

Vergaderjaar 2018–2019

34 978

EU-voorstel: verordening van het Europees parlement en de Raad ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van online tussenhandelsdiensten COM(2018)238¹

D

VERSLAG VAN EEN SCHRIFTELIJK OVERLEG

Vastgesteld 25 juni 2019

De leden van de toenmalige vaste commissies voor Justitie en Veiligheid en Economische Zaken en Klimaat / Landbouw, Natuur en Voedselveiligheid hebben kennisgenomen van de brief² van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 11 juli 2018, waarin zij een reactie geeft op vragen over het verordeningvoorstel van de Europese Commissie ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlineplatforms.³

Naar aanleiding hiervan is op 10 oktober 2018 een brief gestuurd aan de Staatssecretaris.

De Staatssecretaris heeft op 17 juni 2019 gereageerd.

De commissies voor Justitie en Veiligheid⁴ en voor Economische Zaken en Klimaat / Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit⁵ brengen bijgaand verslag uit van het gevoerde schriftelijk overleg.

De griffier voor dit verslag,
Van Dooren

¹ Zie dossier E180015 op www.europapoort.nl

² Kamerstukken I 2017/18, 34 978, B.

³ COM(2018)238; zie voor de behandeling in de Eerste Kamer dossier E180015 op www.europapoort.nl.

⁴ Samenstelling **Justitie en Veiligheid**:

Backer (D66), De Boer (GL) (*voorzitter*), Van Dijk (SGP), Van Hattem (PVV), Nooren (PvdA), Rombouts (CDA), Bikker (CU), Baay-Timmerman (50PLUS), Adriaansens (VVD), Arbouw (VVD), Bezaan (PVV), De Blécourt-Wouterse (VVD), Cliteur (FVD), Dittrich (D66), Doornhof (D66), Frentrop (FVD), Gerbrandy (OSF), Janssen (SP), Karimi (GL), Meijer (VVD), Nicolai (PvdD), Van Pareren (FVD), Recourt (PvdA), Rietkerk (CDA), Veldhoen (GL), Van Wely (FVD) (*vicevoorzitter*)

⁵ Samenstelling **Economische Zaken en Klimaat**: Koffeman (PvdD), Faber-van de Klashorst (PVV), Van Strien (PVV), Bruijn (VVD), Gerkens (SP), Atsma (CDA), N.J.J. van Kesteren (CDA) (*voorzitter*), Pijlman (D66), Schalk (SGP), Klip-Martin (VVD), Van Rooijen (50PLUS), De Blécourt-Wouterse (VVD), Crone (PvdA), Gerbrandy (OSF), Van Gorp (GL), Van Huffelen (D66), Huizinga-Heringa (CU), Kluit (GL), van der Linden (FVD) (*vicevoorzitter*), Meijer (VVD), Otten (FVD), Van Pareren (FVD), Prins (CDA), Recourt (PvdA), Rookmaker (FVD), Vendrik (GL)

BRIEF VAN DE VOorzITTERS VAN DE VASTE COMMISSIES VOOR JUSTITIE EN VEILIGHEID EN VOOR ECONOMISCHE ZAKEN EN KLIMAAT/LANDBOUW, NATUUR EN VOEDSELKWALITEIT

Aan de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat

Den Haag, 10 oktober 2018

De leden van de vaste commissies voor Justitie en Veiligheid, en Economische Zaken en Klimaat / Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, hebben met belangstelling kennisgenomen van uw brief⁶ van 11 juli 2018, waarin u een reactie geeft op vragen over het verordeningvoorstel van de Europese Commissie ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlineplatforms.⁷ Zij danken u hartelijk voor de beantwoording en zien uit naar de door u aangekondigde toezending van de analyse naar de wenselijkheid van verschillende (mededingings)instrumenten om onlineplatformmarkten competitief te houden.

Voorzitter van de vaste commissie Justitie en Veiligheid
A.W. Duthler

Voorzitter van de vaste commissie voor Economische Zaken en Klimaat / Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit
A.M.V. Gerkens

⁶ Kamerstukken I 2017/18, 34 978, B.

⁷ COM(2018)238; zie voor de behandeling in de Eerste Kamer dossier E180015 op www.europa-poort.nl.

BRIEF VAN DE STAATSSECRETARIS VAN ECONOMISCHE ZAKEN EN KLIMAAT

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 17 juni 2019

In mijn beantwoording van uw *Vragen over billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van online platforms* heb ik uw Kamer toegezegd u op de hoogte te houden van mijn analyse naar de toekomstbestendigheid van het mededingingsbeleid met het oog op de rol van online platforms.⁸ Met deze brief informeer ik uw Kamer over mijn beleidsvoornemens op dat gebied, die ik op 17 mei jl. naar de Tweede Kamer heb gezonden. Met die brief heb ik tevens uitvoering gegeven aan de toezegging die ik de Tweede Kamer heb gedaan in mijn reactie op het ACM Jaarverslag en Signaal 2018 en in de Nederlandse Digitaliseringsstrategie.^{9, 10} Daarnaast heeft het lid Verhoeven (D66) op 5 februari jl. een initiatiefnota ingediend op het gebied van mededinging in de digitale economie.¹¹ Ik heb met interesse kennis genomen van deze initiatiefnota. De kabinetsreactie hierop is te lezen een aparte brief, die gelijktijdig met deze brief naar de Tweede Kamer is verzonden.

Het kabinet wil dat ondernemingen en consumenten optimaal kunnen profiteren van de kansen die de digitale economie biedt. Daarvoor is het van belang dat markten competitief zijn. Dat betekent dat consumenten kunnen kiezen bij wie ze een product of dienst afnemen en dat ondernemingen worden uitgedaagd om te concurreren en innoveren, kansen hebben om toe te treden tot markten en niet te afhankelijk zijn van een beperkt aantal grote bedrijven.

Om markten competitief te houden, zijn adequate mededingingsregels en effectief toezicht nodig. Om te onderzoeken of het bestaande mededingingsinstrumentarium toereikend is of dat er aanvullende acties gewenst zijn, heb ik eind vorig jaar een analyse verricht en gesprekken met de ACM en Europese Commissie gevoerd. Daarnaast heb ik van 19 december 2018 tot 3 februari 2019 een discussienotitie in consultatie gebracht, waar bovengenoemde analyse onderdeel van was. Ten slotte heb ik gesprekken gevoerd met wetenschappers, mededingingsjuristen, platforms en vertegenwoordigers van ondernemers die gebruikmaken van platforms.

Uit de consultatie van de discussienota en de gesprekken die zijn gevoerd is gebleken dat het mededingingsinstrumentarium op een aantal punten verder kan worden aangescherpt. Daarom is mijn beleidsinzet als volgt. Allereerst vind ik dat in specifieke situaties, in ieder geval op Europees niveau, ook vooraf (ex ante) maatregelen moeten kunnen worden gesteld om de concurrentiemogelijkheden te versterken en bewaken. In de digitale economie bestaat een risico dat bepaalde grote platforms een dusdanig belangrijke marktpositie hebben dat consumenten en ondernemers hier niet of nauwelijks meer omheen kunnen (en dus een poortwachtersfunctie hebben) en toetreding door nieuwe ondernemingen nagenoeg onmogelijk wordt. In die situatie is alleen achteraf toezicht (ex post) zoals in het mededingingsrecht onvoldoende.¹² Ten tweede is

⁸ Kamerstuk 34 978, nr. B

⁹ Kamerstuk 27 879, nr. 63.

¹⁰ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2018/06/01/nederlandse-digitaliseringsstrategie>

¹¹ Kamerstuk 35 134, nr. 2.

¹² Afgezien van het concentratietoezicht wordt op basis van het mededingingsrecht alleen achteraf bij specifieke gedragingen ingegrepen.

aanpassing nodig van de Europese richtsnoeren die invulling geven aan het mededingingsrecht, zodat de toepassing van de huidige mededingingsregels goed mogelijk blijft in de digitale economie. Zo kan bijvoorbeeld worden verduidelijkt hoe de rol van data kan worden meegenomen in de mededingingsanalyse. Ten derde stel ik voor de Europese fusiedrempels aan te passen zodat concentraties binnen het digitale domein vaker binnen het concentratietoezicht vallen. In deze brief ga ik nader op deze inzet in.¹³

Ik ga hieronder eerst in op de ontwikkelingen in de digitale economie en de vraagstukken die daaruit ontstaan. Vervolgens focus ik op het mededingingsbeleid en bespreek ik het risico dat op sommige platformmarkten blijvende machtsposities ontstaan. Dat vraagt om aanvullend instrumentarium in het mededingingsbeleid. Tot slot ga ik in op wat er nodig is om de huidige mededingingsregels te handhaven in de digitale economie.

Ontwikkelingen in de digitale economie

In de digitale economie zijn in korte tijd diverse online platforms en diensten ontstaan. Platforms zijn er in alle soorten en maten. We gebruiken ze bijvoorbeeld om eten te bestellen, een hotel te boeken, een afspraak bij de kapper te maken, boeken te kopen, een oppas voor onze kinderen te regelen, te communiceren met vrienden en onze vakantiefoto's te delen. De veelheid aan verschillende toepassingen waarvoor platforms worden gebruikt, illustreert hoe sterk zij onderling verschillen. De overeenkomst is dat platforms verschillende partijen, zoals consumenten en ondernemers, samenbrengen met behulp van (nieuwe) technologieën.

Platforms bieden de economie en maatschappij veel kansen. Ze maken markten transparanter, waardoor consumenten makkelijk diensten of producten kunnen vergelijken en keuzes kunnen maken, wat kan resulteren in een betere prijs-kwaliteitverhouding en nieuwe diensten. Voor ondernemers wordt meedoen op de markt laagdrempeliger doordat platforms hen een groter en gericht bereik kunnen bieden. Door de opkomst van platforms en hun gebruik van slimme technieken, data en nieuwe verdienmodellen worden bestaande markten opgeschud en ontstaan nieuwe markten, zodat de innovatie en productiviteit worden gestimuleerd.

Tegelijkertijd brengen platforms diverse uitdagingen met zich mee. In deze brief ga ik in op de mededingingsvraagstukken als gevolg van de opkomst van grote platforms. Het draait er daarbij om of het mededingingsbeleid nog toereikend is voor de concurrentievraagstukken in een digitale economie. Daarnaast zijn er nog andere uitdagingen. Zo kan bijvoorbeeld het toespitsen van diensten op de persoonlijke voorkeuren van gebruikers er ertoe leiden dat desinformatie een groter bereik krijgt, waardoor zorgen over (on)democratische beïnvloeding ontstaan.¹⁴ De manier waarop data wordt verzameld, gebruikt en gecombineerd leidt bovendien steeds vaker tot zorgen over privacy en veiligheid, rechtvaardigheid, gelijke behandeling, autonomie en menselijke waardigheid. Ook is bij wetgeving die gebaseerd is op de traditionele economie niet altijd duidelijk in hoeverre deze toepasbaar is op online platforms, waardoor zorgen over een gelijk speelveld ontstaan. Daarnaast kunnen de activiteiten op platforms tot onvoorziene effecten voor derden leiden, bijvoorbeeld bij de invloed van

¹³ Deze inzet sluit ook aan bij de conclusies van de Europese Raad op 22 maart 2019: https://www.europa-nu.nl/id/vkx0lviltqo7/nieuws/conclusies_van_de_europese_raad_22_maart?ctx=vkwjefr0fhi&tab=0

¹⁴ Kamerstuk 30 821, nr. 51

toerisme op de leefomgeving, aansprakelijkheid als gevolg van inbreuken op intellectuele eigendomsrechten of het tegengaan van de verspreiding van illegale content.

Veel van deze vraagstukken kennen hun eigen beleid. Zo regelt de New Deal voor consumenten transparantie over hoe rangordes die door algoritmes worden bepaald tot stand komen en met wie zij zaken doen als zij aankopen via platforms doen en wordt privacy geborgd via de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG). Vanwege de belangrijke rol van een aantal platforms wordt bij bovenstaande uitdagingen in het maatschappelijk debat soms ook naar het mededingingsbeleid gekeken voor een oplossing. Het mededingingsrecht zal doorgaans echter geen effectief instrument zijn bij deze uitdagingen. Het mededingingsrecht is gericht op bescherming van het concurrentieproces door op te treden tegen specifieke concurrentiebeperkende gedragingen.¹⁵ Deze vraagstukken vallen dan ook grotendeels buiten het bereik van deze brief. In die gevallen ligt het eerder voor de hand om instrumenten te gebruiken die direct op de problematiek ingrijpen. Sommige publieke belangen kunnen beter generiek worden geborgd. Dat geldt bijvoorbeeld voor privacy, waarbij alle bedrijven zich aan de AVG moeten houden, en niet alleen grote of machtige bedrijven.

In het vervolg van deze brief ga ik alleen in op de mededingingsvraagstukken als gevolg van de opkomst van grote platforms.

Aanvullende regulering voor open markten

Het risico op blijvende machtsposities

De marktdynamiek op internetmarkten waar platforms actief zijn kan leiden tot een situatie die wordt omschreven als een *winner-takes-all* of *winner-takes-most* uitkomst. In die situatie bedienen één of enkele platforms alle gebruikers.

Dat deze situatie zich vooral voordoet op online platformmarkten, komt door factoren die kenmerkend zijn voor platforms, zoals netwerkeffecten en het slim combineren van verzamelde data. Netwerkeffecten doen zich voor wanneer een product of dienst aantrekkelijker wordt als meer anderen er ook gebruik van maken. Dat kunnen dezelfde soort gebruikers zijn, zoals bij sociale mediaplatforms, waarvan het gebruik aantrekkelijker wordt naarmate meer bekenden zich bij het platform aansluiten. Het kan ook een andere groep platformgebruikers zijn die een platform aantrekkelijker maakt. Consumenten zullen bijvoorbeeld eerder voor een online-marktplaats met meer verkopers kiezen. Andersom zullen verkopers zich ook liever bij een onlinemarktplaats aansluiten die door meer kopers bezocht wordt. In beide gevallen is een platform dat al veel bestaande gebruikers heeft, door deze netwerkeffecten aantrekkelijker voor nieuwe gebruikers.

Dataverzameling kan dit zelfversterkende proces kracht bijzetten. Een platform met meer gebruikers kan namelijk ook meer data over hen verzamelen. Met behulp van die data kan de kwaliteit van een platform verder verbeterd worden, zodat het meer gebruikers kan aantrekken en nog meer data kan verzamelen. Daar komt bij dat de waarde van data kan toenemen als die gecombineerd wordt met andere data, omdat er nieuwe inzichten uit kunnen worden gehaald. Samen genomen kunnen deze

¹⁵ In sommige gevallen kunnen de regels wel toegepast worden in interactie met andere wetgeving, zoals in de zaak die de Duitse mededingingstoezichthouder (het Bundeskartellamt) tegen Facebook begon, waarbij de theorie waarom er sprake was van misbruik was gebaseerd op de AVG en waarbij het Bundeskartellamt samenwerkte met de privacytoezichthouder.

effecten ertoe leiden dat in korte tijd relatief stevige marktposities ontstaan bij bepaalde platforms.

Het risico is dat zulke posities zo stevig zijn dat ze niet of nauwelijks meer kunnen worden uitgedaagd. Als het proces van concurrentie normaal functioneert, is de verwachting dat er op een gegeven moment toetreding plaatsvindt door een partij die wordt aangetrokken door de hoge winsten die de partij met de machtspositie maakt. Door deze toetreding verdwijnt de machtspositie na verloop van tijd weer. Dat is bij de grootste platforms misschien ook mogelijk en tot op zekere hoogte concurreren de grootste platforms ook met elkaar. Tegelijkertijd blijkt ook uit de reacties op de consultatie en uit de gesprekken dat niet duidelijk is in hoeverre een nieuwkomer met een innovatieve dienst in staat zou zijn om een markt die beheerd wordt door een groot platform te betreden, ondanks de hierboven beschreven factoren. In de tussentijd zou het uitblijven van toetreding kunnen leiden tot beperkte concurrentiedruk en daarmee uiteindelijk tot minder innovatie en een minder goed aanbod voor consumenten. Dat is onwenselijk.

Hierbij is het, zoals ik eerder al aangaf, van belang op te merken dat platforms onderling bijzonder sterk van elkaar verschillen, waardoor het per markt verschilt in hoeverre het risico op blijvende marktmacht relevant is. Het is dan ook zeker niet zo dat alle online markten bediend worden door één of weinig platforms. Als gebruikers bijvoorbeeld verschillende platforms naast elkaar gebruiken voor dezelfde dienst (*multi-homen*) of sterk van elkaar afwijkende voorkeuren hebben, kunnen verschillende platforms tegelijkertijd actief zijn op een markt. Ook als maar één of weinig platforms de hele markt bedienen, hoeft er geen sprake te zijn van blijvende machtsposities, zolang er een echte dreiging is om die positie te verliezen aan een potentiële onderneming die nog niet actief is op de markt. Daarnaast zijn er markten waar consumenten en ondernemers een groot deel van hun zaken buiten platforms om doen. Zo zullen veel mensen wanneer ze naar de kapper willen, hun kapper bellen in plaats van via een platform een afspraak maken.

Ondanks de onzekerheid over de vraag of machtsposities tijdelijk of blijvend zijn, is wel duidelijk dat sommige platforms een poortwachtersfunctie bekleden. Met een poortwachtersfunctie wordt een situatie bedoeld waarin het gebruik maken van een bepaald platform noodzakelijk is voor andere bedrijven om hun klanten te bereiken, of voor consumenten om producten en diensten te vinden. Een voorbeeld is een situatie waarin een platform de toegang beheert tot bepaalde data of voorzieningen die nodig zijn om te concurreren. Denk aan een situatie waarbij een onderneming die een product ontwikkelt een platform nodig heeft om het product bij een consument aan te bieden. Wanneer dit platform vervolgens «de poort dicht houdt» door bijvoorbeeld onredelijke voorwaarden te stellen omtrent het aanbieden van het product, zal het voor de onderneming lastig of zelfs onmogelijk worden om het product bij de consument te krijgen. Als een platform met een poortwachtersfunctie onvoldoende toegang voor andere bedrijven tegen redelijke voorwaarden biedt, is het waarschijnlijker dat het proces van concurrentie hiermee wordt verstoord. Dat is bijvoorbeeld zo als een platform overstappen zeer onaantrekkelijk maakt, zodat er afhankelijkheid van het platform ontstaat bij consumenten en ondernemers.

Aanvullend instrumentarium

Ik ga in Europa pleiten voor een nieuwe bevoegdheid in het Europese mededingingstoezicht om digitale markten toegankelijk te houden. Met een dergelijke bevoegdheid zouden vooraf maatregelen kunnen worden

opgelegd om de concurrentiemogelijkheden te bewaken en te versterken in gevallen waarin sprake is van een machtig platform dat een poortwachtersfunctie bekleedt.

Dit vraagt om een afweging per geval. Generieke regels kunnen de markt ingrijpend verstoren en innovatie in de kiem smoren. Bovendien mogen kleine platforms niet de dupe worden van de positie van enkele grote platforms en door te vergaande regulering worden ontmoedigd om te innoveren en investeren. Regulering moet er dan ook niet toe leiden dat de vele voordelen van de platformeconomie voor consumenten en ondernemers teniet worden gedaan.

Een Europese toezichthouder, bijvoorbeeld de Europese Commissie die al toezicht houdt op de mededingingsregels, zou de aangewezen partij zijn om per geval te bepalen of er sprake is van een poortwachterspositie en of met proportioneel ingrijpen de concurrentiemogelijkheden kunnen worden versterkt. De toezichthouder zou daarbij de volgende stappen moeten doorlopen. Eerst moet worden aangetoond dat een platform een poortwachtersfunctie heeft. Vervolgens kijkt de toezichthouder of dit platform concurrentiemogelijkheden in de weg staat, bijvoorbeeld door niet voldoende toegang te bieden – tegen redelijke voorwaarden – tot essentiële data of diensten die nodig zijn om te kunnen concurreren. Als er inderdaad sprake van een dergelijk knelpunt is, kan het platform maatregelen opgelegd krijgen zoals het delen van bepaalde data of het verplichten van non-discriminatie in de volgorde waarin consumenten producten of diensten te zien krijgen om het knelpunt weg te nemen. Hierbij is het van belang dat de toepassing van deze bevoegdheid voldoende duidelijk is voor de rechtszekerheid van ondernemingen.

Het verschilt per markt en platform hoe en onder welke voorwaarden de toezichthouder de concurrentiemogelijkheden kan bevorderen met deze bevoegdheid. Dit hangt met name af van het knelpunt dat de concurrentiemogelijkheden in de weg staat. Een poortwachtersplatform kan bijvoorbeeld beschikken over specifieke data die voor andere ondernemingen noodzakelijk is om mee te kunnen concurreren. Daardoor kunnen zij niet om het platform heen. Het kan bijvoorbeeld om data gaan over specifieke consumentenvoorkeuren. In dat geval kan de toezichthouder afdwingen dat het platform die specifieke data tegen redelijke voorwaarden met de ondernemingen voor wie deze noodzakelijk is deelt. Een poortwachtersplatform kan ook de concurrentiemogelijkheden in de weg staan doordat het verschillende eigen diensten in veel verdere mate aan elkaar koppelt dan diensten van derden. Het poortwachtersplatform kan zo diens marktmacht overhevelen en op die manier de concurrentiemogelijkheden voor een andere dienst beperken. In dat geval heeft data delen niet veel zin. De toezichthouder zou in plaats daarvan in deze situatie, kunnen eisen dat het platform actief een keuzemogelijkheid geeft tussen haar eigen diensten en die van derden. Dit is vergelijkbaar met de mogelijkheid die Google gaat geven om gebruikers van Android te vragen of ze andere browsers of zoekmachines dan die van Google willen installeren.

Het is verder van belang dat de toepassing van een dergelijke nieuwe bevoegdheid in ieder geval op Europees niveau plaatsvindt vanwege het grensoverschrijdende karakter van het internet en de dienstverlening van de platforms met een poortwachtersfunctie. Aan het einde van deze brief ga ik verder in op hoe ik dit in de toekomst wil realiseren. Als deze bevoegdheid uitsluitend nationaal zou worden toegepast, zou dit de voordelen van de (digitale) eengemaakte markt in de weg kunnen staan en zou mogelijk niet effectief kunnen worden opgetreden tegen de machtigste platforms met een poortwachtersfunctie. Aanvullend op een

Europese bevoegdheid, zou nationale toepassing toegevoegde waarde kunnen hebben voor platforms die mogelijk vooraf of alleen in Nederland een dergelijke poortwachtersfunctie bekleden.

Met deze nieuwe bevoegdheid kunnen toezichthouders machtige platforms (ex ante) reguleren. Dit is aanvullend op bestaande mededingingsregelgeving. Het mededingingstoezicht achteraf is namelijk bedoeld om op te treden tegen een specifieke gedraging van een onderneming die misbruik van een machtspositie maakt of bij een kartel betrokken is. Het mededingingstoezicht is niet bedoeld om «eerlijk verkregen» marktmacht tegen te gaan. Vanwege de hierboven geschetste situatie waarin het onduidelijk is in hoeverre machtsposities tijdelijk of duurzaam zijn, vind ik het echter noodzakelijk om ook aan de voorkant maatregelen te kunnen treffen. De door mij voorgestelde regulering voor platforms met een poortwachtersfunctie zorgt ervoor dat bij specifieke platforms ook kan worden ingegrepen zonder dat een bepaalde gedraging misbruik in de mededingingsrechtelijke zin vormt. Want ook zonder misbruik kan er een situatie ontstaan waarbij consumenten en bedrijven niet meer om bepaalde platforms heen kunnen en de concurrentiemogelijkheden beperkt zijn. In die situaties kan vooraf ingrijpen de concurrentiemogelijkheden versterken.

Toekomstbestendigheid van het mededingingstoezicht

Ook met specifieke regulering voor platforms met een poortwachtersfunctie blijft er een belangrijke rol weggelegd voor het mededingingstoezicht. Het is daarom belangrijk dat het mededingingstoezicht goed toepasbaar is in de digitale economie. Om voor een goede en consistente toepassing van het mededingingsrecht te zorgen, ga ik in Europa pleiten voor aanpassing van de richtsnoeren die zien op de toepassing van het mededingingsrecht. Daarnaast ga ik me sterk maken voor aanpassingen van de Europese drempels voor het melden van concentraties.

Kartelverbod en misbruik machtspositie

De Verdragsartikelen en artikelen in de Mededingingswet over het kartelverbod en het verbod op misbruik van een economische machtspositie zijn voldoende flexibel om toegepast te worden op de realiteit van digitale markten en de technologieën daarin. Het is wel zo dat de toepassing van het bestaande kader en de instrumenten verder moet worden toegespitst op digitale markten. Bijvoorbeeld, de methodes die toezichthouders traditioneel gebruiken om markten af te bakenen of misbruik aan te tonen zijn veelal gebaseerd op de prijs die consumenten betalen. Maar bij platforms geldt juist vaak dat consumenten geen monetaire prijs betalen, maar bijvoorbeeld «betalen» met hun persoonsgegevens of aandacht. Ook data- en netwerkeffecten spelen een belangrijke rol op platformmarkten, maar worden nog niet in de gebruikelijke methodes van de mededingingsanalyse meegenomen. Daar komt bij dat zich in het digitale domein vaker zaken voordoen die nog geen precedent kennen, zodat mededingingszaken langer kunnen duren.¹⁶ Tegelijkertijd kunnen doordat de grootste platforms op veel markten actief zijn, de eerder besproken netwerkeffecten en het gegeven dat digitale markten zeer dynamisch zijn, mededingingsbeperkingen grote en blijvende effecten hebben. Daarom is snelle en effectieve handhaving juist belangrijk. Om deze redenen is aanpassing nodig in de wijze waarop het mededingingsrecht wordt toegepast.

¹⁶ Doordat de analyse meer tijd kost, maar ook omdat partijen vaker in hoger beroep gaan wanneer het niet mogelijk is dat men zich bij een besluit op precedentwerking beroept.

Het mededingingsrecht achteraf bestaat uit het kartelverbod en het verbod op misbruik van een economische machtspositie. Het kartelverbod (art. 6 Mededingingswet) verbiedt afspraken tussen bedrijven die ertoe leiden dat ze zich gezamenlijk als het ware als monopolist gedragen. Het verbod op misbruik van een economische machtspositie (art. 24 Mededingingswet) stelt dat een bedrijf met een economische machtspositie die niet mag misbruiken door afnemers uit te buiten (bijvoorbeeld door een te hoge prijs of andere onbillijke voorwaarden te vragen) of concurrenten uit te sluiten om zo de machtspositie te behouden.¹⁸

Deze bepalingen in de Mededingingswet zijn gebaseerd op de corresponderende bepalingen (respectievelijk art. 101 en 102) van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VwEU). De nauwe verbondenheid tussen het Europese en nationale mededingingsrecht is bedoeld om te voorkomen dat er verschillen zijn bij de toepassing van het mededingingsrecht tussen verschillende lidstaten. De toepassing van het mededingingsrecht is nader vormgegeven door Europese richtsnoeren. Die hebben geen bindend karakter, maar omdat ze een uitleg van het primaire EU-recht vormen zijn ze in de praktijk vaak maatgevend voor de toepassing van het Europese en nationale mededingingstoezicht. De ACM gebruikt deze richtsnoeren ook bij toepassing van de Mededingingswet. Uit de analyse, consultatie en gesprekken komt het breed gedragen beeld naar voren dat de Europese en nationale mededingingsregels die kartels en misbruik van marktmacht verbieden, voldoende flexibel zijn om ook in de digitale economie tegen concurrentiebeperkende gedragingen op te kunnen treden. De regels zijn functioneel en daarmee zeer breed, flexibel en technologie-neutraal gedefinieerd. Dat de regels ook gelden op digitale markten blijkt ook uit een aantal recente zaken van de Europese Commissie.¹⁹ Ik zie daarom geen aanleiding in te zetten op het aanpassen van de Verdragsartikelen en artikelen in de Mededingingswet over het kartelverbod en het verbod op misbruik van een economische machtspositie.

De kern van de uitdaging ligt in de toepassing van de regels. De richtsnoeren voor toepassing van de mededingingsregels spelen hier een belangrijke rol in, maar zijn opgesteld met de traditionele economie in het achterhoofd. Zo staan de mededingingsregels het meenemen van de rol van data in de mededingingsanalyse niet in de weg, maar is hierover in de richtsnoeren die deze regels uitleggen momenteel niets opgenomen.

Met het oog op het belang van snelle en effectieve handhaving moeten de richtsnoeren van de Europese Commissie toepasbaar zijn op de realiteit van online markten. Daarom vind ik dat deze richtsnoeren moeten worden aangepast of nieuwe richtsnoeren moeten worden uitgebracht die specifiek op de digitale economie zijn toegespitst.²⁰ Daarbij kan worden gedacht aan methodes voor marktafbakening wanneer markten een meerzijdig karakter hebben en als consumenten geen monetaire prijs betalen. Ook kan worden meegenomen op welke manier de verwevenheid van diensten van één platform een plek kunnen krijgen in het vaststellen van mededingingseffecten. Bij de aanpassing kan verder worden overwogen om in de richtsnoeren ook vast te leggen op welke manier misbruik van een machtspositie mede gebaseerd kan worden op andere

¹⁸ Dat betekent dat het bedrijf zich in belangrijke mate onafhankelijk van andere marktdeelnemers kan gedragen, bijvoorbeeld doordat er geen andere aanbieder is om een product van te kopen als een consument de prijs te hoog vindt of de kwaliteit te laag.

¹⁹ Bijvoorbeeld in *Android*: (http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40099). Het hoger beroep in deze zaak loopt nog.

²⁰ Gedacht kan worden aan bijvoorbeeld de richtsnoeren over marktafbakening (OJ C 372, 9.12.1997) of over toepassing van artikel 101 (OJ C 101/97, 27.4.2004) en 102 (OJ C 45/7, 24.2.2009) VwEU, of de verschillende mededelingen waarin de toepassing van de Concentratieverordening wordt uitgelegd (zie <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/legislation.html>)

parameters dan prijs, zoals privacy of data. Hierbij kan onder andere worden gekeken naar een recente uitspraak van het Bundeskartellamt,²¹ dat oordeelde dat Facebook misbruik maakt van zijn machtspositie door de data die het bedrijf verzamelt. Dit ga ik bepleiten in EU-verband. Ook treedt na de Europese verkiezingen een nieuwe Commissie aan, met wie ik hierover in gesprek zal gaan.

Omdat de ACM zich net als andere nationale toezichthouders baseert op de Europese regels en richtsnoeren,²² heeft dit ook effect op het Nederlandse mededingingstoezicht, net als dat van andere EU-lidstaten. Met aanpassing van de richtsnoeren kan worden voorkomen dat fragmentatie van de toepassing van de mededingingsregels ontstaat, zodat ondernemers die in verschillende lidstaten actief willen zijn voldoende rechtszekerheid hebben en consumenten overal in de EU in dezelfde mate beschermd zijn tegen uitbuiting door grote platforms. Het is ook doelmatiger om op EU-niveau te investeren in het ontwikkelen van nieuwe methodologieën. Als laatste kunnen aanbevelingen op het gebied van de toepassing van het mededingingsrecht in de digitale economie de snelheid van mededingingszaken verhogen.

Concentratietoezicht

De regels van het concentratietoezicht zijn in de EU opgenomen in de Europese Concentratieverordening en zijn nationaal vastgelegd in art. 26–49 van de Mededingingswet.²³ Bedrijven die willen fuseren moeten dat melden bij de toezichthouder als ze boven de op omzet gebaseerde meldingsdrempels uitkomen. Bij een lage omzet is op traditionele markten het risico op mededingingseffecten van een concentratie namelijk in de regel beperkt. In de digitale economie zijn deze meldingsdrempels gebaseerd op omzet niet altijd geschikt. Dit kwam ook veel naar voren in de reacties op de consultatie en in gesprekken met experts. Zoals uitgelegd in de discussienotitie en in een *policy brief* van het CPB,²⁴ kunnen concentraties bij platforms bedoeld zijn om toegang tot een belangrijke dataset te krijgen of een potentiële toekomstige concurrent van de markt te halen. Daardoor kunnen overnames van relatief kleine innovatieve startups, die te weinig omzet maken om boven de meldingsdrempels uit te komen, de mededinging en daarmee de innovatie toch significant beperken.

Het mag niet zo zijn dat toezichthouders concentraties die wel de mededinging kunnen beperken, überhaupt niet in het vizier krijgen. Daarom pleit ik ervoor om in Europa de drempels van het concentratietoezicht aan te passen zodat toezichthouders wel zicht krijgen op alle relevante concentraties, bijvoorbeeld door de transactiewaarde van de concentratie mee te nemen. Als een platform veel geld wil betalen voor een bedrijf dat nauwelijks omzet maakt, kan dat namelijk een aanwijzing zijn dat de data van het bedrijf waardevol is of dat het bedrijf in de toekomst een bedreiging voor de marktmacht van het platform kan vormen.

²¹ Zie voetnoot 7.

²² Of andere mededelingen zoals aanbevelingen of verordeningen die toepassing van de regels uitleggen.

²³ Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad.

²⁴ <https://www.cpb.nl/publicatie/digitalisering-r-en-d>. Over concentraties in de digitale economie staat daarin geschreven: «In het verleden is het voorgekomen dat grote bedrijven concurrenten overnamen die een potentiële bedreiging voor ze vormden. Voorbeelden zijn de overname door Facebook van Instagram en Whatsapp. Cunningham, Ederer en Ma laten [in hun paper, *Killer Acquisitions*] zien dat vooral bedrijven met marktmacht een prikkel hebben om toekomstige concurrenten over te nemen en hun onderzoek stop te zetten.»

De toezichthouder beoordeelt elke concentratie die boven de meldingsdrempels uitkomt. De toezichthouder kan een concentratie verbieden als die naar verwachting een significante beperking van de mededinging op de relevante markt met zich meebrengt. Goedkeuring van een concentratie kan ook voorwaardelijk worden gemaakt op remedies, bijvoorbeeld het afstoten van een bedrijfsonderdeel als daarmee de zorgen over een afname van de concurrentie kunnen worden weggenomen. Het is daarbij aan de fuserende partijen om een voorstel te doen voor een remedie.

In richtsnoeren is uitgewerkt waar toezichthouders naar kijken bij het beoordelen van een concentratie. De principes zijn veelal gebaseerd op het marktaandeel en de omzet van de fuserende ondernemingen. In de digitale economie worden ook bij het concentratietoezicht andere factoren belangrijk, zoals de data van de fuserende ondernemingen. Verder zullen toezichthouders vaker een beoordeling moeten maken of een (klein) bedrijf dat door een groot platform wordt overgenomen later een belangrijke positie op de markt zal verkrijgen. Als een machtig platform bijvoorbeeld systematisch snelgroeiende startups met veel potentieel overneemt, kan dat mogelijkwijs een aanwijzing zijn dat de overnames bedoeld zijn om een toekomstige rivalen van de markt te halen. Om te zorgen dat toezichthouders consistent naar deze factoren kijken, zal ik ook op dit thema in Europa inzetten op het aanpassen van richtsnoeren door de nieuwe Europese Commissie.

Positie toezichthouders

In deze context wordt verder duidelijk dat het bijzonder belangrijk is dat toezichthouders voldoende kennis en expertise ontwikkelen over nieuwe technologieën en bedrijfsmodellen en hun effecten op de mededingingsanalyse om op deze markten de regels te kunnen handhaven. Daar wordt ook al veel in geïnvesteerd. Zo heeft de ACM, zoals aangekondigd in het regeerakkoord, een speciaal team digitale mededinging gekregen, dat door middel van onderzoek, zaken en marktstudies onder meer actief geweest op het vlak van online videostreamingplatforms, de waarde van data in het concurrentieproces, nieuwe verdienmodellen in media, platforms voor juridische dienstverlening, het gebruik van algoritmes en appstores. Naast gespecialiseerde juristen en economen zijn inmiddels ook datawetenschappers actief in onderzoeken van de ACM.²⁵ De Europese Commissie heeft in verschillende zaken waarbij grote platforms betrokken zijn boetes opgelegd voor het overtreden van de mededingingsregels²⁶ heeft een waarnemingscentrum voor platforms opgericht, bestaande uit experts die haar ondersteunen in het maken van beleid voor platforms,²⁷ en heeft een conferentie georganiseerd²⁸ en heeft een aantal mededingingsexperts aangewezen²⁹ om aanwijzingen te geven op welke wijze het mededingingsbeleid toepasbaar kan blijven in een veranderende economie.

²⁵ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-rondt-april-marktstudie-appstores-af>

²⁶ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740;
http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40411;
http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39530;
http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_8788

²⁷ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/expert-group-eu-observatory-online-platform-economy>

²⁸ <http://ec.europa.eu/competition/scp19/>

²⁹ https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/commission-appoints-professors-heike-schweitzer-jacques-cremer-and-assistant-professor-yves_en

Vervolg

Mijn inzet in EU-verband is dat in specifieke situaties, in ieder geval op Europees niveau, ook vooraf regels moeten kunnen worden gesteld aan platforms met een poortwachtersfunctie om de concurrentiemogelijkheden te vergroten. Die bevoegdheid kan het beste bij een toezichthouder komen te liggen zodat per geval kan worden bepaald of er sprake is van een poortwachtersfunctie en of er meer openheid moet worden geboden. Daarnaast ga ik mij inzetten voor het aanpassen van de richtsnoeren zodat de toepassing van het mededingingsrecht wordt toegespitst op de digitale economie. Als laatste wil ik dat de Europese concentratiedrempels worden aangepast zodat digitale platforms zich niet aan het concentratietoezicht kunnen onttrekken.

Deze aanpassingen kan Nederland niet afzonderlijk realiseren. Allereerst zal de nieuwe Europese Commissie een belangrijke rol spelen in het verwezenlijken van deze ambities, daar zij de slagkracht heeft om te zorgen dat mondiaal opererende platforms hun verantwoordelijkheid nemen. Daarnaast is ook de steun van andere lidstaten relevant. Ik ben met verscheidene lidstaten in gesprek over dit onderwerp. In diverse lidstaten leven immers soortgelijke zorgen omtrent de marktmacht van de grootste platforms. Daarom zal ik doorgaan mijn bevindingen actief met andere lidstaten te delen en zal ik met hen in gesprek blijven om hun steun voor de door mij voorgestelde wijzigingen zeker te stellen en te bezien hoe zij, net als de Europese Commissie, kunnen worden meegenomen bij de uitwerking hiervan. Hierbij zie ik ook het aanstaande aantreden van een nieuwe Europese Commissie als een geschikt moment om te pleiten voor aanpassingen.

De bovengenoemde maatregelen moeten ervoor zorgen dat de concurrentie ook in de digitale economie wordt geborgd, zodat consumenten en ondernemers hun autonomie en keuzevrijheid behouden en die kunnen benutten om de kansen die de platformeconomie biedt optimaal te verzilveren.

De Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat,
M.C.G. Keijzer

Discussienotitie: toekomstbestendigheid mededingingsbeleid in relatie tot online platforms

Aanleiding

De digitale economie heeft zich de afgelopen jaren snel ontwikkeld. Er zijn veel platforms actief, die een steeds grotere rol in ons dagelijks leven krijgen. Bedrijven als Alphabet (Google), Amazon en Facebook zijn niet meer weg te denken uit de samenleving. Dat brengt allerlei voordelen met zich mee, zoals innovatie, lagere transactiekosten en meer mogelijkheden voor consumenten en ondernemers op markten. Door digitalisering en de opkomst van online platforms heeft echter ook een groot aantal nieuwe vraagstukken aan belang gewonnen. De hoge winstgevendheid en schaalgrootte van de grootste platforms geeft ze een steeds sterkere positie in de maatschappij. Dat brengt bijvoorbeeld vragen over belastingafdracht met zich mee. Filterbubbels in combinatie met de verspreiding van desinformatie leiden tot zorgen over democratische beïnvloeding. Door de grote hoeveelheden data die deze platforms tot hun beschikking hebben en door een aantal datalekken³⁰ bestaat er bij sommige burgers groeiend ongemak over hun privacy en de bescherming van hun gegevens. Deze platforms zijn actief op tal van verschillende markten, zodat burgers het gevoel krijgen steeds moeilijker om ze heen te kunnen en dus geen andere keuze hebben dan gebruik te maken van hun diensten. Ook is niet altijd duidelijk of wetten die voorafgaand aan het digitale tijdperk zijn geschreven wel volledig toepasbaar zijn op deze nieuwe spelers, zodat vragen over een gelijk speelveld ontstaan. In sommige gevallen is bestaande wetgeving voorhanden om met deze uitdagingen om te gaan. Voor een aantal uitdagingen is nieuwe wetgeving gemaakt, zoals bijvoorbeeld de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) op het gebied van privacy en gegevensbescherming. Op andere terreinen is een oplossing in de maak, of wordt nader onderzoek verricht. In deze notitie ligt de focus op de toekomstbestendigheid van het mededingingsbeleid in relatie tot de digitale economie. Op vraagstukken zonder belangrijke mededingingscomponent zal dan ook primair niet in worden gegaan.

Net als in andere sectoren is het belangrijk dat bedrijven in de digitale economie met elkaar concurreren. Concurrentie zorgt er immers voor dat bedrijven elkaar scherp houden en hun best doen om consumenten een steeds betere prijs-kwaliteitverhouding te bieden, bijvoorbeeld door te innoveren. De afgelopen jaren zijn er zorgen geuit of het concurrentieproces in de digitale economie nog wel naar behoren werkt. Gewezen wordt op de enorme omvang van een aantal platforms en mogelijke afhankelijkheid daarvan. Ook kan het toenemende gebruik van data en algoritmes een uitdaging vormen voor mededingingstoezichthouders.

Op basis van deze notitie vernemen we graag uw gedachten over vraagstukken omtrent de toekomstbestendigheid van het mededingingsbeleid in relatie tot de digitale economie. Hoe moeten we omgaan met de groei van mondiale platforms en mogelijke concurrentieproblemen in de digitale economie? Zijn de mededingingsregels en de instrumenten die toezichthouders beschikbaar hebben adequaat om die regels te kunnen handhaven in de digitale economie? Is het ex-post mededingingstoezicht voldoende om ervoor te zorgen dat online markten voldoende competitief zijn? Hoe borgen we een eerlijke economie, waarin ondernemingen en consumenten hun autonomie en keuzevrijheid behouden?

³⁰ Zie bijvoorbeeld: <https://fd.nl/economie-politiek/1273404/google-hield-potentieel-datalek-geheim>; <https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/facebook-50-miljoen-accounts-gehackt-onbekend-of-data-zijn-buitgemaakt-~b2d6c196/>

Doel consultatie

In deze discussienotitie komt een aantal stellingen en mogelijke beleids-opties aan bod. Op basis van deze analyse vernemen wij graag uw visie op twee hoofdvragen:

1. Deelt u deze analyse?
2. Acht u het nuttig en noodzakelijk om aanvullende regelgeving te overwegen en zo ja, welke opties lijken in deze context het meest geschikt om voldoende concurrentie op online markten te borgen?

I. Concurrentie in de digitale economie

In deze sectie komt een aantal belangrijke nieuwe uitdagingen voor het competitief houden van digitale markten aan bod. Factoren die kenmerkend zijn voor online platformmarkten creëren een tendens tot relatief hoge concentratie. Daardoor kunnen machtsposities ontstaan, waarbij de vraag rijst in hoeverre die nu en in de toekomst nog betwist kunnen worden. Een andere uitdaging wordt gevormd door het toenemende gebruik van algoritmes, waardoor nieuwe kartelvormen kunnen voorkomen, die moeilijker te detecteren kunnen zijn en bredere effecten kunnen hebben. Tot slot kan het ingewikkelder zijn om het verbod op misbruik van een machtspositie te handhaven, omdat nieuwe vormen van misbruik van een machtspositie mogelijk worden. Deze onderwerpen komen achtereenvolgens aan bod.

1. Online platformmarkten en marktmacht

Online platformmarkten worden gekenmerkt door een aantal factoren, waardoor deze markten neigen naar een hogere mate van concentratie dan traditionele markten. Deze factoren worden hieronder eerst besproken. Daarna wordt uiteengezet waarom deze factoren in veel gevallen concurrentie tussen platforms niet in de weg staan. Op markten waarbij een marktstructuur resulteert waarbij één of een paar platforms nagenoeg alle gebruikers bedienen kan toch sprake zijn van voldoende concurrentiedruk. Dat is zo als er de dreiging van een toetreders is, die met een innovatief product of dienst de markt naar zich toe kan trekken. Door de enorme schaal en variëteit aan diensten die de grootste spelers van dit moment aanbieden en door het gegeven dat de meeste van hen al minstens een decennium marktleider zijn, is echter niet zeker of toetreding nog altijd mogelijk is. Overwegingen omtrent dit risico op duurzame marktmacht worden als laatste besproken.

De dynamiek van online platformmarkten

Veel online platformmarkten worden gekenmerkt door de volgende factoren, die elkaar kunnen versterken³¹:

1. *Netwerkeffecten*: online platforms bedienen doorgaans een meerzijdige markt, waarop zij interacties tussen verschillende groepen gebruikers faciliteren. Zo brengen online marktplaatsen kopers en verkopers bij elkaar en faciliteren zoekmachines interacties tussen websites, zoekers en adverteerders. Directe netwerkeffecten maken het aantrekkelijker om een dienst te gebruiken als meer anderen uit dezelfde groep gebruikers dat ook doen. Zo zal iemand sneller voor een bepaald sociaal-mediaplatform kiezen wanneer meer van diens bekenden al van dat platform gebruik maken. (Positieve) indirecte netwerkeffecten maken een dienst aantrekkelijker wanneer er meer gebruikers uit een andere groep aanwezig zijn. Een e-commerceplat-

³¹ Platforms en de markten waarop zij actief zijn, zijn bijzonder heterogeen. Het belang van deze factoren kan dan ook sterk per platform(markt) verschillen.

form kan bijvoorbeeld makkelijker verkopers aantrekken als er al veel kopers aanwezig zijn en andersom. Door netwerkeffecten kan het dus makkelijker zijn voor een platform dat al veel gebruikers heeft om meer nieuwe gebruikers aan te trekken.

2. *Datavoorsprong*: netwerkeffecten kunnen door dataverzameling versterkt worden. Het voordeel dat uit die data kan worden verkregen kan bovendien nog verder toenemen als er synergievoordelen ontstaan door het combineren van verschillende datasets:
 - a. *Zelfversterkende processen door dataverzameling*: Een platform met meer gebruikers kan meer data over die gebruikers en hun online gedrag verzamelen. Met die data kunnen algoritmes zich trainen waardoor ze kunnen leren beter te indexeren, personaliseren en voorspellen. Zo neemt de kwaliteit van het platform toe, zodat nog meer gebruikers kunnen worden aangetrokken. Een soortgelijk zelfversterkend proces bestaat bij advertenties: platforms met meer gebruikers kunnen advertenties met een groter bereik verkopen en kunnen hun data gebruiken om die advertenties gericht in te zetten. Beide factoren zorgen ervoor dat zij advertenties tegen een hogere prijs kunnen verkopen, waardoor er meer geïnvesteerd kan worden in de kwaliteit van het platform en dus meer gebruikers kunnen worden aangetrokken.
 - b. *Synergievoordelen*: platforms met toegang tot veel gevarieerde data kunnen synergievoordelen benutten. Door datasets te combineren kunnen namelijk nieuwe inzichten worden voortgebracht, die de informatie uit de datasets zelf kan overstijgen. Een platform dat weet dat een gebruiker het woord «apple» ergens heeft ingetypt, kan zonder andere informatie niet makkelijk bepalen of de gebruiker interesse in fruit of in technologische producten heeft. Als het platform echter ook informatie heeft over eerder bezochte websites (bijvoorbeeld een recept voor vlaai of juist MacWorld), kan het de voorkeuren van de gebruiker met meer zekerheid in kaart brengen. Op een soortgelijke manier als in dit simpele voorbeeld kunnen nieuwe inzichten uit gecombineerde datasets door algoritmes worden gebruikt om beter te indexeren, voorspellen en personaliseren.
3. *Schaalvoordelen*: in bepaalde gevallen zouden schaalvoordelen een toetredingsbarrière voor potentiële concurrenten kunnen vormen. Als bijvoorbeeld grote investeringen nodig zijn om met gevestigde, vaak mondiaal opererende, platforms te kunnen concurreren, kan daar sprake van zijn. Die investeringen kunnen bijvoorbeeld nodig zijn voor R&D, het voldoen aan wet- en regelgeving en voor het opzetten van een data-infrastructuur, processor- en opslagcapaciteit. Als zulke investeringen eenmaal zijn gedaan, zijn de kosten per extra gebruiker vaak heel laag, zodat schaalvoordelen tot stand kunnen komen.

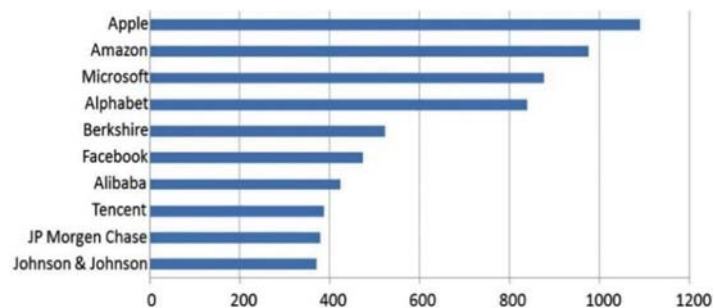
Concurrentie of duurzame macht?

Ondanks de hierboven omschreven factoren komt op veel online markten toch concurrentie tussen platforms tot stand. Als de voorkeuren van gebruikers voldoende heterogeen zijn, kunnen verschillende, van elkaar gedifferentieerde platforms namelijk tegelijkertijd succesvol zijn. En wanneer gebruikers verschillende platforms naast elkaar gebruiken voor dezelfde dienst, kunnen netwerkeffecten op verschillende platforms tegelijkertijd tot stand komen. Dit is momenteel bijvoorbeeld het geval voor online winkelen, waarvoor de meeste consumenten meer dan één platform bezoeken.

Op verschillende online markten concurreren platforms dus met elkaar. Op sommige markten bedient echter één platform het grootste deel van de gebruikers. Ondanks de hoge winsten die dergelijke platforms maken, lijken er nauwelijks uitdagers te zijn die proberen om met hen te concurreren. Dat roept vragen op over de betwistbaarheid van de markten waarop deze platforms actief zijn. Beperkte concurrentie tussen platforms hoeft op zichzelf staand echter geen probleem te vormen zolang concurrentie om de markt mogelijk blijft. Dat is zo wanneer een innovatieve toetreder op termijn de positie van een gevestigd platform over kan nemen, zodat die laatste voortdurend concurrentiedruk ervaart. In het verleden zijn bijvoorbeeld de machtsposities van de grootste online bedrijven tenietgedaan door bedrijven die disruptieve innovaties op de markt brachten. Zo nam Facebook de positie van de ooit meest populaire sociale-mediaplatforms Hyves en Myspace over.

Of dat nu ook nog kan gebeuren wordt steeds vaker betwijfeld. Immers is niet duidelijk of bovenstaande factoren zo zwaar wegen dat duurzame machtsposities kunnen (of zijn) ontstaan. Dan is het ook voor een disruptief innovatieve concurrent nagenoeg onmogelijk om met een gevestigd platform te concurreren en nemen prikkels af om te innoveren en om consumenten een steeds aantrekkelijker aanbod te verschaffen.

Figuur 1. Grootste beursgenoteerde bedrijven ter wereld naar beurswaarde (einde Q3 2018, mrd \$)



Hierbij is een aantal factoren van belang. De grootste platforms hebben aanzienlijk meer gebruikers dan hun voorgangers, zodat netwerkeffecten sterker en daarmee minder eenvoudig te overbruggen zijn. Ook hebben zij veel grotere datasets dan de vorige generatie online bedrijven. Zonder toegang tot vergelijkbare data zou het in sommige gevallen voor uitdagers moeilijk kunnen zijn om een dienst van vergelijkbare kwaliteit aan te bieden.

Daar staat tegenover dat de meeropbrengsten van data bij een bepaald volume mogelijk beginnen af te nemen. De waarde van veel data is bovendien van korte duur. Dat kan betekenen dat datagedreven toetredingsbarrières van tijdelijke aard zijn. Aan de andere kant kan de kortstondige relevantie van veel data ook betekenen dat het voor een gevestigd platform met een stabiel terugkerend gebruikersbestand eenvoudiger is om te blijven aansluiten op veranderende voorkeuren en marktomstandigheden dan voor een kleiner platform, dat steeds nieuwe data zou moeten kopen van derde partijen zoals *data brokers*.

Conglomeratietendens

Een nieuwe ontwikkeling kan, in combinatie met bovengenoemde factoren, zorgen dat machtsposities moeilijker te betwisten worden. De grootste platforms van dit moment bieden namelijk vaak een heel

«ecosysteem» aan diensten aan. Zo kan een grotere variëteit aan data verzameld worden. Gebruikers kunnen ingesloten raken in zulke ecosystemen, bijvoorbeeld doordat diensten met elkaar geïntegreerd zijn, zodat zij minder snel zullen overstappen naar een concurrerende dienst. Daardoor kan de concurrentiedruk afnemen.

Ecosysteemvorming is waarschijnlijker wanneer bestaande marktmacht kan worden overgeheveld naar andere markten. Dit is bijvoorbeeld mogelijk als platforms hun voorsprong op het gebied van data en verdiensten gebruiken om op markten die zij betreden direct een concurrentievoorsprong te vergaren. Diensten in een ecosysteem kunnen ook ontwikkeld zijn door andere bedrijven, die door grote platforms dan weer worden overgenomen en geïntegreerd in hun ecosysteem.

De concurrentiedruk kan eveneens afnemen als met overnames potentiële concurrenten van de markt worden gehaald, of wanneer overnames tot doel hebben om (een uniek toegangspunt tot) specifieke data in handen te krijgen. De grootste platforms zijn kapitaalkrchtig genoeg om uitdagers over te nemen of diens groei te belemmeren, bijvoorbeeld door functiona-liteiten te kopiëren, voordat zij een bedreiging gaan vormen. Sommigen³² stellen zelfs dat bepaalde platforms in staat zijn om hun datasets te gebruiken om te voorspellen welke bedrijven in de toekomst succesvol kunnen worden, zodat zij potentiële concurrenten in een vroeg stadium kunnen identificeren en overnemen. Als dergelijke praktijken inderdaad mogelijk zijn en voorkomen, dan is de concurrentiedruk die potentiële toetreders op de grootste platforms uitoefenen aanzienlijk lager.

Voor de mededingingstoezichthouder vormt het fusietoezicht de ex ante toets om te voorkomen dat overnames concurrentiebeperkende effecten hebben. Het fusietoezicht wordt echter complexer door datagedreven fusies in meerzijdige markten. Omdat het bij dergelijke fusies vaak niet gaat om de huidige omzet en winstgevendheid van het bedrijf dat wordt overgenomen, kan de omzet te laag zijn om de meldingsplicht te laten gelden. Daarnaast zijn de conventionele instrumenten van het fusietoezicht niet altijd één-op-één toepasbaar op zulke fusies. Deze instrumenten zijn veelal op prijs gebaseerd, terwijl gebruikers van platformdiensten vaak geen monetaire prijs betalen.

Concurrentie op niet-prijsparameters is dan relevant. Niet-prijsparameters zoals kwaliteit zijn echter vaak subjectief en moeilijk te kwantificeren.

Ook meerzijdige markten kunnen een uitdaging vormen voor het beoordelen van de mededingingseffecten van fusies en overnames. In het fusietoezicht wordt traditioneel uitgegaan van de conventionele wijsheid dat een fusie tussen diensten die nabije substituten van elkaar zijn meer potentie heeft om de concurrentie op een markt te schaden. Bij datagedreven fusies kan echter ook de overname van veraf gelegen substituten de concurrentie beperken. Bijvoorbeeld omdat door het overnemen van een andersoortige dienst een nieuwe dataset kan worden verkregen waardoor de hierboven beschreven datavoorsprong sterker wordt. Bovendien liggen de effecten op de mededinging bij datagedreven fusies vaak verder in de toekomst, zodat het beoordelen ervan met meer onzekerheid gepaard kan gaan. Het is dus belangrijk dat toezichthouders de juiste expertise en instrumenten hebben om deze overwegingen te kunnen adresseren bij fusies in het digitale domein.

Het is niet direct duidelijk of bovenstaande overwegingen zwaar genoeg wegen om een situatie te doen ontstaan waarin het nauwelijks mogelijk is om met de grootste platforms te concurreren, en dus ook niet of

³² Grunes, A., & Stucke, M. (2016). *Big data and competition policy*. Oxford University Press.

duurzame machtsposities daadwerkelijk kunnen (of zijn) ontstaan. Duidelijk is wel dat de opkomst van digitalisering en online platforms nieuwe uitdagingen voor het mededingingsbeleid en -toezicht met zich meebrengt.

2. Algoritmes en kartelvorming

Steeds meer bedrijven maken gebruik van algoritmes, bijvoorbeeld om hun prijzen snel en efficiënt te laten reageren op veranderende marktomstandigheden. Dat kan pro-competitieve effecten hebben. Algoritmes kunnen echter ook gebruikt worden voor kartelvorming.

Algoritmes zouden een aantrekkelijk instrument kunnen vormen voor de *implementatie* van traditionele kartelafspraken. Algoritmes kunnen snel informatie verzamelen en een optimale strategie berekenen. Bedrijven gebruiken dan ook steeds vaker algoritmes om prijzen direct te laten reageren op veranderende marktomstandigheden. Een belangrijk aspect van algoritmes is dat de code intransparant kan zijn. Dit betekent dat de toepassing van algoritmes voor toezichthouders soms lastig te doorgronden is. Dat geldt niet voor alle algoritmes. In sommige gevallen maakt het gebruik van algoritmes detectie juist eenvoudiger. Dat hangt af van de complexiteit en functie van de algoritmes die gebruikt worden door marktpartijen.

Een ander risico is dat door het gebruik van algoritmes prijsaanbevelingen makkelijker de facto tot *verticale prijsbinding* kunnen leiden. Naast het implementeren van kartelafspraken, zouden bedrijven algoritmes namelijk ook kunnen gebruiken om partijen te monitoren. Als deze de prijsaanbevelingen van het bedrijf niet volgen, kan hetzelfde algoritme in sommige gevallen gebruikt worden om snel te berekenen wat de optimale prijs is om de deviatie af te straffen. Zo kan de aanbeveling worden gehandhaafd, zodat het bedrijf eigenlijk een prijs oplegt aan doorverkopers. Als veel bedrijven daarnaast algoritmes gebruiken om snel op elkaars prijzen te kunnen reageren, kan de prijs die aan doorverkopers werd opgelegd door die algoritmes worden overgenomen. Dan heeft verticale prijsbinding veel bredere effecten dan op traditionele markten het geval zou zijn.

Ook zou de adoptie van soortgelijke algoritmes door bedrijven vaker tot *stilzwijgende collusie* kunnen leiden. Markten worden hierdoor immers transparanter, en optimale strategieën om prijzen te verhogen en deviaties af te straffen kunnen snel berekend worden. Stilzwijgende collusie is niet verboden, het staat marktpartijen immers vrij om rationeel op het marktgedrag van concurrenten te reageren. Toch kan stilzwijgende collusie evengoed nadelige effecten hebben voor consumenten.

In theorie zouden soortgelijke zelflerende algoritmes in de toekomst zelfs *zonder menselijke tussenkomst* kartels kunnen gaan vormen, mochten zij van data en van elkaar leren dat collusie winstgeverder is dan concurrentie⁴. Bij gebrek aan menselijk initiatief zouden zulke kartels moeilijk detecteerbaar kunnen zijn. Het is daarnaast niet duidelijk of bedrijven op basis van de huidige Nederlandse en Europese wetgeving altijd aansprakelijk kunnen worden gesteld voor schade die wordt veroorzaakt door autonoom opererende algoritmes.³³ Als bedrijven onvoldoende aansprakelijk zijn voor de acties van hun algoritmes, zouden bedrijven die slim genoeg kunnen programmeren zich kunnen onttrekken aan het kartelverbod. Het is niet wenselijk dat bedrijven zich achter hun algoritmes

³³ Tjong Tjin Tai, E. (2017). Aansprakelijkheid voor robots en algoritmes. Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht, 14(3), 123–132.;

kunnen verschuilen. Daarom is het belangrijk om enige onduidelijkheid weg te nemen.

3. Nieuwe vormen van misbruik

Het aantonen van misbruik van een machtspositie is een langdurig en complex proces. Digitalisering kan dit nog ingewikkelder maken. Dat komt enerzijds door het gebruik van data en algoritmes en de afwijkende dynamiek van meerzijdige markten. Anderzijds wordt een aantal nieuwe vormen van misbruik mogelijk:

1. *Uitsluiting door rangordes*: dominante platforms kunnen de rangorde waarin resultaten worden getoond aanpassen om concurrenten uit te sluiten. Gebruikers kijken zelden verder dan de eerste paar resultaten, zodat degradatie in de rangorde tot veel vraagverlies kan leiden.
2. *Beperken keuzevrijheid door gedragsgericht targeten*: Consumenten kunnen schade ondervinden wanneer hun keuzevrijheid door het gebruik van algoritmes wordt ingeperkt. Platforms kunnen data gebruiken om wat gebruikers te zien krijgen toe te spitsen op hun persoonlijke voorkeuren. Dat kan voordelig zijn voor consumenten als zij hierdoor relevante aanbevelingen krijgen, zodat hun zoekkosten afnemen. Als consumenten echter op basis van gedragseffecten worden gemanipuleerd om aankopen te doen die zij anders niet hadden gedaan, kan hun keuzevrijheid en de efficiëntie van hun bestedingen afnemen. Binnen het mededingingsrecht lijkt het lastig te achterhalen of dit een vorm van misbruik is, en zo ja, dan lijkt het moeilijk te bewijzen dat dit zo is.
3. *Ondermaats investeren in privacy en gegevensbescherming*: een te lage bescherming van privacy van gebruikers kan gezien worden als een vorm van misbruik van een economische machtspositie.³⁴ De nadruk die Apple, Duckduckgo, of Signal op het beschermen van privacy leggen, illustreren dat privacybescherming een onderscheidend kenmerk kan zijn in de concurrentie. In theorie zou een platform met een machtspositie minder prikkels kunnen ervaren om privacy te bieden, met name wanneer dataverzameling een belangrijk onderdeel van het verdienmodel vormt.³⁵ Gebruikers hebben dan geen alternatieve aanbieder om naar over te stappen als zij de privacy en gegevensbescherming die het dominante platform biedt ondermaats vinden. Bewijzen welk niveau van privacy en gegevensbescherming zou gelden bij meer concurrentie is echter bijzonder ingewikkeld.
4. *Geïndividualiseerde prijsdiscriminatie*: Doordat de voorkeuren en inkomens van consumenten met behulp van data en algoritmes steeds preciezer in te schatten zijn, kan geïndividualiseerde prijsdiscriminatie zich gaan voordoen. In het extreme geval krijgt iedere consument de maximale prijs die diegene bereid zou zijn te betalen. Momenteel wordt dit nauwelijks waargenomen. Het is wel mogelijk dat er al gebruik wordt gemaakt van bijvoorbeeld geïndividualiseerde kortingscodes.

II. Omgaan met nieuwe uitdagingen

Op basis van de hierboven geschetste potentiële uitdagingen voor het mededingingsbeleid is een aantal acties mogelijk om markten competitief te houden. Allereerst is het belangrijk dat mededingingstoezichthouders voldoende instrumenten en expertise hebben om de mededingingsregels te kunnen handhaven op digitale markten. In aanvulling daarop kan worden overwogen om regelgeving vooraf in te voeren. Zulke regelgeving

³⁴ Zie bijvoorbeeld: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.ht ml

³⁵ Grunes, A., & Stucke, M. (2016). *Big data and competition policy*. Oxford University Press.

kan zien op het tegengaan van nadelige effecten door afhankelijkheid van grote platforms. Als het risico dat duurzame machtsposities ontstaan reëel wordt geacht, kan daarnaast besloten worden om regels in te voeren die marktmacht zelf proberen aan te pakken. Deze discussienotitie schetst deze verschillende manieren om met deze uitdagingen om te gaan en maakt onderscheid naar enerzijds acties voor het mededingingstoezicht (ex-post) en anderzijds aanvullende (ex ante) beleidsopties om de concurrentie te bevorderen. Deze onderwerpen komen hierna achtereenvolgens aan bod.

A. Omgaan met uitdagingen binnen het mededingingsrecht

Het mededingingstoezicht is gestoeld op een aantal principes, die voldoende flexibel zijn gebleken om bij veranderende omstandigheden toepasbaar te blijven om het proces van concurrentie en daarmee de consumentenwelvaart te beschermen. Met de digitalisering heeft zich een aantal technologische ontwikkelingen voorgedaan, die de vraag oproepen of dit het mededingingstoezicht ook nu de concurrentie voldoende beschermt. Zoals hierboven duidelijk werd, wordt handhaving van het kartelverbod, het verbod op misbruik van een machtspositie en het fusietoezicht complexer.

Mededingingszaken die de grenzen van lidstaten overstijgen worden over het algemeen door de Europese Commissie uitgevoerd. Dit gebeurt binnen het zogeheten *European Competition Network* (ECN) in samenwerking met nationale mededingingsautoriteiten. Veel van de hieronder beschreven overwegingen betreffen daarmee vooral de Europese context. Vanwege de koppeling van de nationale mededingingsregels met de Europese regels, hebben deze ook betrekking op het nationale toezicht.

Kartelverbod

Het kartelverbod is duidelijk: het maken van afspraken met concurrenten om de mededinging te beperken is verboden. Dat verbod geldt evengoed online³⁶. Zoals hierboven omschreven kan de detectie van kartels wel moeilijker worden, door de toenemende complexiteit van algoritmes die bedrijven gebruiken

Voor het detecteren van algoritmische kartels kunnen toezichthouders expertise ontwikkelen op het gebied van (zelflerende) algoritmes. Bij complexe algoritmes kan het echter zelfs voor de ontwerper moeilijk zijn te achterhalen hoe keuzes zijn gemaakt. Gezien de moeilijkheden omtrent detectie en het gegeven dat stilzwijgende collusie niet verboden is, maar wel schade voor consumenten kan opleveren, kan een meer preventieve aanpak worden overwogen om stilzwijgende collusie tegen te gaan, zoals het verplichtstellen om bepaalde regels in algoritmes op te nemen. Maatregelen om collusie te voorkomen kunnen echter ook de markt verstoren.

Eventuele regels voor algoritmes zouden daarom eerst getest kunnen worden in een testomgeving, waarin de markt en de werking van de algoritmes daarin gesimuleerd worden³⁷. Toezichthouders kunnen zo meer inzicht krijgen in de voorwaarden die algoritmische collusie waarschijnlijker maken.

³⁶ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4601_en.htm

³⁷ Ezrachi, A., & Stucke, M. E. (2017). Artificial intelligence & collusion: When computers inhibit competition. *U. Ill. L. Rev.*, 1775

Bij aansprakelijkheid voor kartelschade die wordt veroorzaakt door autonoom opererende algoritmes is het vooral belangrijk dat duidelijkheid komt. Wanneer een bedrijf dat ervoor kiest om een bepaald type algoritme te gebruiken, moet duidelijk zijn dat het er daarmee ook voor kiest om aansprakelijk te zijn voor enige redelijkerwijs te voorziene schade die door dat algoritme wordt veroorzaakt.³⁸

Misbruik van een machtspositie

Digitalisering kan handhaving van het verbod op misbruik van een machtspositie ingewikkelder maken. Een aantal recente mededingingszaken lijkt erop te wijzen dat toezichthouders in staat zijn om ook hier te kunnen handhaven.³⁹

Op bekende vormen van misbruik kunnen toezichthouders ook op online markten handhaven. In het recente besluit van de Europese Commissie in de *Android-zaak*⁴⁰ komen bijvoorbeeld gedragingen aan bod die veel gelijkenis vertonen met traditionele categorieën van misbruik, zoals koppelverkoop of exclusieve afname. Bij het handhaven van zowel excessieve prijzen als roofprijzen wordt het toezicht mogelijk complexer, doordat platforms die meerszijdige markten bedienen een prijsstructuur kiezen, waarbij de prijzen voor verschillende gebruikers van elkaar en van de sterkte van netwerkeffecten afhangen. Zolang als toezichthouders hier rekening mee houden, hoeft dit niet te betekenen dat handhaving onmogelijk wordt, maar wel dat zaken meer tijd in beslag nemen.

Bij nieuwe vormen van misbruik lijkt het mededingingstoezicht gehandhaafd te kunnen worden. In andere gevallen lijkt het mededingingstoezicht niet het meest logische instrument om problemen te adresseren.

1. *Uitsluiting door rangordes*: Dat toezichthouders kunnen handhaven bij deze vorm van misbruik, werd duidelijk in de Google Shopping zaak.⁴¹ De vraag is wel of altijd achterhaald kan worden of bepaalde rangordes die via algoritmes tot stand komen de mededinging kunnen beperken. In 2018 heeft de Europese Commissie een voorstel gedaan voor een Verordening⁴² die de relatie tussen platforms en diens zakelijke gebruikers reguleert. Daarin is onder meer als vereiste opgenomen dat platforms transparantie over de wijze waarop rangordes tot stand komen moeten verlenen.
2. *Beperken keuzevrijheid door gedragsgericht targeten*: Het lijkt moeilijk aan te tonen of het beperken van keuzevrijheid door het gebruik van algoritmes misbruik van een machtspositie kan zijn. Andere wetgeving grijpt hier mogelijk wel op aan. De voorgestelde New Deal voor consumenten bevat transparantieverplichtingen over

³⁸ Het WODC van het Ministerie van Justitie en Veiligheid start in 2018 het onderzoek «Juridische aspecten van algoritmen die zelfstandig besluiten nemen», waarin wordt gekeken naar de kansen en risico's die zich in de nabije toekomst gaan voordoen rondom algoritmen die besluiten nemen en hoe deze zich verhouden tot de bestaande juridische kaders; Tegen medio 2019 zal de Europese Commissie richtsnoeren uitbrengen voor de interpretatie van de richtlijn productaansprakelijkheid om te zorgen voor rechtszekerheid voor consumenten en producenten in het geval van producten met gebreken. In het geval van aansprakelijkheid voor kartelschade is het echter goed mogelijk dat het relevante rechtsgebied niet het productaansprakelijkheidsrecht, maar het overeenkomstenrecht betreft. Desalniettemin kunnen de richtsnoeren verduidelijking bieden over de mate waarin bedrijven aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de acties van algoritmes. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0237&qid=1526290928774&from=EN>).

³⁹ Zie bijvoorbeeld: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-04-382_en.htm

⁴⁰ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_en.htm

⁴¹ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_nl.htm

⁴² <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/regulation-promoting-fairness-and-transparency-business-users-online-intermediation-services>

de resultaten die consumenten te zien krijgen.⁴³ De Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) grijpt aan op geautomatiseerde besluitvorming als gebruikers daardoor in aanmerkelijke mate worden getroffen. Bij gedragsgericht targeten worden gebruikers echter vooral gestuurd in hun gedrag, zodat er niet altijd sprake is van een besluit. Dan is de AVG mogelijk niet van toepassing.

3. *Ondermaats investeren in privacy en gegevensbescherming*: Om een uniform niveau van bescherming van persoonsgegevens bij alle partijen te borgen is recent de AVG in werking getreden. Aangezien deze direct aangrijpt op privacy en gegevensbescherming, lijkt dit een logischer instrument dan het mededingingstoezicht. Dit laat onverlet dat concurrentie van invloed kan zijn op de mate van gegevensbescherming die platforms hun gebruikers bieden en aldus een zelfstandige waarde kan hebben om dit belang te realiseren.
4. *Geïndividualiseerde prijsdiscriminatie*: De AVG verplicht bedrijven om transparant te zijn over de verwerkingsdoeleinden van data, zodat consumenten bedrijven toegang tot hun data kunnen ontzeggen als deze voor geïndividualiseerde prijsdiscriminatie wordt gebruikt. Het is wel mogelijk dat bedrijven de betalingsbereidheid van consumenten op indirecte wijze berekenen of dat consumenten niet snappen waar ze toestemming voor geven en hoe dat van invloed kan zijn op de prijs die hen wordt aangeboden. Als een consument bijvoorbeeld toestemming geeft voor het verstrekken van persoonsgegevens voor marketingdoeleinden, dan kan het legaal zijn om op basis van die gegevens gepersonaliseerde kortingen te berekenen.

Fusietoezicht

Het fusietoezicht wordt complexer door datagedreven fusies in meerzijdige markten. Door expertise te ontwikkelen met nieuwe methodes om dergelijke fusies te beoordelen, kunnen toezichthouders zorgen dat het fusietoezicht toekomstbestendig blijft.

Om datagedreven fusies beter in het vizier van toezichthouders te krijgen, zou een meldingsplicht op basis van de transactiewaarde van een fusie kunnen worden ingevoerd. Dit lost uitdagingen omtrent het beoordelen van datagedreven fusies weliswaar niet op maar brengt deze zaken wel binnen het toezicht van mededingingstoezichthouders. Daarnaast zijn er methodes ontwikkeld om markten af te bakenen bij gebrek aan een monetaire prijs⁴⁴ en kunnen markten voor data worden afgebakend om te achterhalen of een platform na een overname dominant wordt over een specifiek soort data.⁴⁵ Toezichthouders kunnen ervaring met deze methodes opdoen. Ook kunnen toezichthouders en wetenschappers meer expertise en instrumenten ontwikkelen voor het beoordelen van effecten van fusies op niet-prijsparameters, zoals privacy of andere eigenschappen die gebruikers onder de noemer «kwaliteit» scharen.

⁴³ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3041_en.htm

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_en.htm

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_en.htm

⁴⁴ OECD (2013). *Policy Roundtables: The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis*, <http://www.oecd.org/competition/quality-in-competition-analysis-2013.pdf>; OECD(2009). *Policy Roundtables: Two-Sided markets*, <http://www.oecd.org/daf/competition/44445730.pdf>

⁴⁵ Graef, I. (2016). Data as essential facility: competition and innovation on online platforms.; OECD (2013), «Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value», OECD Digital Economy Papers, No. 220, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/5k486qtxldmq-en>.

Conclusie

De principes van het mededingingsrecht lijken over het algemeen voldoende flexibel om ook op deze nieuwe ontwikkelingen toepasbaar te zijn. Wel moeten toezichthouders blijven investeren in het ontwikkelen van kennis en expertise omtrent deze nieuwe technologieën, in samenwerking met andere toezichthouders, zodat ook de handhaving van deze principes mogelijk blijft.⁴⁶

Een aantal potentiële problemen lijkt moeilijk te adresseren met het mededingingstoezicht. In sommige gevallen kan aan aanpassingen in de toezichtspraktijk worden gedacht. In andere situaties is het mededingingstoezicht mogelijk niet het meest voor de hand liggende instrument om problemen aan te pakken, bijvoorbeeld op het gebied van privacy en gegevensbescherming. Dan kan gekeken worden naar andere bestaande regelgeving.

Discussievragen

1. In hoeverre bent u van mening dat de principes van het mededingingsrecht voldoende flexibel zijn om ook met nieuwe uitdagingen door digitalisering om te kunnen gaan?
2. Zijn er nieuwe uitdagingen voor het mededingingstoezicht die hier niet aan bod zijn gekomen?
3. Wat hebben mededingingstoezichthouders nodig om ook online te kunnen handhaven?

B. Aanvullende beleidsopties

Wanneer er geen sprake is van duurzame marktmacht, volstaat in beginsel het reguliere mededingingstoezicht achteraf. Aan het begin van de analyse kwam echter ook naar voren dat niet zeker is of de dynamiek van online markten ertoe kan leiden dat duurzame machtsposities ontstaan. Daarom worden hieronder de voor- en nadelen van mogelijke beleids-opties te verkend. Dat neemt niet weg dat per situatie een afweging gemaakt moet worden. Het gaat daarbij enerzijds om het risico op onnodig ingrijpen in de markt en de verstorende effecten die daar vanuit kunnen gaan. Anderzijds bestaat er een risico dat er niet wordt ingegrepen terwijl duurzame machtsposities wel ontstaan. Als een platform niet door concurrentiedruk in diens gedrag wordt begrensd, kunnen gebruikers namelijk worden opgezadeld met hogere prijzen, een lagere kwaliteit of minder keuzevrijheid. Een bedrijf met een duurzame machtspositie ervaart immers minder prikkels om te investeren in innovatie en efficiëntie.

Vanwege het grensoverschrijdende karakter van het internet en het gegeven dat de grootste platforms op mondiaal niveau opereren, zou het waarschijnlijk optimaal zijn om eventuele regelgeving ook op mondiaal niveau te implementeren. Bij gebrek aan mondiaal kader voor dergelijke regelgeving, ligt het voor de hand dat eventuele beleidsopties om online markten competitief te houden op Europees niveau geïmplementeerd worden.

⁴⁶ De Autoriteit Consument en Markt (ACM) zet de afgelopen jaren sterk in op de digitale economie. Zo heeft zij een team digitale mededinging en voert zij diverse marktstudies uit naar onder andere videoplatforms, prijszettingalgoritmes en appstores. Ook is de ACM actief in kennisuitwisseling en samenwerking bij Europese mededingingszaken met andere nationale en internationale toezichthouders

Daarnaast moet bij eventuele regelgeving rekening gehouden worden dat het voor grotere partijen vaak beter mogelijk is om aan regels te voldoen dan voor kleinere uitdagers met minder personeel en kapitaal. Daardoor kan extra regelgeving ook zelf een toetredingsbarrière vormen. Om dit te adresseren kan worden overwogen om in plaats van generieke regelgeving, regels te ontwerpen die enkel voor de grootste platforms gelden. Ook daar zitten echter haken en ogen aan. Als regelgeving enkel voor grote platforms geldt, kan dit er toe leiden dat platforms minder prikkels hebben om te groeien, omdat zij zich vanaf een bepaalde schaalgrootte aan strengere regels moeten gaan houden.

Nadelige effecten terugdringen

Zoals hierboven duidelijk werd, kan digitalisering handhaving van het verbod op machtsmisbruik ingewikkelder maken. In algemene zin – ook buiten digitale markten – is het aantonen van misbruik van een dominante positie al een complex en daarmee langdurig proces. Er kan daarom worden overwogen om in aanvulling op het ex post mededingingstoezicht regelgeving in te voeren die nadelige effecten van de macht van grote platforms tegengaan, ook wanneer deze «tijdelijk» is. Immers moeten platforms met een soort poortwachtersfunctie verantwoordelijk met hun positie omgaan. Als blijkt dat zij deze verantwoordelijkheid uit eigen beweging niet voldoende nemen, kan er voor worden gekozen het gewenste gedrag met regelgeving af te dwingen. Met name wanneer bepaalde problemen zich vaker voordoen of potentieel zeer blijvende of schadelijke effecten hebben kan dit efficiënter zijn.

Afhankelijkheid zakelijke gebruikers van platforms

Platforms die geen machtspositie bekleden, kunnen toch eenzijdig voorwaarden opleggen aan ondernemers als die geen andere manier hebben om klanten te bereiken. Tegelijkertijd bieden platforms juist aan kleine ondernemers de kans om veel meer consumenten te bereiken dan voorheen mogelijk was. De Europese Commissie heeft een voorstel gedaan voor een Verordening (zie noot 12), waarin wordt beoogd de relatie tussen platforms en ondernemers eerlijker en voorspelbaarder te maken. In het voorstel wordt platforms een aantal transparantieplichtingen opgelegd en moeten zij een intern mechanisme voor geschilbeslechting oprichten.

Een verdergaande optie dan in bovenstaand kader is beschreven, is om platforms met een poortwachtersfunctie te verplichten neutraal te zijn in hun rangordes of voorwaarden voor toegang tot het platform. Deze vereiste kan op een bredere set platforms van toepassing zijn of alleen op dominante spelers en kan de vereisten voor marktpartijen helderder maken. Deze optie dient wel gepaard te gaan met eisen op het gebied van transparantie en uitlegbaarheid van algoritmes om de regelgeving handhaafbaar te maken.

Markten betwistbaar houden

Naast maatregelen die de nadelige gevolgen van marktmacht proberen te verminderen, kan ook worden ingezet op maatregelen die marktmacht zelf proberen aan te pakken door concurrentie te bevorderen. Deze zijn met name relevant als het risico dat duurzame machtsposities ontstaan, groot wordt geacht. Verschillende structuurmaatregelen zijn denkbaar, die beogen concurrentie tussen platforms aan te jagen en die variëren in de mate waarin wordt ingegrepen op online markten.

Toegang vergemakkelijken:

Er zijn verschillende opties denkbaar om markttoegang voor uitdagers op markten waarop duurzame machtsposities kunnen ontstaan te vergemakkelijken, zonder dat er direct wordt ingegrepen in de marktstructuur:

1. *Data delen:* Een optie om datagedreven toetredingsbarrières weg te nemen is om bepaalde platforms te verplichten hun data met concurrenten te delen. Een algemene plicht om data te delen zou echter prikkels voor platforms om te investeren en innoveren kunnen beperken. Daarnaast lijkt een algemene verplichting niet verenigbaar met de AVG zonder aanvullende maatregelen om de persoonsgegevens te anonimiseren. Doordat het goed mogelijk is dat alleen grote platforms daaraan kunnen voldoen, zou de verplichting zelf een toetredingsbarrière kunnen gaan vormen. Data vormt ook niet in alle gevallen de oorzaak van concurrentieproblemen. Het lijkt dan eerder voor de hand te liggen om de mededingingstoezichthouder per geval te laten beslissen welke data moet worden gedeeld. Het moet alleen om data gaan die onmisbaar is om op gelijke voet met een dominant platform te kunnen concurreren. Hiervoor kan gebruik worden gemaakt van de essentiële-faciliteitsdoctrine. Die stelt dat een bedrijf met een machtspositie schuldig is aan misbruik wanneer het weigert om concurrenten tegen eerlijke voorwaarden toegang te verlenen tot een input die onmisbaar is om te kunnen concurreren. De interpretatie van deze doctrine zou mogelijkerwijs op een aantal punten moeten worden aangepast om ook toepasbaar te zijn op data.⁴⁷
2. *Dataportabiliteit voor zakelijke gebruikers:* Door zakelijke gebruikers van platforms het recht te geven om beoordelingen en recensies mee te nemen naar een ander platform, kunnen indirecte netwerkeffecten in mindere mate tot toetredingsbarrières leiden. Op grond van de AVG hebben natuurlijke personen het recht op dataportabiliteit, wat betekent dat zij data die zij hebben aangeleverd kunnen opvragen en exporteren naar een ander platform. Hierdoor verminderen hun overstapkosten en wordt meer concurrentie mogelijk. Er kan worden overwogen om zakelijke gebruikers eenzelfde recht te geven om beoordelingen en recensies van hun producten mee te nemen naar een ander platform. Zo kan meer concurrentie mogelijk worden, ook omdat overstapkosten vermoedelijk juist hoog zijn voor bedrijven met de beste beoordelingen. Er zou bij deze maatregel een manier moeten worden gevonden om aan de AVG te blijven voldoen, aangezien recensies doorgaans door natuurlijke personen worden aangeleverd. Daarom moet hun toestemming voor een nieuw gebruiksdoeleinde van de data worden verkregen bij het exporteren. Daarnaast moet worden voorkomen dat neprecensies een groter bereik krijgen. Als laatste zijn online recensies vaak een gecombineerde beoordeling van het platform en van de onderneming die beoordeeld wordt, zodat ook moet worden bedacht hoe deze van elkaar kunnen worden gescheiden. Dit is van belang om nadelige effecten op de prikkels voor platforms om in een goed reputatiemechanisme te investeren zoveel mogelijk te beperken.
3. *Interoperabiliteit:* Een verplichting tot vergaande interoperabiliteit is vooral geschikt om de concurrentie aan te jagen op platformmarkten waar directe netwerkeffecten een belangrijke rol spelen. Hierdoor worden interacties tussen gebruikers van verschillende platforms mogelijk, neemt het belang van netwerkeffecten af en raken

⁴⁷ Inge Graef geeft in haar proefschrift een manier waarop de doctrine kan worden gewijzigd om toepasbaar te zijn op data zonder daarbij minder bruikbaar te worden voor andersoortige essentiële inputs. Graef, I. (2016). Data as essential facility: competition and innovation on online platforms.

gebruikers minder snel ingesloten in een dienst. Interoperabiliteit is «het vermogen om te communiceren, programma's uit te voeren of gegevens uit te wisselen tussen verschillende systemen op een wijze waarbij de gebruiker geen of weinig kennis nodig heeft van de typische kenmerken van die systemen.»⁴⁸ Hiervoor kan per sector een standaard worden ontwikkeld. Bij berichtendiensten zou deze verplichting bijvoorbeeld betekenen dat een gebruiker van WhatsApp diens vrienden die Signal gebruiken een bericht kan sturen zonder over te hoeven stappen naar deze andere dienst. Door af te dwingen dat dominante platforms een zelfde mate van interoperabiliteit met diensten van derden aanbieden als met die van henzelf, raken gebruikers ook minder snel ingesloten in ecosystemen. Als voor deze optie wordt gekozen moet ook aandacht besteed worden aan het niveau waarop de standaard wordt ingezet, zodat wordt voorkomen dat de standaard zo strikt wordt dat deze zelf een toetredingsbarrière gaat vormen. Ook kan op deze manier worden veiliggesteld dat er ruimte is om nog steeds innovaties voor de eigen gebruikers in te kunnen stellen bovenop de standaard, zodat concurrentie op en om de markt mogelijk is.

Ingrijpen in de marktstructuur:

Wanneer het over de macht van de grootste platforms gaat, klinkt vaak de roep om deze op te splitsen. Deze vorm van ingrijpen op online markten is het meest vergaand vanwege de inbreuk op eigendom en economische vrijheden die deze vergt. Er zijn twee varianten te onderscheiden:

1. *Horizontale opsplitsing:* Bij horizontale opsplitsing zou een dominant platform worden opgeknipt in kleinere platforms die allen dezelfde dienst leveren, waarmee het makkelijker zou zijn te concurreren. Opsplitsing verandert echter niets aan de oorzaken van dominantie. Daardoor kan na verloop van tijd één van de afgesplitste onderdelen opnieuw dominant worden. Daarnaast kunnen discretionaire opsplitsingen prikkels voor bedrijven om te innoveren en te investeren om marktaandeel te verkrijgen verminderen.
2. *Afsplitsen van bedrijfsonderdelen:* Een dominant platform zou in dit geval worden opgeknipt op basis van afzonderlijke bedrijfsonderdelen. Hierdoor zou ecosystemevorming kunnen worden teruggedraaid. Het gebruiksgemak dat interoperabiliteit tussen de verschillende diensten van een platform biedt, neemt hierdoor echter af en eventuele synergievoordelen gaan verloren, zodat de efficiëntie kan afnemen.

Discussievragen

1. In hoeverre is het aannemelijk dat door de dynamiek van online platformmarkten duurzame machtsposities (zijn) ontstaan?
2. Wat is de rol van de overheid wanneer niet zeker is of er daadwerkelijk sprake is van duurzame machtsposities? Moeten concurrentiebevorderende maatregelen worden getroffen of is een andere aanpak verstandiger?
3. Welke marktvoorwaarde(n) zijn voldoende signaal dat het nodig is om in te grijpen met ex ante maatregelen?
4. In hoeverre is het opleggen van een verplichting tot het delen van (bepaalde) data aan dominante platforms een kansrijke manier om concurrentie op online markten aan te jagen?
5. Kan een recht op dataportabiliteit van ratings en reviews voor zakelijke gebruikers de concurrentie op online markten bevorderen?

⁴⁸ <https://www.iso.org/standard/63598.html>

6. Wanneer en voor welke diensten is het verplichten van vergaande interoperabiliteit wenselijk om overstapkosten van gebruikers te doen afnemen?
7. Welke andere beleidsopties zijn kansrijk om online markten competitief te houden?
8. Wat is, gezien het grensoverschrijdende karakter van het internet, het beste handelingsniveau om met uitdagingen omtrent platforms en mededinging om te gaan (nationaal, Europees, internationaal) en waarom?