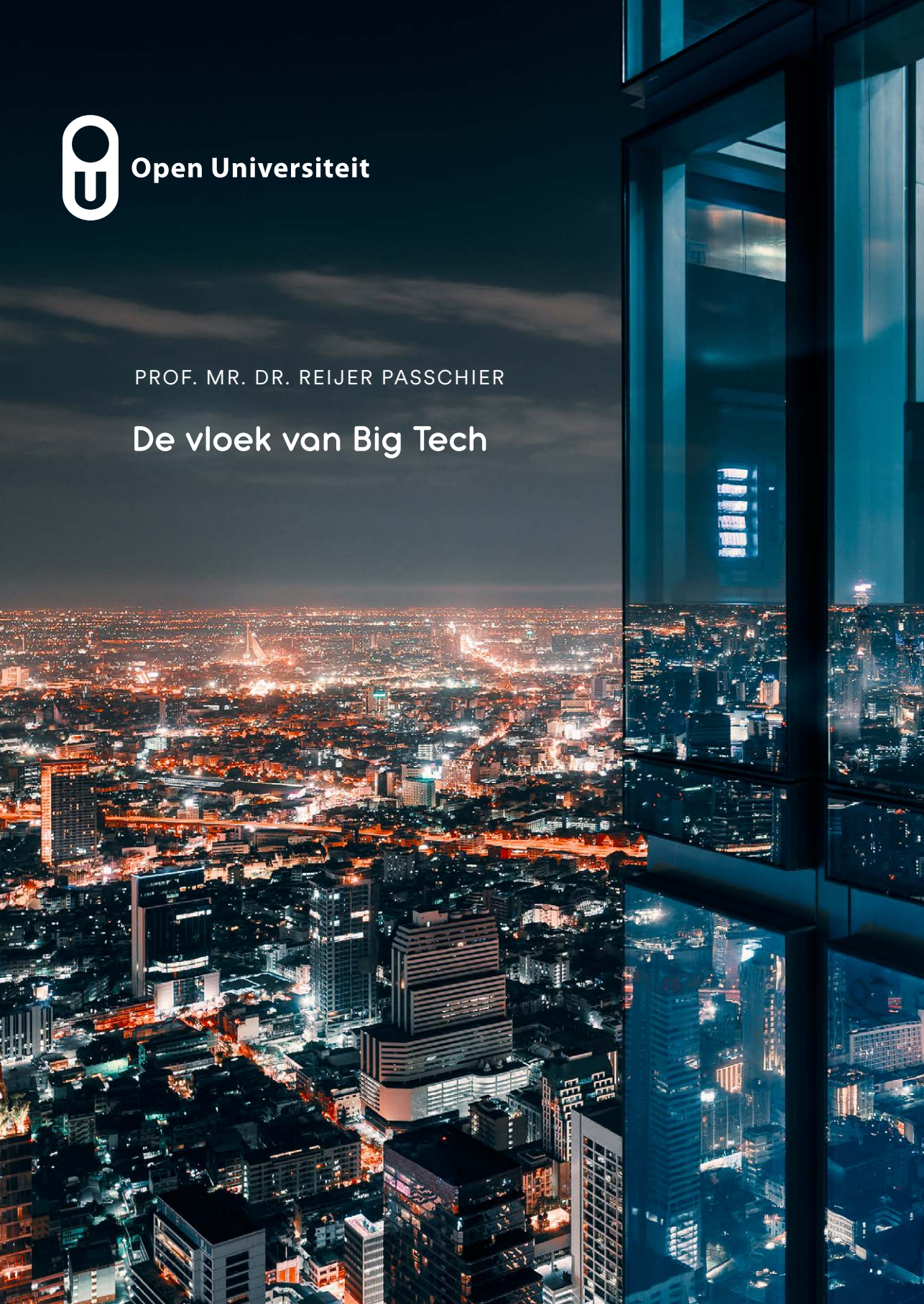




PROF. MR. DR. REIJER PASSCHIER

De vloek van Big Tech





Open Universiteit

PROF. MR. DR. REIJER PASSCHIER

De vloek van Big Tech

© Reijer Passchier | 2024

Redactie: Annelies van Eck, Open Universiteit
Ontwerp en opmaak: Marco Smeets, Open Universiteit
Opmerkingen: reijer.passchier@ou.nl

De vloek van Big Tech

Rede

In verkorte vorm uitgesproken bij de openbare aanvaarding van de leerstoel Digitalisering en de democratische rechtsstaat aan de Open Universiteit

op vrijdag 31 mei 2024 te Heerlen

door prof. mr. dr. Reijer Passchier

1. Big Tech als constitutioneel probleem

Geachte meneer de voorzitter, dames en heren, aanwezigen,

Met de digitalisering van de maatschappij zijn enkele ongekend grote en dominante techbedrijven ('Big Tech')¹ ontstaan.² Microsoft, Amazon, Meta, Apple, NVIDIA, Tesla en Alphabet – de allergrootste techbedrijven ter wereld – zijn bij elkaar inmiddels rond de 11 biljoen³ dollar waard en vertegenwoordigen ongeveer een kwart van de waarde van de *Forbes 500*, de lijst met de 500 grootste Amerikaanse bedrijven.⁴ Dat aandeel groeit nog altijd. Voorts maakt elk individueel Big Tech-bedrijf vele tientallen miljarden dollars winst per jaar. Apple zelfs 100 miljard dollar. Verreweg de meest bezochte websites zijn google.com en youtube.com.⁵ 65% van de internetgebruikers surft met *Google Chrome*.⁶ Het marktaandeel van de Google zoekmachine schommelt al zo'n 10 jaar rond de 90%.⁷ De globale markt voor officeproducten is voor 90% in handen van Microsoft.⁸ De snelgroeiende cloudmarkt wordt grotendeels beheerst door Microsoft en Amazon.⁹ De chatbotmarkt door Microsoft en Google. In de VS is meer dan 50% van de online retailmarkt in handen van Amazon.¹⁰ Rond de 80% van de online advertentiemarkt is in handen van Meta en Google.¹¹ Op bijna alle computers ter wereld draait een besturingssysteem van Microsoft of Apple.¹² Meta, Alphabet en TikTok verdelen onder elkaar het grootste deel van de socialemedia-markt.¹³ En ook op het gebied van AI – volgens de WRR de nieuwe 'systeemtechnologie'¹⁴ – hebben enkele Big Tech-bedrijven de leiding inmiddels in handen.¹⁵

Eenzijds lijkt deze situatie belangrijke voordelen te hebben. Zo maken Big Tech-bedrijven geavanceerde informatietechnologie op onnavolgbare wijze toegankelijk voor andere bedrijven, overheden en het grote publiek.¹⁶ Sommige producten, zoals *messengers* of sociale media, bieden Big Tech-bedrijven zelfs min of meer 'gratis' aan, althans zonder direct geld te vragen aan gebruikers. Onder andere in verband met de oorlog in Oekraïne en

- 1 De samenstelling van Big Tech wisselt. Reken tot het huidige Big Tech in elk geval Microsoft, Alphabet, Amazon, Meta, NVIDIA en Tesla en Apple (de 'magnificent seven'), maar ook net iets kleinere techbedrijven als IBM, Bytedance (TikTok), Netflix, X en Uber.
- 2 V. Brühl, 'Big Tech, the Platform Economy and the European Digital Markets', *Intereconomics*, 2023, 58(5), p. 274-282. A. Gerbrandy & P. Phoa, 'The Power of Big Tech Corporations as Modern Bigness and a Vocabulary for Shaping Competition Law as Counter Power', in: Bennet e.a. (eds.) *Wealth and Power: Philosophical Perspectives*, Routledge 2022. J. Susskind, *Future Politics: Living Together in a World Transformed by Tech*, Oxford: Oxford University Press 2018, p. 171. Zie ook: M. Moore, *Tech Giants and Civic Power*, Londen: Kings College 2016.
- 3 Voor de duidelijkheid: dat is 10.000.000.000.000 (10.000 miljard), ruim 10x het bbp van Nederland.
- 4 <https://www.50pros.com/fortune500>, <https://www.statista.com/statistics/1350976/leading-tech-companies-worldwide-by-market-cap/>.
- 5 Brühl 2023.
- 6 Ibid.
- 7 Ibid.
- 8 Ibid.
- 9 <https://www.statista.com/chart/18819/worldwide-market-share-of-leading-cloud-infrastructure-service-providers/>.
- 10 Brühl 2023.
- 11 Ibid.
- 12 Ibid.
- 13 Ibid.
- 14 WRR, *Opgave AI: de nieuwe systeemtechnologie*, Den Haag 2021.
- 15 N. Maslej e.a. 'The AI Index 2023 Annual Report', AI Index Steering Committee, Institute for Human-Centered AI, Stanford, CA: Stanford University April 2023.
- 16 Zie bijv. B. Stone, *Amazon Unbound: Jeff Bezos and the Invention of a Global Empire*, Simon & Schuster 2021.

de spanningen tussen China en Taiwan, blijkt de aanwezigheid van sterke techbedrijven een belangrijke strategische *asset* te zijn in de internationale betrekkingen tussen landen.¹⁷ Toen aan het begin van de invasie door Rusland het klassieke internet van Oekraïne deels uitviel was het ongetwijfeld erg prettig voor het Oekraïense leger en zijn Westerse bondgenoten dat Starlink van Elon Musk direct een alternatief bood door breedbandinternet vanuit de ruimte aan te bieden.¹⁸ En wie kan er in deze onstuimige tijden nog zonder de verstrooiing die Big Tech-streamingsdiensten, e-commerce en messengers ons voor een prikje bieden?

Anderzijds kun je je ondertussen enigszins bezorgd afvragen: wat betekent de opkomst van Big Tech eigenlijk voor *de toekomst van de democratische rechtsstaat*?¹⁹ Naarmate Big Tech-bedrijven verder groeien en nóg verdere overhand krijgen bedreigen zij immers niet alleen de privacy van burgers op het internet,²⁰ het klimaat in verband met hun enorme grondstoffenverbruik,²¹ de betrouwbaarheid van informatie in relatie tot hun nieuwste AI,²² de vrije mededinging op digitale markten²³ en andere *specifieke* publieke waarden en mensenrechten in al dan niet *specifieke* digitale contexten, maar ook de diepere en meer *algemene institutionele grondslagen* – ‘constitutionele structuren’²⁴ – die de bescherming van specifieke mensenrechten en publieke waarden überhaupt mogelijk maken.²⁵ Denk daarbij onder andere aan: (1) de sterke, ‘soevereine’ staat of EU, dat wil zeggen, centraal gezag dat kan optreden als hoeder van democratische en rechtsstatelijke waarden voor iedereen; (2) de heerschappij van het ‘gemene’, statelijke recht (*rule of law*);²⁶ (3) het voor de democratische rechtsstaat zo belangrijke onderscheid tussen het publieke en private (de ‘grote demarcatie’);²⁷ (4) de politieke en economische weerbaarheid van ‘gewone’ mensen en ‘reguliere’ bedrijven (‘burgerschap’);²⁸ (5) de gelijkheid van (rechts)personen

17 Zie daarover bijv. I. Bremmer, ‘The Technopolar Moment: How Digital Powers Will Reshape the Global Order’, *Foreign Affairs*, November/December 2021. F. Kuin, ‘Musk schakelt satellietnetwerk Starlink in voor internet in Oekraïne’, *NRC* 27 februari 2022.

18 F. Kuin, ‘Musk schakelt satellietnetwerk Starlink in voor internet in Oekraïne’, *NRC* 27 februari 2022

19 Nog altijd hét normatieve ideaal van de meeste Westerse landen en internationale samenwerkingsverbanden tussen landen, zie bijvoorbeeld de Algemene Bepaling van de Grondwet en artikel 2 van het Verdrag Betreffende de Europese Unie (VEU).

20 C. Véliz, *Privacy is Power: Why and How You Should Take Back Control of Your Data*, Bantam Press 2020. S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight For a Human Future at the New Frontier of Power*, Londen: Profile Books 2019.

21 K. Crawford, *Atlas of AI*, New Haven: Yale University Press 2021.

22 L. Verheij, *De zoektocht naar de feiten: over waarheden, onwaarheden en leugens in de democratische rechtsstaat*, Den Haag: Boom juridisch 2021. B. van der Sloot, *Regulating the Synthetic Society: Generative AI, Legal Questions, and Societal Challenges*, Hart Publishing 2024.

23 Zie daarover bijvoorbeeld het rapport uit 2022 van het Amerikaanse Huis van Afgevaardigden over de machtsverhoudingen in ‘digitale markten’: *Investigation of competition in digital markets*, <https://cicilline.house.gov/press-release/judiciary-committee-publishes-final-report-on-competition-in-the-digital-marketplace>. Zie natuurlijk ook de Europese Digital Markets Act (DMA).

24 Zie over het belang van constitutionele structuren bijv. F. Fukuyama, *Political Order and Political Decay: From the Industrial Revolution to the Globalisation of Democracy*, Londen: Profile Books 2014. F. Fukuyama, *The Origins of Political Order: From Prehuman Times to the French Revolution*, Londen: Profile Books 2011. WRR, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.

25 Zie in vergelijkbare zin ook: T. Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, New York: Columbia Global Reports 2018.

26 T. Bingham, *The Rule of Law*, Penguin Books, 2011. Burkens e.a., *Beginnselen van de democratische rechtsstaat: Inleiding in de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 42.

27 R. Blaufarb, *The Great Demarcation: The French Revolution and the Invention of Modern Property*, Oxford: Oxford University Press 2016.

28 WRR, *Eigentijds burgerschap*, Den Haag: SDU 1993.

voor de wet; (6) de levendige *civil society* met vakbonden, actiegroepen, een hoogwaardige pers, kunst en cultuur, het mkb, pluriforme media en andere tegenmachten; en (7) de binding van statelijke macht (of die nu in handen is van de staat of niet) aan 'hogere' rechtsregels (het 'constitutionalisme').²⁹ Het brede *constitutionele fundament* van onze democratische rechtsstaat wordt aan het 'einde van de geschiedenis' vaak als vanzelfsprekend beschouwd of in elk geval als een min of meer definitieve verworvenheid.³⁰ Hooguit wordt de staat zelf nog als een gevaar voor de democratische rechtsstaat gezien.³¹ Maar is dat met de opkomst van Big Tech eigenlijk nog wel terecht?

In deze oratie zal ik betogen van niet. Met de digitalisering van de maatschappij zijn Big Tech-bedrijven in relatief korte tijd zó groot en machtig geworden dat het overleven van de constitutionele structuren waar de democratische rechtsstaat op rust niet langer automatisch kan worden aangenomen. Daarmee staat ook de relevantie van ons reguliere denken (de 'orthodoxe' rechtstheorie) over de verhoudingen in onze maatschappij en de wijzen waarop we die in goede banen proberen te leiden onder druk. Big Tech is, zo zal ik proberen te laten zien, een ware 'vloek' voor de gehele democratische rechtsstaat.

2. Een constitutioneel-institutioneel perspectief

Om de vloek van Big Tech te zien moet u verder kijken dan het zogenaamde 'positieve' constitutionele recht. In grondwetten, verdragen en andere gezaghebbende juridische documenten staan de constitutionele structuren waar de democratische rechtsstaat op rust ogenschijnlijk immers nog altijd fier overeind.³² Big Tech of geen Big Tech, puur constitutioneel-rechtelijk gezien bepalen staten of de Europese Unie – als wetgever, rechter en/of bestuurder – uiteindelijk nog altijd welke dwingende regels er op hun territorium gelden en hebben zij aldus het voor de democratische rechtsstaat zo belangrijke monopolie op het maken van recht. Big Tech-bedrijven zijn, op hun beurt, als private ondernemingen in beginsel onderworpen aan het publieke gezag van staten en hun internationale samenwerkingsverbanden. Burgers kunnen Big Tech nog altijd desgewenst ontwijken. Ook kunnen zij, al dan niet in collectief verband, met andere burgers actie tegen Big Tech organiseren. Nergens geeft, althans voor zover ik weet, het constitutionele recht Big Tech expliciet speciale privileges, immuniteiten of publiekrechtelijke bevoegdheden, laat staan wetgevende macht.

Ook de rechtstheorie volgt – wel of geen Big Tech – nog altijd zo ongeveer deze klassieke uitgangspunten.³³ In handboeken over de democratische rechtsstaat komt de opkomst

29 C.M. Zoethout, *Constitutionalism: een vergelijkend onderzoek naar het beperken van overheidsmacht door het recht*, Arnhem: Gouda Quint 1995. D. Grimm, *Constitutionalism: Past, Present and Future*, Oxford: Oxford University Press 2016.

30 Zie bijv. F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, Profile Books 2018 [1993].

31 Al komt daar binnenkort misschien verandering in. Zie: <https://www.maastrichtuniversity.nl/nl/nieuws/knaw-beurs-voor-monica-claes-en-maarten-stremmer>.

32 Zie bijv. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel Recht*, Deventer: Kluwer 2008. W.F. Murphy, *Constitutional Democracy: Creating and Maintaining a Just Political Order*, John Hopkins University Press 2007. W. Voermans, *Onze constitutie: de geschreven en ongeschreven regels van ons staatsbestel*, Prometheus 2022.

33 Zie bijv. M. Loughlin, *The Foundations of Public Law*, Oxford: Oxford University Press 2009. Burkens e.a., *Beginsel- en van de democratische rechtsstaat: Inleiding in de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

van Big Tech of enig ander groot bedrijf over het algemeen in elk geval niet voor, zeker niet als fundamentele verandering of bedreiging van de bestaande orde.

De werkelijke inhoud en betekenis van ‘onze constitutie’ – om de aanduiding van mijn promotor Wim Voermans te gebruiken³⁴ – wordt uiteindelijk echter niet alleen bepaald door wat in plechtige constitutionele documenten of in handboeken rechtstheorie staat, maar bijvoorbeeld ook door ander recht, heersende machtsverhoudingen in de samenleving, ideeën van leidende actoren en wat de massa zo ongeveer accepteert. Bovendien kunnen constitutionele structuren ook op informele wijze veranderen en ontstaan, bijvoorbeeld doordat bestendige praktijken langzamerhand door steeds meer actoren als bindend of zelfs normaal worden ervaren.³⁵ Daarmee wil ik niet zeggen dat de letter van het constitutionele recht of de gangbare rechtstheorie irrelevant geworden zijn. Maar wel dat wij de opkomst, de bloei en het verval van de constitutionele structuren die uiteindelijk daadwerkelijk de allocatie van publieke macht bepalen – dat wil zeggen, wie mag en kan bepalen ‘wie wat krijgt, wanneer, en hoe?’³⁶ – moeten begrijpen en verklaren in connectie met haar bredere juridische, sociale, technologische en filosofische context.³⁷

En inderdaad: wie op die meer historische en multidisciplinaire wijze naar de relatie tussen constitutionele structuren en Big Tech kijkt, krijgt een veel minder rooskleurig beeld van de maatschappelijke toestand waarin wij met de opkomst van Big Tech zijn beland.

Lobby

Ik wijs bijvoorbeeld op de ongekende en dus disproportionele lobby’s van Big Tech. Al in 2013 rapporteerden journalisten van *de Correspondent* dat Big Tech-bedrijven ‘als Facebook, Google en Amazon de afgelopen jaren professionele lobbykantoren in de Europese hoofdstad [hebben] opgetuigd’³⁸ Inmiddels geven die alleen al in Brussel naar schatting meer dan 30 miljoen euro per jaar uit aan lobbyactiviteiten.³⁹ Dat is veel meer dan welke andere bedrijfs-groep dan ook, laat staan gewone burgers. Daarnaast wordt een onbekende hoeveelheid academisch onderzoek door Big Tech-bedrijven betaald. ‘Het is tegenwoordig heel moeilijk een conferentie of een academische instelling te vinden waar de relatie tussen internet en samenleving wordt onderzocht, en waar Big Tech niet op de een of andere manier financieel aan bijdraagt’, zo stelt topambtenaar van de Europese Commissie Paul Nemitz in een kranteninterview.⁴⁰

De Europese lobby van Big Tech-bedrijven bedient zich inmiddels van tactieken die doen denken aan die van de tabaks- en olielobby, waaronder het tegen elkaar opzetten

34 Voermans 2022.

35 G.J.A. Geertjes, *Staatsrecht en conventie in Nederland en het Verenigd Koninkrijk* (diss. Universiteit Leiden), Zutphen: Uitgeverij Parijs 2021.

36 Zie: H.D. Lasswell, *Politics: Who Gets What, When, How*, New York: Whittlesey House 1936.

37 Zie daarover uitgebreid R. Passchier & M. Stremmer, ‘Sitting at the Same Table: a Cross-disciplinary “Constitutional-institutionalist” Approach to the Study of Constitutions’, *International Journal of Law in Context*, forthcoming 2023. Zie ook: R. Passchier, *Informal constitutional change: Constitutional change without formal constitutional amendment in comparative perspective* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017, p. 45 e.v.

38 T. van Heste & M. Martijn, ‘Hoe een machtige lobby onze privacy onder druk zet’, *de Correspondent* 10 oktober 2013.

39 P. Lombardi, ‘Big Tech boosts lobbying spending in Brussels’, *Politico*, 22 maart 2022. Zie ook: <https://www.global-witness.org/en/blog/eu-tech-watch-twitter-bot/>.

40 J. Eijssvoegel, ‘De man die Europa over Big Tech adviseert waarschuwt: “De wereld zag nog nooit zo’n machtsconcentratie”’, *NRC* 4 september 2022. Zie ook: J. Menn & N. Nix, ‘Big Tech funds the very people who are supposed to hold it accountable’, *The Washington Post* 7 december 2023.

of uitspelen van EU-instellingen, het zaaien van twijfel over wetenschappelijk onderzoek naar de schade die hun diensten en producten veroorzaken, het technischer maken van de discussies die zij willen beïnvloeden, het aanbieden van kant-en-klare wetgevings-amendementen, het gebruik van bijeenkomsten om aan informatie te komen die niet openbaar was en het organiseren van ontmoetingen tussen EU-amtsdragers en tech-CEO's bij gelegenheid van bijvoorbeeld niet-officiële diners, zo rapporteren *Corporate Europe Observatory* en *Global Witness*.⁴¹ In landelijke kranten en internationale tijdschriften als *NRC* en *The Economist* verschijnen paginagrote advertenties van Big Tech-bedrijven als Facebook en Google om hun imago op te vijzelen. Recent bleken bovendien politieke zwaargewichten als voormalig Eurocommissaris Neelie Kroes en de Franse president Emmanuel Macron voor Uber te hebben gewerkt.⁴² Meta heeft sinds enkele jaren Nick Clegg, een voormalige Britse vicepremier, in dienst voor zijn *public affairs*.

Natuurlijk zijn pogingen van burgers en bedrijven om het beleid van statelijke actoren en het maatschappelijke debat te beïnvloeden niet per se een bedreiging voor de democratische rechtsstaat. Sterker nog, pogingen van burgers en bedrijven om statelijke en supranationale besluitvormingsprocessen buiten verkiezingen en formele inspraakprocedures te beïnvloeden horen bij een open samenleving en zijn een belangrijke informatiebron voor staten en unies van staten. De lobby van Big Tech-bedrijven lijkt inmiddels echter zo uit proportie te zijn geraakt dat zij wel degelijk negatieve gevolgen heeft voor het vermogen van staten en supranationale wetgevers om op zelfstandige wijze en op basis van eigen denkwerk en evenwichtige reflectie vast te stellen wat in een concrete situatie het algemeen belang is en hoe dat het beste kan worden geborgd. Met extreme lobby's als die van Big Tech-bedrijven bestaat zelfs het risico dat statelijke wetgevingsprocessen *de facto* verworden tot een instrument waarmee enkele zeer grote, private ondernemingen en daarmee geassocieerde superrijke individuen de samenleving hun regels opleggen en hun specifieke belangen veiligstellen.⁴³ Zo zijn maatregelen als een verbod op *profiling*, persoonlijke advertenties, interoperabiliteit en een Europese digitaks – maatregelen die veel experts vanuit publiek oogpunt als zeer belangrijk beschouwen – voorlopig geheel of gedeeltelijk tegengehouden door de lobby van enkele Big Tech-bedrijven.⁴⁴ Ook de nieuwe AI-Act van de EU is niet ongeschonden uit de Big Tech-lobby gekomen.⁴⁵

Blijft er in deze situatie voldoende over van de voor de democratische rechtsstaat zo belangrijke autonomie – 'externe soevereiniteit' – van staten en de EU? En wat is, gezien de enorme lobby's van enkele Big Tech-bedrijven het lot van het onderscheid tussen het publieke en het private? Constitutioneel-rechtelijk gezien is de 'grote demarcatie' nog altijd grotendeels intact. Maar wat blijft daar *feitelijk* van over als Big Tech-bedrijven met extreme lobby's de publieke oriëntatie van de staat en de unie van staten weten te ondermijnen of hen zelfs tot hun instrument weten te maken voor hun eigen, private agenda?

41 N. Lomas, 'Report reveals Big Tech's last minute lobbying to weaken EU rules', *Techcrunch* 23 april 2022.

42 L. Geurtz, 'Van Kroes tot Macron: dit staat er in de Uber Files', *NRC* 11 juli 2022.

43 Y. Mounk, *The People vs. Democracy: Why Our Freedom is in Danger & How to Save it*, Cambridge, MA: Harvard University Press 2018, p. 243.

44 G. Riekeles, 'I saw first-hand how US tech giants seduced the EU – and undermined democracy', *The Guardian* 28 juni 2022. N. Lomas, 'Report reveals Big Tech's last minute lobbying to weaken EU rules', *Techcrunch* 23 april 2023.

45 S. Bronzwaer, 'De Europese AI-wet dreigt te worden afgezwakt, onder druk van de techlobby', *NRC* 5 december 2023. Zie ook: <https://corporateeurope.org/en/2023/02/lobbying-ghost-machine>.

Falende handhaving

Wanneer het staten of hun samenwerkingsverbanden tóch lukt om strengere wetten voor Big Tech-bedrijven te maken, is het vervolgens nog maar de vraag of het hen ook lukt om die wetten ook daadwerkelijk te handhaven en daarmee het beoogde effect te sorteren. Zo hebben Europese staten en de EU acht jaar na de introductie van de AVG nog altijd bij lange na geen einde weten te maken aan het ‘surveillance-kapitalisme’⁴⁶ van de allergrootste Big Tech-bedrijven. Zelfs in 2022 wist een AI-bedrijf als Facebook, nu Meta, blijkbaar nog niet eens precies wat er gebeurt met de data die het bedrijf verzamelt.⁴⁷ Ook bij de ontwikkeling van nieuwe producten, zoals chatbots, lijken Big Tech-bedrijven nog altijd veel te weinig rekening te houden met privacyregels.⁴⁸ Het lijkt er tot op heden zelfs op dat de AVG de potentiële concurrentie van Big Tech-bedrijven harder heeft geraakt dan Big Tech-bedrijven zelf, mede omdat staten kleinere bedrijven wel aan de AVG kunnen houden, maar de allergrootste eigenaren veel minder of niet. Dankzij de AVG zijn Big Tech-bedrijven daardoor wellicht alleen maar nog groter en machtiger geworden dan zij al waren.⁴⁹

Vervolgens bleken enkele Big Tech-bedrijven, met hun ongekende winsten, bijna onbeperkte mogelijkheden te hebben om tegen eventuele handhaving van de AVG te procederen: tegenover nationale of Europese instanties met een beperkte capaciteit zet het Big Tech-bedrijf een leger aan topadvocaten die eventuele handhaving eindeloos kunnen vertragen en dempen.⁵⁰ En zelfs als een Big Tech-bedrijf ten slotte toch een boete krijgt – vaak vele jaren na het vergrijp – is het nog maar de vraag of die het voldoende zal raken en zijn gedrag ook betekenisvol zal veranderen. Een boete van enkele honderden miljoenen of zelfs een paar miljard euro lijkt in absolute termen hoog, maar stelt relatief weinig voor voor bedrijven die tientallen tot zelfs bijna 100 miljard dollar winst per jaar maken⁵¹ en alleen al aan cashreserves vele honderden miljarden dollars tot hun beschikking hebben (of snel zouden kunnen hebben als zij niet op grote schaal eigen aandelen zouden inkopen om winsten door te sluizen naar de allerrijkste mensen van de wereld).^{52,53} Sterker nog, de betreffende boetes zijn risico’s die Big Tech-bedrijven waarschijnlijk simpelweg meenemen in hun financiële planning.⁵⁴

De in 2022 aangenomen Europese Digital Markets Act (DMA)⁵⁵ en Digital Services Act (DSA)⁵⁶ beogen de asymmetrische machtsverhoudingen tussen Big Tech-bedrijven, eventuele concurrenten van Big Tech-bedrijven en statelijke actoren te compenseren door voor de

46 Zuboff 2019.

47 In elk geval heeft de AVG voorlopig nog lang geen einde gemaakt aan het surveillance-kapitalisme van Big Tech. Ook weet Facebook, nu Meta, zelfs anno 2022 blijkbaar nog niet eens precies wat er gebeurt met de data die het bedrijf verzamelt. L. Franceschi-Bicchieri, ‘Facebook Doesn’t Know What It Does With Your Data, Or Where It Goes: Leaked Document’, *Motherboard* 26 april 2022.

48 Zie bijv. U. Gal, ‘ChatGPT is a data privacy nightmare. If you’ve ever posted online, you ought to be concerned’, *The Conversation* 8 februari, 2023.

49 N. Vinocur, ‘“We have a huge problem”: European regulator despairs over lack of enforcement’, *Politico* 27 december 2019. M. Scott e.a., ‘How Silicon Valley gamed Europe’s privacy rules’, *Politico* 22 mei 2019. A. Moazed, ‘How GDPR is Helping Big Tech and Hurting the Competition’, *Aplico* 1 augustus 2019. M. Burgess, ‘How GDPR is Failing’, *Wired* 23 mei 2022.

50 ‘Will the Digital Markets Act help Europe breed digital giants?’, *The Economist* 26 mei 2022.

51 Zie bijv. <https://www.visualcapitalist.com/cp/big-tech-revenue-profit-by-company/>.

52 Zie bijv. <https://www.cashanalytics.com/how-much-cash-does-big-tech-have/>.

53 M. Heijink, ‘Drie miljardenboetes en toch geen grip op Google’, *NRC* 21 maart 2019.

54 V. Manancourt, ‘Meta faces record EU privacy fines’, *Politico* 4 december 2022.

55 Regulation (EU) 2022/1925.

56 Regulation (EU) 2022/2065.

zogenoemde ‘poortwachters’ van het internet (de twintig grootste techbedrijven ter wereld) in allerlei opzichten een extra streng regime in te voeren. Ook leggen de DMA en de DSA veel meer handhavingsbevoegdheden neer bij de Europese Commissie dan de AVG. Wellicht zullen die maatregelen EU-lidstaten en de EU zelf helpen. In elk geval lijkt de EU lessen te hebben getrokken uit ervaringen met Big Tech-bedrijven en de AVG. Op zich is dat natuurlijk positief. Wellicht lukt het met een extra regime voor de allergrootste techbedrijven om de ergste uitwassen van Big Tech op de terreinen van de DSA en de DMA tegen te gaan.

Tegelijkertijd neemt met de DMA en de DSA de complexiteit van de Europese tech-regelgeving verder toe. Zeer grote techbedrijven zijn als geen ander in de positie om daarvan te profiteren. Zij kunnen, anders dan overheden en ‘normale’ bedrijven, bijvoorbeeld wederom vrijwel onbeperkte aantallen getalenteerde *compliance officers* in dienst nemen om de risico’s en kansen in kaart te brengen die een complex regime van wetgeving met zich meebrengt en in te schatten hoever zij met bepaalde activiteiten kunnen gaan. Kleinere techbedrijven hebben die mogelijkheid niet, laat staan start-ups. Ook is het Big Tech-bedrijf opnieuw veel beter dan andere bedrijven in staat om zich tegen eventuele aanklachten te verweren. In het beste geval gaan de nieuwe wetten de ergste uitwassen van de allergrootste techbedrijven op hun specifieke terreinen tegen. Maar in ruil daarvoor dreigen zij de machtspositie van de allergrootste techbedrijven in de samenleving verder te versterken.

En zal het het relatief kleine EU-uitvoeringsapparaat lukken om voldoende mensen vrij te maken om de allergrootste techbedrijven aan de nieuwe regels te houden? Zoals Thomas Vinje, een mededingingsrechtadvocaat van Clifford and Chance in *The Economist* uitlegt: ‘Om te voorkomen dat alle 27 lidstaten de DMA op verschillende manieren zullen toepassen, neemt de Europese Commissie de leiding. Maar de 80 ambtenaren die zij daarvoor heeft aangesteld zullen daar een enorme kluit aan hebben.’⁵⁷ Ook bestaat het risico, zo signaleert *The Economist*, dat de poortwachtersdrempel die de DMA en de DSA invoeren de kans zal *verkleinen* dat er ooit Europese techgiganten, of althans serieuze alternatieven voor het Amerikaanse Big Tech, zullen ontstaan.⁵⁸ Sommige bedrijven zullen vanwege de strengere regels willen voorkomen dat zij ooit ‘poortwachter’ in de zin van de DMA en de DSA worden.

Een bron van hoop dat de EU en haar lidstaten met de DMA en de DSA in de hand tóch iets zullen bewerkstelligen, zijn de torenhoge boetes die zij op grond van deze wetten kunnen opleggen. Tot wel 20% van de jaaromzet. Dat is zelfs voor Big Tech-bedrijven met winstmarges tot 40% echt heel veel. Tegelijkertijd is de kans klein dat handhavende instanties ook daadwerkelijk zover zullen gaan. Hier speelt onder andere de geopolitieke dimensie: zullen de Verenigde Staten toestaan dat Europa de winst van een van ‘hun’ Big Tech-bedrijven met boetes of anderszins bijna geheel afrooft?⁵⁹ Ook moet van hoge boetes ook weer niet al te veel verwacht worden. Al eerder veranderden meerdere Europese miljardenboetes vanwege misbruik van marktmacht weinig aan de praktijken van Google Search.⁶⁰ Ook biedt de DMA – wellicht dankzij de Big Tech-lobby – de Europese Commissie geen extra mogelijkheden om te voorkomen dat Big Tech-bedrijven hun torenhoge winsten en macht aanwenden om potentiële concurrentie en hen onwelgevallige innovaties in een vroeg stadium op

57 ‘Will the Digital Markets Act help Europe breed digital giants?’, *The Economist* 26 mei 2022.

58 Ibid.

59 Bekend is het geval waarin de VS de belasting op Franse kaasjes dreigden te verhogen in reactie op een plan van Frankrijk om de belasting op online-advertenties in te voeren.

60 Zie M. Heijink, ‘Drie miljardenboetes en toch geen grip op Google’, *NRC* 21 maart 2019.

te kopen (de zogenoemde ‘killer acquisitions’).⁶¹ In zo’n situatie kan een overheid start-ups subsidiëren wat zij wil, interoperabiliteit bevorderen en concurrentie aanjagen. Maar zodra dat enig effect heeft, wordt die concurrentie door de allergrootste Big Tech-bedrijven verslonden en wordt de betreffende disruptie door hen de nek omgedraaid en/of opgenomen in hun conglomeraat.⁶²

In hoeverre zijn de staat en de unie van staten onder deze omstandigheden nog ‘soeverein’ en in staat om publieke waarden te doen prevaleren boven private waarden? In hoeverre zijn zij nog in staat om de autonomie en weerbaarheid van hun burgers te beschermen? En kunnen zij de omstandigheden scheppen waarin alternatieven voor Big Tech kunnen ontstaan? In het beste geval gaan de nieuwe wetten de ergste uitwassen van de allergrootste techbedrijven op specifieke terreinen tegen en beschermen zij aldus *specifieke* publieke waarden en mensenrechten. Maar in ruil daarvoor dreigen wetten gericht op specifieke mensenrechten, waarden en actoren de *brede* machtspositie van de allergrootste techbedrijven in de samenleving verder te versterken.

Afhankelijkheden

Ondertussen raken steeds meer actoren van enkele Big Tech-bedrijven afhankelijk. Want welke ondernemer, politicus, burger of ambtenaar kan er nog om producten en diensten van Big Tech-bedrijven als Amazon, Alphabet en Microsoft heen?

Uit recent onderzoek van de NOS naar het cloudgebruik van ruim 20.000 bedrijven, organisaties en Nederlandse overheden bleek bijvoorbeeld dat ‘vitale’ bedrijven, scholen en in mindere mate zorginstellingen hun maildiensten op grote schaal uitbesteden aan Amerikaanse cloudbedrijven.⁶³ 60% van de organisaties doet zaken met Microsoft, waaronder de Tweede Kamer, de Eerste Kamer, de Autoriteit Financiële Markten, de Nederlandse Zorgautoriteit, de Nationale ombudsman, het Planbureau voor de Leefomgeving en de Kamer van Koophandel. Ministeries hebben hun mail nog op eigen servers staan, aldus de NOS, maar meer dan de helft van de gemeenten heeft gedurende de afgelopen vijftien jaar de overstap naar Microsoft-servers gemaakt. Van de ongeveer 3800 grootste bedrijven in Nederland gebruikt 63% clouddiensten van Microsoft of Google. Van de 110 vitale bedrijven die de NOS onderzocht, draait 60% op servers van Microsoft of Google. Zo kozen alle netbeheerders voor Microsoft. Ook de banken ABN, ING en Rabobank maakten de overstap naar deze Amerikaanse gigant, net als de meeste drinkwaterbedrijven en de luchthaven Schiphol.

Op zich is dat vanuit het oogpunt van deze organisaties begrijpelijk: het aantal Europese alternatieven is beperkt. Bovendien bieden die minder diensten en zijn die vaak moeilijker te integreren in andere informatiesystemen, zeker als die andere systemen ook geleverd worden door Amerikaanse techgiganten. Ook lijkt het, in elk geval op de korte termijn, goedkoper voor organisaties te zijn om naar Big Tech over te stappen. Tekenend is dat

61 Zie bijv. ‘The EU Digital Markets Act – The Holy Grail of Big Tech Regulation?’, *Morrison & Foerster* 19 juli 2022.

62 A. Ezrachi & Maurice E. Stucke: *How Big-Tech Barons Smash Innovation – and How to Strike Back*, New York: HarperCollins 2022. Zie ook S. Bronzwaer, ‘Dat Microsoft investeert in “Europese AI-kampioen” Mistral valt slecht in Brussel: “Zo kunnen we nooit meedoen”’, *NRC* 29 februari 2024.

63 J. Schellevis, ‘Amerikaanse overheid kan bij e-mail van Nederlandse overheden en kritieke bedrijven’, *NOS Nieuws* 1 maart 2024.

zelfs KPN, dat zelf clouddiensten aanbiedt, voor de diensten van Big Tech is gezwicht.⁶⁴ Maar wat betekent de toenemende afhankelijkheid van Big Tech voor de ruimte die staten en de EU feitelijk hebben om Big Tech-bedrijven desgewenst te reguleren? En voor de tegenmacht die burgers en organisaties kunnen organiseren? Staan staten en actoren in de *civil society* niet inmiddels voor voldoende feiten? Zijn enkele Big Tech-bedrijven niet reeds uitgegroeid tot ware potentaten die aan democratische controle ontsnappen en niet langer voldoende vatbaar zijn voor het gemene (statelijke) recht? In elk geval maakt onze toenemende collectieve en persoonlijke afhankelijkheid van Big Tech-bedrijven het steeds moeilijker voor staten en supranationale overheden om Big Tech-bedrijven daadwerkelijk met het oog op publieke waarden, burgerlijke vrijheden en het algemene belang aan regels te houden. Sterker nog, de staat en de unie van staten voelen zich in toenemende mate genoodzaakt om de particuliere logica van Big Tech-bedrijven te faciliteren, ook al zakken zij daarmee constitutioneel gezien steeds verder weg in het moeras.

Internationale mobiliteit

Zie verder dat Big Tech-bedrijven, mede dankzij hun eigen digitale technologie (en beter nog dan eerdere generaties megaondernemingen),⁶⁵ in staat zijn om de regels van grotendeels aan territorium gebonden staten en internationale samenwerkingsverbanden van staten te ontwijken of staten tegen elkaar uit te spelen teneinde een voor henzelf gunstig regime af te dwingen. Denk bijvoorbeeld aan een relatief gunstig belastingregime,⁶⁶ gunstig arbeidsrecht,⁶⁷ gunstig mediarecht,⁶⁸ gunstige AI-regulering⁶⁹ of gunstige (of afwezige) milieu- en klimaatregelingen.⁷⁰ Staten blijken zelfs geneigd om de reeds superrijke Big Tech-bedrijven subsidies te bieden in een poging om – ten koste van elkaar – Big Tech-bedrijven naar hun specifieke territoria te lokken, nog iets van werkgelegenheid en belastinginkomsten te behouden of, erger nog, mee te gaan in een vaag, simplistisch of geheel niet onderbouwd vooruitgangssentiment.⁷¹ Neem een distributiecentrum van Amazon,⁷² een datacentrum van Microsoft of Meta,⁷³ of een 'giga-factory' van Tesla,⁷⁴ waarvan je je kunt afvragen of die überhaupt bijdragen aan het algemene belang.

Kort en goed: staten hebben Big Tech-bedrijven nodig om zich economisch te handhaven (of denken Big Tech nodig te hebben om zich economisch te handhaven); Big Tech-bedrijven kunnen, dankzij hun internationale mobiliteit, kiezen waar zij hun onderdelen vestigen en

64 Ibid.

65 Zie daarover J. Mikler, *The Political Power of Global Corporations*, Cambridge: Polity Press 2018, p. 7-8. J.-P. Robé, *Property, Power and Politics: Why We Need to Rethink the World Power System*, Bristol: Bristol University Press 2020.

66 Zie bijv. M. Beunderman & C. van Wiel, 'Belastingparadijzen EU zijn obstakel voor fiscaal plan OESO', *NRC* 2 juli 2021. B. Hinke, 'Hoe Netflix zijn recordwinst laat belasten: in vele winstjes hier en daar', *NRC* 23 januari 2024.

67 Zie bijv. M. Rengers & C. Houtekamer, 'Gebroken beloftes: hoe de Wieringermeerpolder dichtslibde met windturbines en datacentra', *NRC* 5 juni 2020.

68 Zie bijv. BBC News, 'Tech Tent: Facebook v Australia – two sides to the story', 19 februari 2021. <https://www.bbc.com/news/technology-56120281>.

69 A. Satariano & C. Kang, 'How nations are losing the race to regulate AI', *The New York Times* 8 december 2023.

70 Zie M. Bokkum, 'Tesla dreigt de auto-industrie nu ook op sociaal gebied te gaan ontregelen', *NRC* 8 december 2020.

71 Zie daarover scherp en geestig, *Zondag met Lubach* (s12), 'Nederland als harde schijf'. <https://www.youtube.com/watch?v=OiPoR9OvDOY>.

72 Larson 2020, p. 106.

73 Zie bijv. M. Rengers & C. Houtekamer, 'Het Rijk regelde onder druk van Facebook voorrang op het stroomnet', *NRC* 3 december 2021.

74 Zie bijv. M. van Bokkum & N. van Verschuer, 'Met zijn snelheid en flexibiliteit is Tesla een spiegel voor de Duitse industrie en bureaucratie', *NRC* 11 februari 2022.

hoe zij die onderdelen zich tot elkaar laten verhouden. Het gevolg is een intensieve *race-to-the-bottom* waarin staten – in concurrentie met elkaar – alles uit de kast halen om een voor Big Tech zo gunstig mogelijk vestigingsklimaat te organiseren. In deze dynamiek, zo weten wij uit eerdere episodes van de moderne globaliseringsgeschiedenis,⁷⁵ kan de publieke oriëntatie van staten en hun vermogen om concrete democratische en rechtsstatelijke waarden zoals sociale grondrechten te borgen in extreme mate onder druk komen te staan.

Soms lukt het Big Tech-bedrijven vanuit die positie zelfs om individuele staten direct voor hun karretje te spannen. Zo onthulde *de Volkskracht* dat Uber de Nederlandse belastingdienst zover kreeg om, tegen internationale afspraken in, informatie over de belastingpositie van Uber achter te houden voor buitenlandse belastingdiensten.⁷⁶ Op zich levert Nederland dat een hoofdkantoor van Uber aan de Zuidas op. Maar wie is in zo'n geval de baas over wie? Wie is soeverein? Wie en wat is publiek? Wie en wat is privaat? Wat betekent de enorme macht en onbeheersbaarheid van Big Tech voor de positie van burgers en de vitaliteit van de *civil society*?

Big Tech-bedrijven als state-like-powers

Groeien Big Tech-bedrijven ondertussen uit tot *state-like-powers*?⁷⁷ Enerzijds hebben Big Tech-bedrijven, althans vooralsnog, geen eigen territorium, geen eigen bevolking en geen internationale erkenning als (semi)soeverein. Vooralsnog hebben Big Tech-bedrijven, anders dan 'klassieke' staten, niet de bevoegdheid om formele wetten te maken (al komen zij daar middels lobby's soms dicht bij in de buurt). Anderzijds vervullen enkele Big Tech-bedrijven steeds vaker essentiële diensten en behartigen zij publieke belangen.⁷⁸ Denk aan officeproducten (Microsoft), cloudvoorzieningen (Amazon en Microsoft) of een internetzoekmachine (Alphabet). Daarbij nemen enkele Big Tech-bedrijven en hun leiders een steeds prominere rol in in het wereldmachtssysteem en het geopolitieke gebeuren.⁷⁹ Big Tech-leiders worden op internationale conferenties steeds vaker als een soort staatsmannen (of meer dan dat) ontvangen.⁸⁰ Landen en de EU hebben speciale 'Big Tech-ambassadeurs' in Silicon Valley. Big Tech-bedrijven hebben speciale internationale gezanten voor *public affairs* en zelfs ambassadeurs. Ook vormen Big Tech-bedrijven – onder andere als de dominante *coders* van belangrijke technologie,⁸¹ opstellers van moeilijk te ontwijken algemene voorwaarden en mega-investeerders – *de facto* enorme concentraties van (pseudo)wetgevende macht op tal van economische, sociaal-culturele en technologische terreinen.⁸²

75 Zie bijv. D. Rodrick, *The Globalization Paradox: Why Global Markets, States, and Democracy Can't Coexist*, Oxford: Oxford University Press 2011.

76 Y. Hofs, 'Belastingdienst hielp Uber belasting te ontwijken', *de Volkskrant* 11 juli 2022.

77 S. Ranchordás, 'Digitale Platformen: Globale Staten naast de Staat?', in: L.F.M. Besselink, *De economische constitutie: beginselen van de democratische rechtsstaat tussen globalisering en Europeanisering*, Staatsrechtconferentie 2019, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam. I.S. Wuisman 'De cyberjurisdictie van Facebook/Meta Platforms, Inc.: Van dominantie naar verantwoordelijke beleids- en (algoritmische) besluitvorming binnen een grote platformonderneming', *Ondernemingsrecht* 2022/10, p. 51-63. L. Greene, *Silicon States: The Power and Politics of Big Tech and What it Means For Our Future*, Berkeley: Counterpoint 2018.

78 N. Jak, 'Big Tech vanuit democratisch rechtsstatelijk perspectief', *Computerrecht* 2023/63.

79 L. Sheng, *Big Tech Firms and International Relations: The Role of the Nation-State in New Forms of Power*, Springer 2022.

80 Zoals bijv. bij de *AI Safety Summit* die het VK in november 2023 organiseerde. Zie: <https://www.aisafetysummit.gov.uk/>.

81 J. Bessen, *The New Goliaths: How Corporations Use Software to Dominate Industries Kill Innovation and Undermine Regulation*, New Haven: Yale University Press 2022. C. Thompson, *Coders: Who they are, what they think and how they are changing our world*, Londen: Picador 2019.

82 P. Nemitz & M. Pfeffer, *Prinzip Mensch: Macht, Freiheit und Demokratie im Zeitalter der Künstlichen Intelligenz*, Bonn: Verlag J.H.W. Dietz 2020. J. van Dijk, T. Poell & M. de Waal, *The Platform Society: Public Values in a Connective*

Welke informatie krijgen mensen te zien?⁸³ Welke mores heersen in het maatschappelijke debat?⁸⁴ Op wie of wat mensen stemmen mensen bij verkiezingen of referenda als Brexit?⁸⁵ Welke digitale technologie wordt ontwikkeld en met het oog op welk doel?⁸⁶ Wie mag welke technologie gebruiken? Welke maatschappelijke risico's zijn aanvaardbaar bij de lancering van de laatste AI? Aan wie komen de enorme opbrengsten van AI toe? Hoeveel vrijheid van meningsuiting genieten burgers?⁸⁷ Hoe functioneren parlementaire stelsels?⁸⁸ Wat gaat door voor 'normaal'?⁸⁹ Waar besteden mensen hun aandacht aan?⁹⁰ Hun vrije tijd?⁹¹ Welke kunst dringt door tot het grote publiek?⁹² Hoe werken mensen? Wat zijn hun arbeidsomstandigheden?⁹³ Blijft er überhaupt werk voor mensen over? Wat zijn de kaders waarbinnen jongeren en andere mensen hun identiteit ontwikkelen?⁹⁴ Hoe functioneren organisaties als de overheid,⁹⁵ de zorg, het onderwijs⁹⁶ en de financiële sector?⁹⁷ Hoeveel belasting betaalt Big Tech aan de staat?⁹⁸ Hoeveel 'belasting' betalen anderen aan Big Tech? En wie heeft de beste verbindingen op het slagveld in Oekraïne? Dat zijn slechts enkele voorbeelden van belangrijke vragen die in toenemende mate niet alleen – of überhaupt niet – worden beantwoord in het 'publieke' 'Den Haag', 'Brussel', 'Washington' of direct door burgers zelf, maar binnen de *corporate board rooms* van enkele Big Tech-bedrijven uit Silicon Valley, Seattle of China.

Een pathologisch streven naar winst en macht

Ondertussen zijn binnen Big Tech-bedrijven zelf – *state-like* of niet – nauwelijks democratische en rechtsstatelijke structuren aanwezig. Sterker nog, de *checks & balances* die sommige ondernemingen kennen, zoals scheidingen tussen aandeelhouders en CEO's,

World, Oxford: Oxford University Press 2020.

- 83 J. Naughton, 'Platform Power and Responsibility in the Attention Economy', in: M. Moore & D. Tambini (red.), *Digital Dominance: The Power of Google, Amazon, Facebook, and Apple*, Oxford: Oxford University Press 2018. Williams 2018. Wu 2017.
- 84 M. Stikker & S. de Waal, 'Politiek moet eindelijk Big Tech mores leren', *NRC* 15 januari 2021.
- 85 B. Zarouali e.a., 'Using a Personality-Profiling Algorithm to Investigate Political Microtargeting: Assessing the Persuasion Effects of Personality-Tailored Ads on Social Media', *Communication Research* oktober 2020. M. Ali e.a., 'Ad Delivery Algorithms: The Hidden Arbiters of Political Messaging', *Computers and Society* 2019, <https://arxiv.org/abs/1912.04255>. R. Epstein, 'Manipulating Minds: The Power of Search Engines to Influence Votes and Opinions', in: Moore & Tambini (red.), *Digital Dominance: The Power of Google, Amazon, Facebook, and Apple*, Oxford: Oxford University Press 2018.
- 86 Ezrachi & Stucke 2022.
- 87 W. Hins & C. Kan, Private censuur door zeer grote platforms, *Mediaforum* 2023, afl. 6.
- 88 J. Bartlett, *The People Vs Tech: How the internet is killing democracy (and how we save it)*, Londen: Ebury Press 2018. Adviesrapport *Zoeken naar Waarheid*, Den Haag: Raad voor het Openbaar Bestuur 2019. K. Verhoeven, 'De democratie crasht: politieke onmacht in het digitale tijdperk', *Business Contact* 2023.
- 89 M. Februari, *Doe zelf normaal: Menselijk recht in tijden van datasturing en natuurgeweld*, Amsterdam: Prometheus 2023.
- 90 Naughton 2018. Williams 2018. Wu 2017.
- 91 K. Magendane, *Overvloed aan vrije tijd kan leiden tot een ontspoorde bevolking*, *NRC* 10 september 2021.
- 92 C. Blok, 'Van Instagram naar het museum: een nieuwe generatie kunstenaars heeft online succes', *NRC* 9 augustus 2023.
- 93 Crawford 2020.
- 94 M. Stikker, *Het internet is stuk: Maar we kunnen het repareren*, De Geus 2019.
- 95 Zo heeft bijvoorbeeld de werking van Outlook belangrijke (rampzalige) implicaties voor de informatiehuishouding van de overheid, aldus regeringscommissaris Arre Zuurmond. Zie K. Bessems & R. Fertinel, 'Weg met de eilandjes bij de overheid', *de Volkskrant* 13 januari 2024.
- 96 N. Kerssens & R. Pijpers, 'Terwijl AI oprukt in het onderwijs, moeten scholen het hoofd koel houden', *NRC* 7 maart 2024.
- 97 Van Djick, Poell & De Waal 2020.
- 98 Zie bijv. J.A. Ocampo, 'How big tech companies avoid taxes and what can be done about it', ICRICT 23 januari 2019.

zijn binnen een aantal Big Tech-bedrijven zelfs vrijwel volledig uitgeschakeld. Zo is Mark Zuckerberg zowel CEO als eigenaar van de meerderheid van de stemgerechtigde aandelen van Meta. Daarmee is hij in zekere zin de absolutistische koning⁹⁹ of zelfs totalitaire dictator¹⁰⁰ van de 'staat' Meta. Sluwe constructies met A- en B-aandelen binnen bijvoorbeeld Alphabet beschermen de machtspositie van enkele oprichters.¹⁰¹ *Civil society*-achtige tegenmachts binnen en buiten Big Tech-bedrijven, zoals vakbonden, organisaties van gebruikers en start-ups, worden door Big Tech-bedrijven en hun leiders meestal niet geduld of actief door hen tegengewerkt.¹⁰² Voor burgerschap onder 'gebruikers' of andere stakeholders is nauwelijks ruimte: gebruikers van de diensten en producten van Big Tech-bedrijven hebben zeer weinig mogelijkheden om voor hun rechten op te komen, te participeren in besluitvorming daarover of (mede-)eigenaar of aandeelhouder van Big Tech of zijn producten te worden.¹⁰³ Sterker nog, de werking en algemene voorwaarden van de producten van Big Tech-bedrijven zijn vaak een grote 'black box'.¹⁰⁴ Zelfs relatief grote klanten als staten hebben ten opzichte van Big Tech-bedrijven een relatief beperkte onderhandelingspositie. Van een sociale inbedding in een fysieke omgeving en de daarbij behorende sociale functie is bij Big Tech-bedrijven als Microsoft en Alphabet geen sprake. Sterker nog, de afstand tussen de elite die Big Tech-bedrijven aanstuurt en de wereld die onder die sturing leeft, is in belangrijke opzichten misschien wel groter dan enige afstand tussen heersers en onderdanen ooit is geweest.¹⁰⁵

De enorme maatschappelijke en persoonlijke schade die Big Tech-bedrijven veroorzaken is inmiddels uitgebreid gedocumenteerd. Denk aan de dramatische gevolgen van Big Tech-sociale media voor de privacy,¹⁰⁶ de geestelijke gezondheid¹⁰⁷ en het cognitieve vermogen¹⁰⁸ van burgers (inclusief kinderen),¹⁰⁹ het functioneren van parlementaire stelsels,¹¹⁰ de betrouwbaarheid van informatie¹¹¹ en de pluriformiteit van media.¹¹² Ook hebben de producten van Big Tech-bedrijven, mede vanwege hun stroom- en grondstoffenverbruik, een veel grotere impact op het klimaat dan veel mensen denken, zo wijst onderzoek na onderzoek uit.¹¹³ Voorts blijken de bekende Big Tech-bedrijven bij lange na niet hun *faire share* aan belasting te betalen.¹¹⁴ Ondertussen beheersen zij wel steeds

99 Zie bijv. H. Farrell, M. Levi & Tim O'Reilly, 'Mark Zuckerberg runs a nation-state, and he's the king', *Vox* 10 april 2018.

100 A. LaFrance, 'The Largest Autocracy on Earth', *The Atlantic* 2021.

101 Zie daarover Zuboff 2019.

102 Crawford 2020.

103 Zuboff 2019.

104 Zie daarover Zuboff 2019 en F. Pasquale, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge: Harvard University Press 2015.

105 Zie daarover in meer algemene zin: M. Mechanic, *Jackpot: How the Super-Rich Really Live—and How Their Wealth Harms Us All*, Simon & Schuster 2021.

106 Véliz 2020. S. Zuboff 2019.

107 Williams 2018.

108 G. Sartori, *Homo Videns: Een essay over de kijkende mens en de ondergang van het denken*, Groningen: De Blauwe Tijger 2020.

109 J. Haidt, *The Anxious Generation: How the Great Rewiring of Childhood is Causing an Epidemic of Mental Illness*, Allan Lane 2024.

110 K. Verhoeven, 'De democratie crasht: politieke onmacht in het digitale tijdperk', *Business Contact* 2023.

111 L. Verheij, *De zoektocht naar de feiten: over waarheden, onwaarheden en leugens in de democratische rechtsstaat*, Den Haag: Boom juridisch 2021. B. van der Sloot, *Regulating the Synthetic Society: Generative AI, Legal Questions, and Societal Challenges*, Hart Publishing 2024.

112 J. van Dijck, T. Poell & M. de Waal, *The Platform Society: Public Values in a Connective World*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 73.

113 K. Crawford, *Atlas of AI*, New Haven: Yale University Press 2021.

114 Zie bijv. The Fair Tax Mark, *The Silicon Six: and their \$100 billion global tax gap*, december 2019. R. Christie, 'Taxing Tech', IMF, voorjaar 2021.

grotere delen van de economie, maken zij volop gebruik van publieke infrastructuur en wentelen zij veel kosten van hun activiteiten af op de rest van de maatschappij en toekomstige generaties. Hierdoor moeten andere, kleinere bedrijven (met name het mkb) en burgers geleidelijk wellicht méér belasting betalen (onder andere om de schade die Big Tech veroorzaakt te compenseren), moeten overheden zich in de schulden steken en komt de financiering van publieke voorzieningen verder onder druk te staan. Ook is inmiddels duidelijk, om nog een voorbeeld te noemen, dat Big Tech-bedrijven steeds meer hechten aan de technologische *status quo* en hun omvangrijke financiële middelen aanwenden om voor hen bedreigende innovaties middels ‘killer acquisitions’¹¹⁵ of anderszins¹¹⁶ de kop in te drukken. Daarmee staan zij, in weerwil van hun zo gekoesterde innovatieve imago, mogelijk de innovatiekracht in de weg die nodig is om democratieën te onderhouden, vergrijzing het hoofd te bieden, demografische kwesties op te lossen en het welvaartsniveau van de wereldbevolking te verhogen.¹¹⁷

Interessant genoeg lijken oprichters, bestuurders en grootaandeelhouders van Big Tech-bedrijven zich grotendeels bewust van de schaduwkanten van Big Tech.¹¹⁸ Bekend zijn bijvoorbeeld de verhalen van Big Tech-leiders die hun eigen kinderen niet toestaan om de diensten van Meta, Amazon en andere grote techbedrijven te gebruiken.¹¹⁹ Bij internationale conferenties praten leiders als Elon Musk mee over de risico's van de AI die zij zelf met veel haast ontwikkelen.¹²⁰ Maar in weerwil van herhaalde beloftes om hun leven te beteren,¹²¹ *catchy* marketing, ronkende slogans¹²² en oproepen mede vanuit Big Tech-bedrijven zelf om de ontwikkeling van nieuwe technologie tijdelijk te staken,¹²³ gaan zij nog altijd tot het uiterste om hun eigen groei, macht en beurswaarde te maximaliseren. Inderdaad: misschien wel meer nog dan eerdere generaties private megaondernemingen vertonen Microsoft, Apple en andere Big Tech-bedrijven een welhaast ‘pathologisch streven naar winst en macht’.¹²⁴ Van *don't be evil*, lange tijd de slogan van Google, is in het geval van Big Tech geen sprake, zoals Rana Foroohar in haar *The Case Against Big Tech* overtuigend laat zien.¹²⁵ Zowel individuele techleiders als hun gigantische bedrijven vertonen nog altijd weinig serieuze neiging om rekenschap af te leggen voor de enorme morele en materiële schade die zij inmiddels op hun geweten hebben.¹²⁶ Ook binnen Big Tech krijgen de ronduit tirannieke neigingen van hun leiders opvallend vaak ruim baan.¹²⁷ Misschien past die hanige,

115 K. Stacey, J. Fontanella-Khan & S. Palma, ‘Big tech companies snap up smaller rivals at record pace’, *The Financial Times* 19 september 2021, <https://insights.com.yale.edu/insights/does-big-tech-gobble-up-competitors>.

116 Larson 2022.

117 Ezrachi & Stucke 2022.

118 Larson 2020.

119 Zie bijv. de Netflix-documentaires ‘The Social Dilemma’, *Netflix* 26 januari 2020 en ‘The Great Hack’, *Netflix* 2019.

120 Zie bijv. S. Bron, ‘Experts vrezen in potentie ernstige, zelfs catastrofale schade door kunstmatige intelligentie. Hoe houdt de mens controle?’, *NRC* 3 november 2023.

121 Zie bijv. ‘A Privacy-Focused Vision for Social Networking’, www.facebook.com/notes/mark-zuckerberg/a-privacy-focused-vision-for-social-networking/10156700570096634/.

122 Bijv. *Bring the world closer together* (Facebook), *Don't be evil* (van Google tot 2018), *Do the right thing* (van Google sinds 2018) en *We reimagine the way the world moves for the better* (van Uber).

123 J. Eijvoogel, ‘Volop ontwikkelen aan AI én ervoor waarschuwen. Hoe oprecht zijn de waarschuwingen van techbazen?’, *NRC* 1 juni 2023.

124 J. Bakan, *The Corporation: The Pathological Pursuit of Profit and Power*, Londen: Constable 2004. Foroohar 2019.

125 Foroohar 2019.

126 Zie bijv. R. McNamee, *Zucked: Waking Up to the Facebook Catastrophe*, HarperCollins Publishers 2019. S. Frenkel & C. Kang, *An Ugly Truth: Inside Facebook's Battle for Domination*, Harper 2021.

127 Larson 2020.

puberale en onverantwoordelijk *move-fast-and-break-things*-mentaliteit inderdaad ook wel heel goed bij de asociale 'psychologie van Silicon Valley'.¹²⁸ Dat veel van hun activiteiten ten koste gaan van democratie en rechtsstatelijkheid en immense maatschappelijke schade veroorzaken, lijkt de bekende Big Tech-bedrijven en hun leiders, als het puntje bij het paaltje komt, in elk geval niet echt uit te maken of tot ander gedrag te bewegen.¹²⁹ Daarmee lijkt inderdaad soms wel het hele idee van constitutionalisme, democratie en rechtsstaat op losse schroeven te staan, om oude woorden van Grant McConnel in een hedendaagse context te parafraseren.¹³⁰

3. Digitaal feodalisme

Naarmate de huidige digitalisering en daarmee verband houdende opkomst van Big Tech voortschrijden dreigen hedendaagse maatschappijordes zelfs, zo waarschuwen steeds meer auteurs, af te glijden in een 'nieuw', 'digitaal' of 'technologisch' feodalisme.¹³¹ Natuurlijk willen zij daarmee niet beweren dat *specifieke* praktijken uit het verleden precies zo terugkeren als zij ooit bestonden. De Kerk zal waarschijnlijk nooit meer de positie krijgen die zij ooit had (al zou je de 'Californische ideologie'¹³² misschien ook als een soort Kerk kunnen zien, met Elon Musk als verlosser en Steve Jobs als God). Riddertoernooien en duels horen bij heel specifieke historische omstandigheden (al heeft het voorgenomen kooigevecht tussen Musk en Zuckerberg misschien toch wel iets weg van een duel)¹³³ en ook kastelen zullen niet zo snel meer gebouwd worden (al lijken de enorme, afgezonderde 'campussen' van Big Tech-bedrijven en huizen van de hedendaagse tech-adel daar eigenlijk nog best wel aardig op en zou je ook een 'platform' misschien wel kunnen zien als een burcht in het relatief rechteloze internet).¹³⁴ In plaats daarvan betekent 'feodalisering' in deze context dat hedendaagse maatschappijordes, met de huidige digitalisering en de verdere opkomst van Big Tech, een aantal *wezenlijke* overeenkomsten gaan vertonen met de antidemocratische en in veel opzichten anti-rechtsstatelijke maatschappijordes van de Europese middeleeuwen en vroegmoderne tijd.¹³⁵

128 K. Cook, *The Psychology of Silicon Valley*, Centre for Technology Awareness 2020.

129 Crawford 2021. Larson 2020. F. Pasquale, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge: Harvard University Press 2015, p. 5. Zie ook T. Clairen, 'Halfslachtige pogingen techbedrijven om schadelijke berichtgeving te weren, overtuigen niet', *de Volkskrant* 13 oktober 2020.

130 Geciteerd in Miller 1976, p. 113.

131 Zie bijv. J.L. Jensen, *The Medieval Internet: Power, politics and participation in the digital age*, Emerald Publishing 2020. L. Kool, J. Timmer, L. Royakkers & R. van Est, *Opwaarderen – Borgen van publieke waarden in de digitale samenleving*, Den Haag: Rathenau Instituut 2017, p. 73. S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight For a Human Future at the New Frontier of Power*, Londen: Profile Books 2019, p. 44 en hfdst. 4. D. Helbing e.a., 'Will Democracy Survive Big Data and Artificial Intelligence?', *Scientific American* 25 februari 2017. Y. Varoufakis, *Techno-Feudalism: How Capitalism Ends*, Londen: The Bodley Head 2023.

132 Nemitz 2020.

133 P. Hoskins, 'Elon Musk and Mark Zuckerberg agree to hold cage fight', *BBC* 22 juni 2023.

134 Varoufakis 2023, p. 17.

135 Bij het overnemen van die conceptualisering voel ik mij gesteund door de grote historicus van het Europese feodalisme Marc Bloch, die schrijft dat: (1) patronen die tijdens de middeleeuwen zijn uitgesleten in veel opzichten nog steeds voortleven; (2) dat wij, voor zover wij die patronen hebben weten te vermijden, daar continu op allerlei manieren in terug dreigen te vallen; en (3) dat feodalisme sowieso in elke tijd en elke plaats kan voorkomen, zij het in verschillende verschijningsvormen en varianten. M. Bloch, *Feudal Society*, Londen & New York: Routledge 2014 [1940], p. 469-471. H. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge: Harvard University Press 1983, p. 37.

En inderdaad: voor die stelling valt veel te zeggen. Zo hadden de soevereine staat en zijn recht onder het oude feodalisme nog zogenoemde ‘concurrenten’,¹³⁶ waaronder de landadel, autonome steden en de Kerk die elk hun eigen jurisdictie claimden en aldus de soevereiniteit van de staat relativeren, tegenwerkten en doorkruisten.¹³⁷ Keren wij met *state-like* Big Tech-bedrijven in zekere zin niet terug naar die situatie?¹³⁸ De alternatieve rechtsaanspraken van Big Tech-bedrijven zijn (meestal) dan wel niet expliciet, maar *de facto* vormen Big Tech’s *rule of code*,¹³⁹ eenzijdige en commercieel gedreven investeringsbeslissingen, dwingende algemene voorwaarden, arbitragepraktijken alsmede andere manifestaties van Big Tech’s regelgevende macht in veel opzichten, zoals wij hebben gezien, een dwingende regelorde die inderdaad het recht van de staat doorkruist en zijn territoriale suprematie bedreigt. Dat heeft, net als vroeger, ingrijpende gevolgen voor het vermogen van de staat en andere instituties om specifieke democratische en rechtsstatelijke waarden en publieke belangen te borgen. Net als voor de Franse Revolutie (1789) heeft de staat niet langer het laatste woord met betrekking tot de dwingende regels die er op zijn territorium gelden en hoe de samenleving daarop is gestructureerd. Zijn stem is met Big Tech hooguit één stem in een ‘netwerk’ van verschillende ‘semisovereinen’.¹⁴⁰

Natuurlijk behouden de staat en de EU invloed. Ik verkondig niet het einde van de staat of de EU. Maar van het voor de democratische rechtsstaat zo belangrijke staats- of EU-monopolie op het maken van recht is met Big Tech *de facto* geen sprake meer.

Een ander belangrijk kenmerk van het oude feodalisme is verknoping van het publieke en private, statelijke en economische en soevereiniteit en eigendom.¹⁴¹ Na een lange geschiedenis zijn die ten slotte tijdens de Franse Revolutie met veel moeite van elkaar gescheiden, mede door het leenstelsel van grond af te schaffen en ambtenverkoop te verbieden.¹⁴² Daardoor kon de staat – als soevereine wetgever en publieke entiteit – uitgroeien tot hoeder van democratische en rechtsstatelijke waarden voor iedereen. Met de opkomst van Big Tech verschuift publieke macht en de controle over de allocatie daarvan echter opnieuw naar actoren die juridisch geprogrammeerd en ideologisch gelegitimeerd zijn om primair te handelen in hun eigen belang of dat van hun clan (aandeelhouders) en die nauwelijks verantwoording afleggen aan de rest van de maatschappij.¹⁴³ Bovendien zorgen de lobby’s en statelijke afhankelijkheid van Big Tech-bedrijven er inderdaad voor dat de publieke oriën-

136 H. Spruyt, *The Sovereign State and its Competitors: An Analysis of Systems Change*, Princeton: Princeton University Press 1994.

137 Berman 1983.

138 Zie ook E. Celeste, ‘Digital constitutionalism: a new systematic theorisation’, 33 *International Review of Law Computers and Technology* 1, 2019, p. 76-99. M. Klos, ‘Westphalian Sovereignty and the 4th Industrial Revolution: In Search of Legitimate Governmental Control Over Online Content’, *Democracy and Globalization* 22 april 2021.

139 Code heeft een andere vorm en status dan recht, maar in materieel opzicht zijn de verschillen tussen deze twee institutionele patronen verrassend gering. Zowel rechtsregels als code reguleren en controleren een deel van het maatschappelijke leven. Zowel rechtsregels als code doen dat door bewegingsruimte te scheppen en/of te limiteren; door opties te creëren en te elimineren. Rechtsregels brengen een gedragsverandering teweeg, onder andere door de kosten van gedrag dat van rechtsregels afwijkt te verhogen. Code doet dat in essentie ook. Verder worden rechtsregels doorgaans gemaakt met het oog op het bewerkstelligen van een bepaalde sociale verandering en het (bij) sturen van individueel en collectief gedrag. Voor code geldt doorgaans hetzelfde. L. Lessig, *Code: Version 2.0.*, New York: Basic Books 2006. Thompson 2019.

140 Zie daarover ook: A. Supiot, *Governance by Numbers: The Making of a Legal Model of Allegiance*, Hart Publishing 2017.

141 Rafe Blaufarb, *The Great Demarcation: The French Revolution and the Invention of Modern Property*, Oxford: Oxford University Press 2016.

142 Ibid.

143 Bakan 2004.

tatie van de staat – of wat daar nog van over is – nogal eens ondermijnd raakt of de staat zelfs een instrument wordt voor hun private agenda.

Het concept ‘feodalisering’ kan daarnaast ook dienen als metafoor voor het feit dat ‘gewone’ mensen, bedrijven en zelfs overheden hun productieve goederen en informatie (productiemiddelen of ‘kapitaal’) met Big Tech, net als onder het oude feodalisme, weer in voorwaardelijke ‘leen’ krijgen in plaats van in absolute ‘eigendom’. Want in hoeverre verkrijgt de koper van Microsoft Windows, een Tesla, een Apple smartphone of een gedigitaliseerde John Deere tractor nu écht de exclusieve en autonome beschikkingsmacht (het eigendomsrecht) over deze technologie? Dit keer betreffen die productieve activa niet zozeer grond, zoals onder het oude feodalisme, maar nog veel waardevollere, beter renderende en zich sneller ontwikkelende machines, algoritmes en gedigitaliseerde informatie. De sociotechnologische ‘bouwstenen van de 21ste eeuw’. Onder het nieuwe feodalisme worden gewone mensen, bedrijven en overheden, misschien zelfs nog meer dan in de middeleeuwen en vroegmoderne tijd, afhankelijk van enkele extreem rijke ‘aristocraten’. Daarmee verliezen zij opnieuw de economische autonomie – en private sfeer – die zij met zo veel moeite op het oude feodalisme bevochten hebben. Met vitale democratische en rechtsstatelijke constitutionele structuren zouden burgers de praktijken van Big Tech via hun statelijke of supranationale wetgevers desgewenst kunnen corrigeren. Maar met het verval van statelijke soevereiniteit, economische autonomie en andere fundamentele instituties die de verwezenlijking van specifieke democratische en rechtsstatelijke waarden mogelijk zouden moeten maken is ook dat in steeds mindere mate reëel.

Naarmate de groei van enkele Big Tech-bedrijven voortschrijdt, ontstaat voorts een juridische, politieke en sociaaleconomische ongelijkheid van middeleeuwse proporties. Formeel is iedereen nog altijd gelijk voor de wet. Maar voor wie werkt de wet ‘echt’ in een wereld waarin enkele private (rechts)personen net zo rijk zijn als middelgrote landen?¹⁴⁴ Mede door deze diep verankerde ongelijkheid zijn mensenrechten, individuele emancipatie, inclusief vrij ondernemerschap, in het defensief – ondanks én dankzij¹⁴⁵ pogingen van *regulatory states* om deze waarden tegen de heerszucht van de nieuwe ‘tech-adel’ te beschermen. Zelfs in landen met de mooiste grondwetten, rijke democratische tradities en ogenschijnlijk sterke middenklassen dreigen de kortetermijnwinst en beurswaarde van de allergrootste techbedrijven feitelijk meer en meer de leidende principes te worden die de gedrags- en denkpatronen van mensen en instituties bepalen.¹⁴⁶

Met een verdere groei van Big Tech zouden, net als in eerdere feodale tijden, zelfs de economische en technologische ontwikkeling die nodig is om de uitdagingen van onze tijd het hoofd te bieden tot stilstand kunnen komen (voor zover dat onder de oppervlakte van nieuwe AI-gadgets, tech-solutionisme en een hoop kabaal over AI-massaextinctie niet al is gebeurd).¹⁴⁷ Ook tijdens eerdere feodale tijdperken was de economische ontwikkeling van samenlevingen relatief beperkt en kwam die hooguit ten goede aan een klein aantal personen. Het eigenaarschap van – en dus de exclusieve beschikkingsmacht over – technologie

144 K. Pistor, *The Code of Capital: How Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton: Princeton University Press 2020.

145 Supiot 2017.

146 Inderdaad: in die context betekent ‘constitutionalisering’ niet de verdere verankering van democratische en rechtsstatelijke waarden, maar het ingraven van ongelijkheid en de belangen van de allerrijksten. J-P. Robé e.a., *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, Taylor & Francis 2018.

147 Foroohar 2019, p. 23.

kan, zo weten wij uit de geschiedenis van het feodalisme, immers zó ongelijk verdeeld raken dat de economie zijn dynamiek verliest. Want wat heb je aan de meest fantastische diensten en producten als niemand die kan betalen? Waar komt innovatie, creativiteit en economische dynamiek vandaan als bijna niemand vrij is om te ondernemen? Als enkelen de mogelijkheden en onmogelijkheden van de meesten bepalen? Als zogenoemde ‘markten’ niet toegankelijk zijn (of eigenlijk helemaal niet meer bestaan)?¹⁴⁸ Als de staat niet voldoende bij machte is om een *level playing field* te garanderen? Daarbij zullen ‘Big Tech-baronnen’, naarmate zij meer te verliezen hebben, net als de feodale baronnen van weleer hun omvangrijke financiële middelen aanwenden om voor hen bedreigende innovaties uit te schakelen, zoals twee prominente Amerikaanse hoogleraren mededingingsrecht waarschuwen.¹⁴⁹ Terecht zijn zij, althans vanuit hun eigen perspectief, doodsbang dat de technologische vooruitgang en ‘creatieve destructie’ waar zij zichzelf – overigens grotendeels onterecht¹⁵⁰ – zo uitgebreid mee feliciteren uiteindelijk juist hun ondergang zullen worden.¹⁵¹

4. De vloek van Big Tech

Onder de vrijwel rimpelloze oppervlakte van het constitutionele recht is de toekomst van de democratische rechtsstaat met Big Tech dus in groot gevaar! Natuurlijk fungeert ons constitutionele recht nog altijd als een belangrijk normatief democratisch-rechtsstatelijk kader. Bovendien geeft het constitutionele recht ons – om Ernst Hirsch Ballin te parafraseren¹⁵² – een taal waarmee wij, vanuit de democratische rechtsstaatgedachte, een kritisch debat over maatschappelijke ontwikkelingen als de opkomst van Big Tech kunnen voeren. Tegelijkertijd staat met Big Tech het vermogen van het constitutionele recht om de democratische rechtsstaat te beschermen onder extreme druk en dreigen moderne maatschappijordes de structurele verworvenheden van eeuwen die nodig zijn om concrete mensenrechten en publieke waarden te verwezenlijken weer te verliezen.

Begin 20ste eeuw waarschuwde de Amerikaanse rechter Louis Brandeis voor de enorme democratische en rechtsstatelijke risico’s die de opkomst van grote en machtige banken met zich meebracht.¹⁵³ ‘Far more serious even than the suppression of competition is the suppression of industrial liberty, indeed of manhood itself’, zo schreef Brandeis.¹⁵⁴ En: ‘We may have democracy, or we may have wealth concentrated in the hands of a few, but we can’t have both.’ Brandeis refereerde naar deze problematiek als ‘de vloek van gigantisme’ (the curse of bigness). Ruim een eeuw later hebben wij te maken met een type privaat gigantisme – ‘Modern Bigness’ in de woorden van de Utrechtse hoogleraar Anna Gerbrandy¹⁵⁵ – dat qua diepte en reikwijdte nóg weer veel verder gaat dan het private gigantisme van weleer en dat een nog weer een veel grotere bedreiging van de democratische rechtsstaat vormt. Vandaar dat ik, geïnspireerd door Brandeis, in deze oratie spreek van de ‘vloek van Big Tech’.

148 Zie par. 5.3.

149 Ezrachi & Stucke 2022.

150 Mazzucato 2013.

151 Ezrachi & Stucke 2022.

152 E. Hirsch Ballin, *De stille revolutie van 1917: dwarsverbindingen in democratisch burgerschap en onderwijs*, Querido Fosfor 2017.

153 L. Brandeis, *Other People’s Money and How the Bankers Use it*, New York: Stokes 2014.

154 *Ibid.*, p. 163.

155 Gerbrandy & Phoa 2022. Zie ook: <https://www.uu.nl/en/research/modern-bigness>.

5. Een onderzoeksagenda

Big Tech is, zo heb ik in deze oratie willen aantonen, inmiddels een fundamenteel probleem dat vraagt om een diepgravende analyse voordat adequate beleidsreacties kunnen worden geformuleerd. Hoe zijn wij in deze hachelijke situatie beland? Welke routes hebben daartoe geleid? Hoe hebben Big Tech-bedrijven kunnen ontstaan? Wat zijn Big Tech-bedrijven eigenlijk? Technologie en digitalisering beloofden ons meer vrijheid, vrije tijd, gelijkheid, welvaart, vooruitgang enzovoort. In het bijzonder met AI zou alles beter worden. Maar hoe dreigen wij in tijden waarin technologische ontwikkeling ogenschijnlijk hoogtij viert ten slotte toch te vervallen in niets minder dan nieuwe feodale patronen?

In toekomstig onderzoek zal ik die vragen met collega's en promovendi van antwoorden proberen te voorzien. Ik had sommigen van u al voor vandaag een boek met de eerste resultaten beloofd; helaas heb ik gemeend dat dat boek toch nog een likje verf nodig heeft voordat het gepubliceerd kan worden.¹⁵⁶ U houdt het van mij tegoe. Ik kan natuurlijk wel alvast mijn eerste ruwe ideeën over de oorsprong van Big Tech en de daarmee geassocieerde feodalisering met u delen.

Cruciaal is in elk geval dat wij, om de oorsprong van Big Tech en het daarmee geassocieerde feodalisme, te achterhalen, niet zozeer – of in elk geval niet allereerst – focussen op digitalisering, maar op de bredere technologische, sociale en juridische omstandigheden waaruit de huidige digitalisering voortkomt.¹⁵⁷ Voor zover auteurs dat doen (meestal staan toch al vrij snel de 'digitale' aspecten van Big Tech centraal)¹⁵⁸ wijzen zij op onder andere op 'neoliberal' economisch beleid sinds de late negentiende eeuw,¹⁵⁹ het 'kapitalisme' en andere sociale en politieke krachten¹⁶⁰ alsmede 'neofeodale' ideologie.¹⁶¹ Op zich is dat behulpzaam.

Tegelijkertijd vermoed ik dat de huidige literatuur over de oorsprong van Big Tech en digitaal feodalisme iets over het hoofd ziet, namelijk de rol die *recht, technologie en hun onderlinge interactie door de tijd heen* daarbij hebben gespeeld. In het debat over Big Tech wordt recht vaak – net als overigens in veel andere discussies – hoofdzakelijk gezien als wetgeving die macht kan 'reguleren',¹⁶² dat wil zeggen, beperkingen of verplichtingen kan opleggen of kan binden aan bepaalde voorwaarden. Recht vormt echter – zeker in het geval van Big Tech – ook heel vaak *de grondslag en structuur van macht en machtsverhoudingen*.¹⁶³ Sterker nog, zonder het moderne rechtsstelsel en zijn specifieke eigenschappen zou zoiets als Big Tech niet eens kunnen bestaan en al helemaal niet kunnen uitgroeien tot een nieuwe, *state-like* aristocratie.

Aldus heeft het recht de democratische rechtsstaat niet altijd gediend! En zeker in combinatie met krachtige technologie kan het recht het democratische rechtsstaatideaal enorme schade toebrengen. Vanaf de vroege 19^{de} eeuw hebben met name het moderne eigendomsrecht, het ondernemingsrecht en het internationale privaatrecht en publiekrecht

¹⁵⁶ Zie: https://www.boom.nl/juridisch/100-17242_De-vloek-van-Big-Tech.

¹⁵⁷ Zie R. Passchier, *Artificiële intelligentie en de rechtsstaat: Over verschuivende overheidsmacht, Big Tech en de noodzaak van constitutioneel onderhoud*, Den Haag: Boom juridisch 2021, hoofdstuk 2.

¹⁵⁸ Zie bijv. Zuboff 2019

¹⁵⁹ Varoufakis 2023. Zuboff 2019.

¹⁶⁰ Jensen 2020.

¹⁶¹ J. Kotkin, *The Coming of Neo-Feudalism: A Warning to the Global Middle Class*, Encounter Books 2020.

¹⁶² Zie bijv. M. Moore & D. Tambini (red.), *Regulating Big Tech: Policy Responses to Digital Dominance*, Oxford: Oxford University Press 2022.

¹⁶³ Zie daarover Berman 1983. Pistor 2020.

de omstandigheden gecreëerd waarin de beschikkingsmacht over belangrijke technologie zich ten slotte gemakkelijk kon concentreren in handen van enkele zeer grote, relatief moeilijk te reguleren multinationals.¹⁶⁴

Digitalisering blijkt vervolgens zowel een *reflectie* als een *katalysator* te zijn van een feodaliseringstrend die al veel langer door interactie tussen recht en technologie gedreven wordt. In theorie had digitalisering, zoals veel mensen ooit verwachtten,¹⁶⁵ inderdaad de trend naar steeds grotere en machtigere ondernemingen kunnen doorbreken. Maar in een context waarin de economie reeds gedomineerd werd door grote bedrijven waren die bij uitstek in de positie om hun voordeel met digitale technologie te doen. En voor zover digitale technologie nieuwe entiteiten met zich meebracht – zoals bijvoorbeeld de bekende garage-start-up Apple of het ‘studentenbedrijfje’ Facebook – zijn die al snel teruggevallen in de feodale patronen die eerdere technologische ontwikkelingen en rechtsonwikkelingen reeds uitgesleten hadden: óf deze entiteiten transformeerden zelf al vrij snel in een megamultinational; óf zij werden door een megamultinational opgeslokt. Recent kon de start-up OpenAI zijn Generative AI alleen doorontwikkelen en beschikbaar maken nádat Microsoft een aandelenbelang van 49% à 10 miljard dollar in OpenAI had genomen, zijn stempel op het beleid van OpenAI ging drukken en de technologie van OpenAI, als ‘autopilot’, ging integreren in zijn eigen producten.¹⁶⁶ Recent gebeurde iets vergelijkbaars met het Franse Mistral.¹⁶⁷ Alleen door zich deels door een bestaande gigant – Microsoft – te laten overnemen, kon dit bedrijf voldoende beschikking krijgen over kapitaal en infrastructuur om te overleven en verder te groeien.

Dat overigens tot grote ontsteltenis van het Europees Parlement!

Daarbij brengt digitalisering nog weer sterkere netwerkeffecten en schaalvoordelen met zich mee dan eerdere technologische ontwikkelingen, waardoor nog weer grotere bedrijven ontstaan of in sommige domeinen zelfs maar één of enkele dominante ondernemingen overblijven. Ook zijn digitale technologieën, in vergelijking met niet-digitale technologieën, nog weer sterker met de rest van de samenleving verweven dan eerdere soorten technologie, waardoor de beslissingen van hun eigenaren weer nóg meer impact hebben. Voorts zijn grote eigenaren van digitale technologie nóg mobieler dan grote eigenaren van fysieke technologie. Digitale technologie is immers gemakkelijk te verplaatsen en te vervangen. Daardoor kunnen eigenaren van digitale technologie staten en hun samenwerkingsverbanden nog effectiever tegen elkaar uitspelen dan eerdere generaties grote eigenaren. Dat verklaart mede waarom digitalisering de structurele borging van publieke waarden in verband met onder andere de arbeidsmarkt, innovatie, privacy, politiek en klimaat verder ondermijnt. Een aantal eigenaren in de techsector gaat nu zelfs de ruimte in (zoals bijvoorbeeld Elon Musk met Starlink, dat internet levert vanuit de ruimte), waardoor de aan territorium gebonden staat nog minder grip zal hebben op wat grote tech-eigenaren – Big Tech-bedrijven – doen en dus nog meer moeite zullen hebben om de democratische rechtsstaat te doen zegevieren.

¹⁶⁴ Pistor 2020. Robé 2020.

¹⁶⁵ Zie daarover: Stikker, M., Het internet is stuk: Maar we kunnen het repareren, De Geus 2019.

¹⁶⁶ Iets wat Microsoft zelf overigens niet onder stoelen of banken schuift. <https://blogs.microsoft.com/blog/2023/01/23/microsoftandopenaiextendpartnership/>.

¹⁶⁷ S. Bronzwaer, ‘Dat Microsoft investeert in “Europese AI-kampioen” Mistral valt slecht in Brussel: “Zo kunnen we nooit meedoen”’, NRC 29 februari 2024.

Beleidsmakers die die diepe juridische en technologische wortels van Big Tech bij pogingen tot het ‘temmen’ van Big Tech of zijn technologie negeren – en het recht nog altijd te veel als een instrument van de soevereine staat of soevereine EU inzetten om specifieke ‘digitale’ kwesties, specifieke technologieën, ‘markten’, of bepaalde actoren te reguleren – doen hooguit aan symptoombestrijding of, erger nog, lopen een reëel risico om Big Tech alleen maar nog verder in de kaart te spelen en de huidige situatie alleen maar hachelijker te maken.

De EU probeert Big Tech op dit moment vooral met speciale wetten aan banden te leggen. Daarbij hanteert zij ofwel een mensenrechtenbenadering, zoals met de AVG, of een mededingingsrechtelijk paradigma, zoals met de DMA. Op zich loopt de EU daarmee wereldwijd voorop.¹⁶⁸ Dat is prijzenswaardig. Maar als Europa en haar lidstaten Big Tech écht op zijn knieën willen krijgen en de democratische rechtsstaat een toekomst willen geven, dan zal Europa ook de meer algemene structuren in het eigendomsrecht, ondernemingsrecht en internationale recht moeten veranderen die de huidige digitalisering en Big Tech hebben voortgebracht. Concreet zou dat bijvoorbeeld kunnen betekenen: een eigendomsrecht dat onderscheid maakt tussen persoonlijke goederen en voor de maatschappij cruciale productiegoederen, waarbij die laatste categorie wordt onderworpen aan veel strengere zorgplichten en publieke verantwoordingsmechanismen.

Denk in het kader van remedies tegen Big Tech en digitaal feodalisme ook aan een ondernemingsrecht waarin veel meer democratische en rechtsstatelijke *checks & balances* zijn ingebouwd en een internationaal privaatrecht dat veel meer eisen stelt aan kapitaalmigratie om zo voor burgers te werken (en niet alleen voor consumenten en producenten).

Veel kiezers en politici maken zich, al dan niet terecht, zorgen om de democratische en rechtsstatelijke gevolgen van de migratie van mensen. Ik zou die politici en kiezers willen oproepen om zich eens te verdiepen in de democratische en rechtsstatelijke gevolgen van de migratie van kapitaal, met name binnen multinationals als Big Tech-bedrijven.¹⁶⁹ Ik zou benieuwd zijn of zij hun politieke energie na zo’n verdiepingsslag nog op dezelfde manier zouden inzetten.

Mocht Big Tech dan echt onvermijdelijk zijn dan zouden leidende maatschappelijke actoren toch op zijn minst moeten proberen toe te werken naar een betere verdeling van de aandelen van Big Tech-bedrijven. Zij zouden een beleid moeten voeren gericht op property-owning democracy, ofwel een ‘kapitalistische revolutie’.¹⁷⁰ Dan zou Big Tech nog steeds niet perfect zijn, maar tenminste wel winst maken voor iedereen!

6. Dankwoord

Sta mij tot slot toe om nog enkele mensen te bedanken. Allereerst leden van het college van het bestuur en het faculteitsbestuur voor het in mij gestelde vertrouwen. Dank Theo Bastiaens voor alle mogelijkheden die jij biedt en je altijd stimulerende woorden. Zonder de niet aflatende steun van Ronald Janse en Carla Zoethout had ik hier nooit gestaan. De academici in de zaal die nog niet voor Ronald werken kan ik aanraden om dat wel zo

¹⁶⁸ A. Bradford, *Digital Empires: The Global Battle to Regulate Technology*, Oxford: Oxford University Press 2023.

¹⁶⁹ Zie daarover M. Stoller, *Goliath: The 100-year War Between Monopoly Power and Democracy*, New York: Simon & Schuster 2019.

¹⁷⁰ L.O. Kelso & M.J. Adler, *The Capitalist Manifesto*, New York: Random House 1958.

snel mogelijk te gaan doen. Volgens mij is Ronald de beste decaan ooit – en ik weet dat ik niet alleen sta in die opvatting. Veel dank ben ik ook verschuldigd aan de sectie Staatsrecht en Encyclopedie van de OU, de collega's bij de faculteit RW, het businesssteam en de partners bij de opleiding Wetsanalyse en wendbare wetsuitvoering in de democratische rechtsstaat. Ik werk met ongelofelijk veel plezier met jullie samen! Verder wil ik graag mijn collega's bij de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden bedanken, in het bijzonder Wim Voermans, Anne Meuwese en Ymre Schuurmans. Het is een groot genoegen om nog altijd één dag per week bij jullie door te brengen en politiek staatsrecht te doceren. Bij Wim ben ik inmiddels al weer zeven jaar geleden gepromoveerd en eigenlijk vind ik het nog steeds jammer dat aan die periode per se een einde moest komen. Wim, eigenlijk zou ik gewoon weer elke maand een begeleidingsgesprek met je willen hebben. Maarten Stremmer, wat fijn dat je hier bent! Vanaf onze studie ben jij mijn belangrijkste academische maatje. Ik hoop dat we nog veel onderzoeken en projecten samen kunnen doen. Hier aanwezig zijn ook mijn vrienden van de Helmboswuiwers, de Rabbit Hill Hustlers en Racing Team Merenwijk. Dankjulliewel voor jullie fantastische vriendschap! (En sorry als ik jullie op avonden of tijdens fietstochten te veel heb lastiggevallen met mijn onderwerpen.) Dan mijn ouders Willem en Alies. Wat geweldig om jullie hierbij te hebben. Dankjulliewel dat jullie mij altijd gestimuleerd hebben om mijn niet altijd even orthodoxe ambities na te jagen en ons omringen met zoveel onvoorwaardelijke liefde. To my parents in law Ola and Edgar: thank you for everything. Edgar it is so nice to have you here! En *last but not least*: mijn gezin. Karolina, Alex en Mila. Jullie zijn zo'n ongelofelijke bron van vreugde en ik ben zo ontzettend blij met jullie. Karolina, jou doe ik per definitie met woorden tekort. Je bent mijn belangrijkste sparringpartner, sportmaatje, grote liefde en nog zoveel meer. Het is nog altijd onwettelijk om samen met jou te leven.

