 20; Graef, Clifford & Valcke 2018, p. 213 e.v.; H. Kalimo & K. Majcher, 'The concept of fairness: linking EU competition and data protection law in the digital marketplace', *EULR* (42) 2017, p. 219; EDPS, Opinion 8/2016, 'EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data', p. 7.

70. *Costa-Cabral* & *Lynskey* 2016, p. 16; Carugati 2018, p. 7, Carugati voert aan dat het mogelijk is gegevensbeschermingsoverwegingen bij de beoordeling van misbruik van machtspositie te incorporeren door middel van een nieuwe theorie over schade die gebaseerd is op de relatie tussen marktdominantie en gegevensbescherming.

71. Carugati 2018, p. 7. Colangelo en Maggolino zijn het niet eens met dit standpunt. Zij stellen dat het moeilijk zal zijn een verband te leggen tussen mededinging en gegevensbescherming door middel van de beoordeling van kwaliteit, omdat kwaliteit een multidimensionale parameter is die afhankelijk kan zijn van andere factoren, zoals snelheid en nauwkeurigheid. Ten tweede is het welzijn van de consument ook afhankelijk van prijs en innovatie. Zie G. Colangelo & M. Maggolino, 'Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy through Competition?', *Journal of European Competition Law & Practice* (8) 2017, p. 368.

72. *Costa-Cabral* & *Lynskey* 2016, p. 3-4.

73. *Costa-Cabral* & *Lynskey* 2016, p. 17. Kalimo en Majcher voeren daarentegen aan dat de verwijzing naar de gegevensbeschermingswetgeving bij de beoordeling van misbruik van machtspositie zou betekenen dat de reikwijdte van artikel 102 verruimd moet worden en dat het begrip 'misbruik' van onbepaalde en vage aard gemaakt wordt. Zie Kalimo & Majcher 2017, p. 228.

Analytics. Het verzamelen en combineren van gegevens vond plaats zonder expliciete en vrijwillige toestemming van de gebruikers van Facebook. De Duitse mededingingsautoriteit achtte dit gedrag als onrechtmatig en aangezien Facebook een dominante positie heeft, is dit gedrag in strijd met het verbod op misbruik van een dominante positie.⁷⁴ Ondanks dat deze beslissing is gebaseerd op Duitse jurisprudentie, waaruit volgt dat bij schending van fundamentele rechten door een onderneming met machtspositie ook sprake kan zijn van misbruik van machtspositie onder het mededingingsrecht,⁷⁵ kan worden beargumenteerd dat dezelfde uitkomst zou kunnen worden bereikt via de weg van artikel 102 sub a VWEU.⁷⁶ Waar jégens Facebook in Duitsland werd gehandhaafd op grond van het mededingingsrecht, oordeelde het HvJ EU in de recente *Fashion ID*-zaak ten aanzien van Facebooks plug-ins het volgende op basis van de persoonsgegevensbeschermingsregels. In een situatie waarin een beheerder van een website persoonsgegevens van bezoekers verzamelt via een sociale plug-in (Facebook), moet deze toestemming 'worden verkregen door de beheerder van de internetsite en niet door de aanbieder van de sociale plug-in, aangezien de raadpleging van die internetsite door een bezoeker aanleiding geeft tot de verwerking van persoonsgegevens'.⁷⁷ Daaruit volgt, vanuit het oogpunt van het gegevensbeschermingsrecht en in tegenstelling tot de conclusies van de Duitse mededingingsautoriteit op grond van het mededingingsrecht, dat Facebook geen wettelijke verplichting had om toestemming te vragen voor het verzamelen van persoonsgegevens via sociale plug-ins. De open norm van het mededingingsrechtelijke verbod op misbruik van machtspositie vereist dus meer van ondernemingen dan kon worden verwacht op basis van de AVG alleen.

Wat gegevensbescherming betreft, zou het mededingingsrechtelijke concept van machtspositie kunnen worden gebruikt om de gegevensbeschermingsverplichtingen van een dominante onderneming op te schalen via het beginsel van verantwoordingsplicht ('accountability') onder de AVG,⁷⁸ die op zijn beurt afkomstig is uit het mededingingsrecht.⁷⁹ Met name kan worden betoogd dat dominante bedrijven aan

74. Besluit B6-22/16 van 6 februari 2019. In hoger beroep was het *Oberlandesgericht Düsseldorf* op het eerste gezicht niet zeker of deze analyse juist is en ging daarom over tot opschorting van de verplichtingen die het Duitse *Bundeskartellamt* aan Facebook heeft opgelegd (uitspraak VI-Kart 1/19 (V) van 26 augustus 2019). Colangelo en Maggolino bekritisieren een directe verwijzing naar het gegevensbeschermingsrecht in de beoordeling van misbruik van machtspositie omdat dit een automatisme creëert dat bestaat uit het idee dat een digitaal platform ook misbruik maakt van zijn machtspositie wanneer het privacywetgeving schendt. Dit zal er uiteindelijk toe leiden dat gegevensbescherming een doelstelling van het mededingingsrecht wordt en stelt de mededingingsautoriteiten in staat om vast te stellen dat het gezamenlijk schenden van gegevensbescherming door verschillende bedrijven een concurrentieverstorende overeenkomst is, of dat een fusie leidt tot aanzienlijke vermindering van de mededinging als het leidt tot het ontstaan van marktmacht die het mogelijk maakt om contractuele voorwaarden op te leggen die inbreuk maken op de privacy. Colangelo & Maggolino 2017, p. 367.

75. Bundesgerichtshof 6 november 2013, *VBL-Gegenwert* (KZR 58/11) en Bundesgerichtshof 7 juni 2016, *Pechstein/International Skating Union* (KZR 6/15).

76. Volmar & Helmdach 2018, p. 202.

77. HvJ EU 29 juli 2019, C-10/17, ECLI:EU:C:2019:629, r.o. 102 (*Fashion ID GmbH & Co*). Het HvJ EU licht toe dat deze toestemming zich beperkt tot de verwerking van persoonsgegevens waarvan de beheerder van de website daadwerkelijk het doel en de middelen bepaalt. Hoewel dit betekent dat Facebook voor sommige manieren van persoonsgegevensverwerking inderdaad ook nog zelf afzonderlijke toestemming nodig kan hebben, is dit niet het geval wanneer het gaat om het verzamelen en doorgeven van gegevens van de beheerder van de website aan Facebook.

78. Artikel 5 lid 2 AVG.

79. EDPS, Opinion 8/2016, 'EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data', p. 7.

een strengere gegevensbeschermingsnorm voor het verzamelen van persoonsgegevens moeten worden onderworpen.⁸⁰ Gegevensbeschermingsautoriteiten zouden dan bij hun handhaving een mededingingsrechtelijk concept internaliseren.

3.3 Valkuilen van caleidoscopische handhaving

De keerzijde van deze caleidoscopische handhaving van mededingings-, consumenten- en gegevensbeschermingsrecht is dat het niet ten goede komt aan de Europese interne markt in het algemeen en ondernemingen ten aanzien waarvan wordt gehandhaafd in het bijzonder. Die keerzijde is aanwezig, ongeacht of er sprake is van bovengenoemde parallelle toepassing of internalisering.

Allereerst kan de handhaving tegen gegevensverwerkingspraktijken door mededingings- of consumentenautoriteiten ertoe leiden dat het *one-stop-shop*-mechanisme van AVG-handhaving *de facto* wordt omzeild; terwijl dat mechanisme een van de belangrijkste juridische aanpassingen was aan die de interne markt en onderneming ten goede moest komen bij grenzeloze digitale handel binnen de EU. Hoewel de AVG Europese regulering is met directe werking in de hele EU, is er geen gecentraliseerd handhavingmechanisme voor gegevensbescherming: iedere lidstaat mag een of meer onafhankelijke publieke autoriteiten aanwijzen die verantwoordelijk zijn voor de monitoring van de toepassing van de AVG.⁸¹ Om de administratieve lasten te verlichten voor multinationals die grensoverschrijdend persoonsgegevens verwerken, is ten aanzien van hen via het *one-stop-shop*-mechanisme slechts één enkele leidende gegevensbeschermingsautoriteit bevoegd; de autoriteit van de lidstaat waar de onderneming haar vestigingsplaats heeft is daarin bepalend.⁸² Andere gegevensbeschermingsautoriteiten in de EU kunnen slechts in een beperkt aantal gevallen gegevensbeschermingsregels tegen deze bedrijven handhaven: (1) als een gegevensbeschermingsautoriteit de bewering dat de hoofdvestiging van een bedrijf een andere lidstaat ligt, betwist;⁸³ (2) als er geen sprake is van grensoverschrijdende gegevensverwerking (wat bijna nooit het geval is);⁸⁴ en (3) door via de bevoegdheid van artikel 66 AVG voorlopige maatregelen te nemen met een maximale geldigheidsduur van drie maanden indien er een dringende noodzaak is om de rechten en vrijheden van getroffen personen te beschermen.⁸⁵ Om de samenwerking tussen gegevensbeschermingsautoriteiten te faciliteren en om een consistente toepassing van de AVG te waarborgen, voorziet de AVG ook in een consistentiemechanisme.⁸⁶ In de praktijk heeft de invoering van het *one-stop-shop*-mechanisme veel multinationo-

80. Kuner e.a. 2014, p. 247; Crémer, De Montjoye & Schweitzer 2019, p. 80.

81. Artikel 51 AVG.

82. Artikel 56 AVG; Groep Gegevensbescherming Artikel 29, Richtlijnen voor het bepalen van de leidende toezichhoudende autoriteit van de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker laatstelijk herzien en goedgekeurd op 5 april 2017, WP244 rev.01.

83. Zie 'The CNIL's restricted committee imposes a financial penalty of 50 Million euros against GOOGLE LLC', CNIL 21 januari 2019, CNIL.fr.

84. Op grond van artikel 56 AVG is het *one-stop-shop*-mechanisme alleen van toepassing op grensoverschrijdende verwerking van persoonsgegevens.

85. De Hamburgse Gegevensbeschermingscommissie gebruikt deze grond momenteel om Google te verbieden om evaluaties van hun stemassistentenprogramma door werknemers en derden te laten uitvoeren. Zie Womble Bond Dickinson, 'Hamburg Data Protection Commission: Declaring a Data Emergency', *JDSupra* 7 augustus 2019, [JDSupra.com](https://www.jdsupra.com).

86. Artikel 63-67 AVG.

nale data-intensieve bedrijven ertoe bewogen hun hoofdvestiging in Ierland te vestigen, om te profiteren van een meer bedrijfsvriendelijke aanpak door de Ierse gegevensbeschermingsautoriteit in vergelijking met een aantal strengere gegevensbeschermingsautoriteiten in andere EU-lidstaten. Door een mogelijke schending van de AVG aan te pakken via het mededingings- of consumentenrecht, kunnen andere lidstaten handhavend optreden terwijl dat via de AVG niet mogelijk was; de mededingings- en consumentenautoriteiten zijn immers niet gebonden aan het *one-stop-shop*-mechanisme van de AVG. Hoewel de (leidende) gegevensbeschermingsautoriteit door mededingings- en consumentenautoriteiten kunnen worden betrokken in zo'n zaak is het uiteindelijk het oordeel van de mededingings- of consumentenautoriteit dat telt. Dit wordt aangetoond door de reeds genoemde Italiaanse en Duitse handhavingszaken tegen Facebook. In het geval van Facebook is de Ierse gegevensbeschermingsautoriteit leidend. Een schending van de AVG, waar dan ook in de EU, zal dan moeten worden gehandhaafd door de leidende gegevensbeschermingsautoriteit als gevolg van het *one-stop-shop*-mechanisme. Toch werd Facebook geconfronteerd met optreden tegen zijn datagebruik door de Italiaanse consumentenautoriteit en de Duitse mededingingsautoriteit.

Ten tweede, en daarmee samenhangend, kan het handhavend optreden tegen dezelfde gegevensverwerkingspraktijk door verschillende autoriteiten in verschillende lidstaten de in de drie rechtsgebieden bestaande coördinatiemechanismen omzeilen. Ondanks toenemende convergentie van de inhoudelijke regels inzake mededinging, consumenten en gegevensbescherming, werken de toezichts- en handhavingsautoriteiten grotendeels niet samen. Dat heeft te maken met hun beperkte mandaat om te handhaven op een specifiek rechtsgebied, hun organisatiestructuren en beperkte financiële middelen. Formele samenwerkingsmechanismen tussen autoriteiten zijn ook beperkt tot specifieke gebieden. Zoals hierboven vermeld, waarborgen het *one-stop-shop*-mechanisme en het consistentiemechanisme de consistente toepassing van het gegevensbeschermingsrecht. Het Europese mededingingsrecht biedt een *one-stop-shop*-mechanisme op het gebied van concentratiecontrole en daarnaast een samenwerkingsstelsel voor de Europese Commissie en nationale mededingingsautoriteiten in het European Competition Network (ECN).⁸⁷ Dankzij het *one-stop-shop*-mechanisme in het regime van concentratiecontrole⁸⁸ heeft de Europese Commissie de exclusieve bevoegdheid om concentraties te beoordelen die 'verder reiken dan de nationale grenzen van één lidstaat'.⁸⁹ Bovendien zijn de voordelen van het *one-stop-shop*-mechanisme uitgebreid tot zaken die mogelijk worden onderzocht door mededingingsautoriteiten van drie lidstaten;⁹⁰ deze zaken worden ook door de Europese Commissie beoordeeld.⁹¹ Wat de twee mededingingsrechtelijke

87. De Raad van de EU en de Europese Commissie hebben een gezamenlijke verklaring afgelegd in de *Joint Statement on the Functioning of the Network of Competition Authorities* (15435/02 ADD 1). Dit werd aangegeven bij de goedkeuring van Verordening (EG) 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 91 en 92 van het Verdrag (*PbEG* 2003, L 1/1). Een gedetailleerdere interpretatie van de werkzaamheden van het ECN wordt gegeven door de Europese Commissie in Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten (*PbEU* 2004, C 101/43).

88. Artikel 1 lid 2 Verordening (EG) 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de 'EG-concentratieverordening') (*PbEU* 2004, L 24/1).

89. Overweging 8 EG-concentratieverordening.

90. Verordening (EG) 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997 houdende wijziging van de Verordening (EEG) 4064/89 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (*PbEG* 1997, L 180/1).

91. Artikel 1 lid 3 EG-concentratieverordening.

verboden betreft,⁹² geldt er echter geen *one-stop-shop*-mechanisme.⁹³ De Europese mededingingsautoriteiten werken wel samen binnen de ECN. Zij informeren elkaar over nieuwe zaken en besluiten. Indien nodig coördineren en helpen ze elkaar met onderzoek. Zo kunnen bijvoorbeeld informatie en bewijsmateriaal worden uitgewisseld binnen het ECN, worden ontwerpbesluiten uitgewisseld en eventuele opmerkingen van andere autoriteiten in acht genomen. Dit garandeert zowel een doeltreffende als consistente toepassing van het EU-mededingingsrecht. Consumentenbeschermingsautoriteiten vormen samen het Consumer Protection Cooperation (CPC)-netwerk. Het huidige CPC-netwerk biedt consumentenautoriteiten de mogelijkheid om *best practices* uit te wisselen en voorziet in een mechanisme voor wederzijdse bijstand op grond van de Verordening betreffende samenwerking met betrekking tot consumentenbescherming.⁹⁴ De nieuwe CPC-Verordening, die per 17 januari 2020 van toepassing is, gaat nog een stap verder en introduceert gecoördineerde onderzoeks- en handhavingsmechanismen voor wijdverbreide inbreuken op het consumentenrecht.⁹⁵ Het nieuwe coördinatiemechanisme omvat onder meer een kennisgevingssysteem voor wijdverbreide inbreuken, de uitwisseling van bewijsmateriaal en informatie over onderzoek naar inbreuken en de mogelijkheid om gecoördineerd op te treden tegen een wijdverbreide inbreuk en gecoördineerde handhavingsmaatregelen te nemen in alle betrokken lidstaten.⁹⁶

In geval van caleidoscopische handhaving zijn geen van deze coördinatiemechanismen van toepassing, wat kan leiden tot versnipperde en niet altijd doeltreffende behandeling van de gevallen. Het gebrek aan coördinatie tussen mededingings-, consumenten- en gegevensbeschermingsautoriteiten onderling op het gebied van handhaving jegens datagebruik zal onvermijdelijk leiden tot verschillende handhavingsprocedures en beboeting voor dezelfde overtreding in verschillende landen. Hoewel de aanpak voor het vaststellen van boetes voor schendingen van gegevensbescherming in zekere mate geleend is van EU-mededingingsrecht (zoals bijvoorbeeld de notie van ‘onderneming’ en berekening van boetes op basis van de omzet van de onderneming)⁹⁷ is het maximumbedrag van de geldboete onder het mededingingsrecht meer dan het dubbele dan bij het gegevensbeschermingsrecht. Terwijl de maximumboete voor schending van gegevensbeschermingsrecht kan oplopen tot 4% van de wereldwijde jaaromzet, bedraagt de maximumboete in het kader

92. Het kartelverbod van artikel 101 VWEU en verbod van misbruik van machtspositie van artikel 102 VWEU.

93. Gesuggereerd wordt dat de uitbreiding van het *one-stop-shop*-mechanisme tot de handhaving van de gedragsverboden zal leiden tot meer samenhang in de handhaving van antitrustverboden. Zie A.-C. Hoyng, Ph. Chappatte & S. de Morant, ‘Achieving Consistent Outcomes in Digital Markets: European Merger Reviews vs. Antitrust Investigations’, *Antitrust Magazine* Summer 2019, p. 66.

94. Verordening (EU) 2017/2394 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2017 betreffende samenwerking tussen de nationale autoriteiten die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 2006/2004 (*PbEU* 2017, L 345/1).

95. Hoofdstuk IV Verordening (EU) 2017/2394.

96. Artikel 17-21 Verordening (EU) 2017/2394.

97. Overweging 150 AVG. In deze lijn licht de Europese gegevensbeschermingsautoriteit toe dat ‘om geldboeten op te leggen die doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn’, de nationale gegevensbeschermingsautoriteiten ‘de definitie van het begrip onderneming zoals vastgesteld door het HvJ EU voor de toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU’ moeten toepassen. Zie Groep Gegevensbescherming Artikel 29, Richtsnoeren voor de toepassing en vaststelling van administratieve geldboeten in de zin van Verordening (EU) 2016/679 van 3 oktober 2017, WP253, p. 6.

van mededingingsrecht 10%.⁹⁸ Bedrijven krijgen te maken met hogere boetes als een schending van gegevensbeschermingsregels wordt gehandhaafd door mededingingsautoriteiten dan door gegevensbeschermingsautoriteiten. Rechtsmiddelen onder het consumentenrecht zijn meestal op nationaal niveau geregeld, wat de zaak gecompliceerder maakt. Samenvattend leidt caleidoscopische handhaving tot de verstoring van de inspanningen van de EU om te zorgen voor een coherente handhaving van het Unierecht in mededingings-, consumenten- en gegevensbeschermingsrecht en de verhoging van transactiekosten voor bedrijven die zullen moeten navigeren met verschillende regels en procedures.

Ten derde kan de internalisering van concepten afkomstig uit het ene rechtsgebied door het andere rechtsgebied leiden tot inconsequente interpretatie van hetzelfde concept door verschillende soorten autoriteiten en dezelfde autoriteiten in verschillende lidstaten.⁹⁹ Hun handhaving is immers gericht op het mededingingsrecht en consumentenrecht die beide economisch van aard zijn. Dat maakt het onmogelijk om gegevensbescherming te interpreteren in het licht van de niet-economische, op fundamentele rechten gerichte doelstellingen van gegevensbescherming. Vanuit het perspectief van deze autoriteiten wordt gegevensbescherming gebruikt als middel en niet als een op zichzelf staande waarde, zoals in het gegevensbeschermingsrecht. Deze invalshoek kan coherente interpretatie van gegevensbeschermingsregels buiten hun domein *a priori* in de weg staan.

Ten slotte, ook al heeft het zich nog niet voorgedaan, is het in theorie ook mogelijk dat *dezelfde* handeling een schending oplevert van alle drie de rechtsgebieden en kan dat potentieel worden bestraft door verschillende autoriteiten. Dat kan leiden tot over-handhaving als handhavingsinstanties elkaars boetes niet in acht nemen.¹⁰⁰

De doctrine van *ne bis in idem*, ook wel dubbele vervolging, is erop gericht om dergelijke situaties te voorkomen. Maar het is onwaarschijnlijk dat dit beginsel van toepassing is. De voorwaarden voor de toepassing van dit beginsel zijn dat het moet gaan om (i) dezelfde feiten, (ii) dezelfde overtreder en dat (iii) de rechtsregel die is overtreden hetzelfde belang beschermt.¹⁰¹ Dat betekent dat zelfs als de overtreder en de feiten hetzelfde zijn, maar de te beschermen belangen verschillen, aan een van de voorwaarden voor *ne bis in idem* niet wordt voldaan.¹⁰² Dat is reeds niet het geval bij de handhaving van nationaal en EU-mededingingsrecht tegen dezelfde overtreder bij dezelfde feiten, laat staan bij caleidoscopische handhaving van mededingings-, consumenten- en gegevensbeschermingsrecht die alle drie een ander doel nastreven, ondanks reeds genoemde interactie en overlap tussen hun doelstellingen.

Parallele handhaving tegen dezelfde gegevensverwerkingspraktijk kan leiden tot over-handhaving als de instanties de reeds opgelegde boetes voor hetzelfde gedrag

98. Artikel 83 AVG, artikel 23 lid 2 Verordening (EG) 1/2003. Volmar en Helmdach stellen dat het verschil in boetes een van de redenen is dat schendingen van gegevensbeschermingsrecht niet als schending van artikel 102 sub a VWEU beschouwd moeten worden. Volmar & Helmdach 2018, p. 210-211.

99. Zie Volmar & Helmdach 2018, p. 210-211.

100. Er is veel jurisprudentie over hoe om te gaan met boetes van verschillende mededingingsautoriteiten in de EU voor dezelfde gedraging of met boetes van één mededingingsautoriteit voor een schending van EU-kartelverbodsbepalingen en nationale verbodsbepalingen voor dezelfde gedraging. Hoewel *ne bis in idem* in het algemeen niet van toepassing is op deze zaken, moeten de opgelegde boetes proportioneel zijn. Zie bijvoorbeeld recentelijk HvJ EU 3 april 2019, C-617/17 (Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A./Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów).

101. Volmar & Helmdach 2018, p. 211.

102. Volmar & Helmdach 2018, p. 212.

niet in acht nemen, wat kan leiden tot disproportionaliteit van de boetes in hun totaliteit.

Kortom, hoewel convergentie van inhoudelijke mededingings-, consumenten- en gegevensbeschermingsregels de bescherming van personen kan versterken, zal een dergelijke convergentie vanuit handhavingsoogpunt onvermijdelijk een aantal keerzijden met zich brengen. In de volgende paragraaf kijken we kritisch naar bestaande voorstellen hoe deze negatieve kant weg te nemen en schetsen we onze visie op een weg voorwaarts.

3.4 Een weg voorwaarts

Hoewel convergentie van mededingings-, consumenten- en gegevensbeschermingsrecht de laatste tijd steeds meer de aandacht trekt van beleidsmakers en academici, wordt de coherente toepassing van deze regels meestal niet in het debat over convergentie betrokken.

Graef e.a., Helberger en de EDPS betogen bijvoorbeeld dat coherente toepassing van de drie rechtsgebieden kan worden gebaseerd op het billijkheidsbeginsel, dat voor alle drie gebruikelijk is.¹⁰³ Er is evenwel beperkte gemeenschappelijkheid en coherentie in hoe de drie gebieden 'billijkheid' begrijpen. *Kalimo* en *Majcher* wijzen erop dat dat in de toekomst kan worden wegenomen als autoriteiten hun ervaringen over de interpretatie van dit billijkheidsconcept uitwisselen.¹⁰⁴ Deze benadering ondervangt echter niet de hiervoor besproken nadelen van caleidoscopische handhaving. Hoewel 'billijkheid' als een open norm voorziet in flexibiliteit bij de interpretatie van wettelijke normen, inclusief de mogelijkheid om concepten van andere rechtsgebieden te lenen voor interpretatiedoeleinden, bindt dit concept de interpreterende autoriteiten niet om dit te doen op een onderling consistente wijze. *Hesselink* betoogt terecht dat ondanks dat het billijkheidsbeginsel een beginsel in de meeste rechtsgebieden is, er bijvoorbeeld ook geen innerlijke coherentie is tussen de regels en doctrines van goede trouw.¹⁰⁵ Ondanks de gemeenschappelijke naam, dient billijkheid in ieder rechtsgebied een ander doel: het doel dat dat rechtsgebied beoogt te bereiken. De interpretatie van billijkheid in het licht van de doelstelling om een fundamenteel recht op persoonsgegevens te beschermen, is niet noodzakelijkerwijs dezelfde als de interpretatie ervan om het welzijn van de consument in het mededingingsrecht te verbeteren. Bovendien kan billijkheid vanuit normatief oogpunt worden opgevat als een waarde op zichzelf of als een van de factoren in de functie van welzijn.¹⁰⁶

Gegevensbeschermingsautoriteiten hebben de noodzaak voor een nauwere samenwerking met andere autoriteiten erkend; overigens meer dan hun tegenhangers op het gebied van mededinging en consumentenrecht. In zijn advies van 2016 erkent de EDPS dat er een dringende behoefte bestaat aan een coherente handhaving van

103. Zie bijv. EDPS, Opinion 8/2016, 'EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data', p. 8; Graef, Clifford & Valcke 2018, p. 203 en 223.

104. Kalimo & Majcher 2017, p. 233.

105. M.W. Hesselink, 'The concept of good faith', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *Towards a European civil code*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011 (4e druk, herziene en uitgebreide uitgave), p. 619-649.

106. Zie S. Yakovleva, 'Privacy protection(ism): the latest wave of trade constraints on regulatory autonomy', wordt februari 2020 gepubliceerd in *University of Miami Law Review*.

digitale rechten in alle domeinen van het recht die de onlinemarkten reguleren.¹⁰⁷ Evenzo moedigt het Besluit van de Lenteconferentie uit 2016 de Europese privacy-toezichthouders aan tot een intensievere dialoog en informatie-uitwisseling met andere regelgevende instanties die verantwoordelijk zijn voor de bescherming van de rechten en belangen van het individu in de digitale samenleving en economie.¹⁰⁸ Geen van deze autoriteiten beschikt echter over voldoende bevoegdheden om een bindend coördinatiemechanisme in te voeren. In navolging van zijn advies van 2016 heeft de EDPS het *Digital Clearinghouse* ingesteld, een mechanisme voor vrijwillige samenwerking, gericht op het delen van informatie en samenwerking tussen verschillende toezichthoudende autoriteiten binnen de grenzen van de wettelijke bevoegdheden en met inachtneming van de vertrouwelijkheid.¹⁰⁹ De activiteiten van het *Digital Clearinghouse* omvatten het bespreken (maar niet toewijzen) van de meest geschikte wettelijke regeling voor het vervolgen van specifieke gevallen of klachten in verband met onlinediensten, met name voor grensoverschrijdende gevallen waarin sprake is van een mogelijke schending van meer dan één rechtskader en het identificeren van mogelijke gecoördineerde acties of bewustwordingsinitiatieven op Europees niveau die schadelijke praktijken kunnen stoppen of afschrikken.¹¹⁰ Tijdens verscheidende vergaderingen hebben de deelnemers zich gebogen over geïnstitutionaliseerde samenwerkingsmechanismen en protocollen voor de uitwisseling van informatie tussen zowel regelgevende instanties als tussen netwerken van dergelijke instanties.¹¹¹ Er zijn echter nog geen specifieke acties ondernomen. Hoewel het aantal aanwezigen bij *Digital Clearinghouse*-vergaderingen gestaag toeneemt,¹¹² wordt hier per 2018 slechts een derde van alle toezichthoudende instanties op het gebied van mededingings-, consumenten- en gegevensbeschermingsrecht in de EU vertegenwoordigd. Niet verrassend, gezien het vrijwillige karakter ervan. Hoewel het *Digital Clearinghouse* een goed begin voor samenwerking is, is het nog ontoereikend om de valkuilen van caleidoscopische handhaving in de hele EU te ondervangen.

Nationale gegevensbeschermingsautoriteiten hebben vaak samenwerkingsmechanismen met andere handhavingsautoriteiten in dezelfde lidstaat.¹¹³ Deze samenwerkingsmechanismen blijven echter beperkt tot handhaving binnen een bepaalde lidstaat. Daarbij zullen samenwerkingsmechanismen, zoals bijvoorbeeld de taak-

107. EDPS, Opinion 8/2016, 'EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data', p. 15.

108. Zie NAIH, 'Resolution on New Frameworks of Cooperation', Budapest Spring Conference, 27 mei 2016.

109. EDPS, Opinion 8/2016, 'EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data', p. 3 en 15; zie ook het EDPS-statement van de eerste vergadering van het Digital Clearinghouse.

110. EDPS, Opinion 8/2016, 'EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data', p. 15.

111. Zie het EDPS-statement van de tweede vergadering van het Digital Clearinghouse; zie ook het statement van de vierde vergadering van het Digital Clearinghouse.

112. Het aantal aanwezigen van de vergaderingen van het Digital Clearinghouse groeide van 20 handhavingsautoriteiten in 2017 tot 30 handhavingsautoriteiten in 2018. Zie de statements van de tweede en vierde vergadering van het Digital Clearinghouse.

113. Zo heeft de Nederlandse Autoriteit Persoonsgegevens bijvoorbeeld samenwerkingsprotocollen met andere nationale autoriteiten over de taakverdeling op overlappende toezichtgebieden: Commissariaat voor de Media, De Nederlandsche Bank, Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd in oprichting, Autoriteit Consument en Markt, Nederlandse Zorgautoriteit, Inspectie van het Onderwijs, Rijksdienst voor Identiteitsgegevens en Agentschap Telecom.

verdeling, die gebaseerd zijn op protocollen van EU-lidstaatniveau waarschijnlijk van uiteenlopende aard zijn in iedere lidstaat.

Wij bepleiten daarom dat de meest doeltreffende manier om de valkuilen van caleidoscopische handhaving te ondervangen is om op EU-niveau een verplicht mechanisme voor de coördinatie in te stellen tussen de mededingings-, consumenten- en persoonsgegevensbeschermingsautoriteiten als het om datagebruik gaat. Omdat ieder van deze rechtsgebieden ook het (gedeelde) doel heeft om interne markt te verwezenlijken, bestaat onzes inziens ook de bevoegdheid om een wetgevingsinstrument te ontwikkelen op EU-niveau. Een dergelijk instrument zou op zijn minst de institutionele structuur van het mechanisme, de vorm, de voorwaarden en de procedures voor samenwerking tussen de betrokken toezichthoudende autoriteiten moeten bevatten. Dat verplichte samenwerkingsmechanisme zou in ieder geval het volgende moeten omvatten: (i) een verplicht meldingssysteem van datagerelateerde handhavingszaken; (ii) uitwisseling van (vertrouwelijke) informatie; (iii) de mogelijkheid van gezamenlijk onderzoek; (iv) de mogelijkheid op elkaars ontwerpbesluiten te reageren voordat deze worden gepubliceerd; en (v) de mogelijkheid om boetes op elkaar af te stemmen zodat zij in hun totaliteit proportioneel zijn. Of nog beter: gezamenlijke besluiten waarin de belangen van de drie rechtsgebieden door de autoriteiten gezamenlijk worden afgewogen en de boete proportioneel is. In passende gevallen moeten dergelijke besluiten zware sancties omvatten die entiteiten, bedrijven en overheidsinstanties daadwerkelijk stimuleren om de grenzen van de wettelijke ruimte voor innovatief gegevensgebruik te respecteren.

Sinds Eurocommissaris Kuneva's vaak geciteerde citaat uit 2009 dat persoonsgegevens de olie en valuta van de digitale wereld zijn geworden, is duidelijk dat de toegang tot enorme hoeveelheden gegevens en de mogelijkheid om ze te verzamelen van cruciaal belang is geworden voor commercieel succes in de 21e eeuw. Hoewel de wet altijd enigszins achterblijft bij maatschappelijke ontwikkelingen, zijn de handhavingszaken door toezichthoudende autoriteiten van het recht dat ons digitale tijdperk regelt gering en niet of nauwelijks onderling afgestemd. Uit hun strategische agenda's wordt direct duidelijk dat toezichthouders die achterstand van tien jaar in korte tijd willen inhalen. Commercieel succes voor ondernemingen door gebruik van data en ook de voordelen voor consumenten die daaraan verbonden zijn door betere producten en diensten die zij krijgen, kunnen teniet worden gedaan door verkeerde of te strikte handhaving van de regels. Over-handhaving door gebrek aan coördinatie en de mogelijke confrontatie voor ondernemingen met drie verschillende autoriteiten (de caleidoscopische handhaving), gaat ten koste van Europese ondernemingen. De waarde van de gebruikte data neemt daarmee af en vanuit mondiaal perspectief kan het ook de concurrentiekracht van de Europese ondernemingen schaden. Een gezonde informatie-economie vereist juist heldere spelregels en effectief toezicht, die recht doen aan de convergerende beleidsdoelen van privacy, consumentenbescherming en mededinging.

