

Vergaderjaar 2018–2019

35 134

Initiatiefnota van het lid Verhoeven over mededinging in de digitale economie

Nr. 2

INITIATIEFNOTA

1. Inleiding

Monopoliebestrijding en mededingingswetgeving is geen onderwerp dat pas deze eeuw het onderwerp van discussie is geworden. Maar in de digitale economie is het mededingingsaspect bezig met de grootste comeback sinds Lazarus.

In 1890 werd in de Verenigde Staten de *Sherman Antitrust Act* aangenomen. De Sherman Act was een reactie op de grote en machtige ondernemingen die konden ontstaan als gevolg van de industrialisering. Bedrijven als Rockefeller's Standard Oil en The American Telephone and Telegraph Company (Bell Telephone Company) voerden een agressieve strategie om concurrenten buiten de markt te houden en hielden prijzen kunstmatig hoog. Op basis van de Sherman Act werden deze bedrijven gedwongen zichzelf op te splitsen. Ze waren te machtig, te dominant op de markt en de consument leidde onbewust onder het gebrek aan keuze. De parallellen tussen de Standard Oil en AT&T in 1900 en de Big Tech anno 2018 zijn voor iedereen te trekken, te zien en te voelen. Ook nu zou de overheid moeten ingrijpen, maar het ontbreekt nog aan concrete mogelijkheden om dit te doen. Dat heeft te maken met diverse aspecten van het mededingingsbeleid.

De Europese mededingingswetgeving en de daarvan afgeleide Nederlandse wetgeving zijn gebaseerd op de Sherman Act. De harmonisering op Europees niveau heeft korte metten gemaakt met het Nederlandse kartelparadijs dat jarenlang eenvoudig in stand werd gehouden. De mededingingswetgeving heeft de tand des tijds redelijk doorstaan, maar een herijking is nu nodig. Onze regels en mogelijkheden om in te grijpen, zijn immers te klein, te laat en maken het mogelijk voor deze giganten om buiten schot te blijven van de mededingingsautoriteiten.

De handelsbelemmering die in 1911 Standard Oil op haar knieën dwong, laat zich immers slecht vertalen naar de verdienmodellen van het digitale tijdperk. De criteria prijzen, productie en kwaliteit verhouden zich moeizaam tot mededingingsvraagstukken rond grote techbedrijven als

Alphabet (het moederbedrijf van Google), Facebook en Amazon, waarin data en algoritmes het smeermiddel zijn voor het bedrijfssucces.

Hoe blij de consument ook mag zijn met zijn Facebook-account en de accurate zoekresultaten op Google, hij ondervindt wel degelijk schade door de dominante positie van Big Tech. Niet in de portemonnee, maar wel wat betreft de hoeveelheid keuze die hij of zij heeft. Standard Oil en AT&T zijn uiteindelijk opgesplitst, omdat ze *the only game in town* waren. Men had geen keuze: wie wilde tanken, tankte bij Standard Oil. Wie wilde bellen, belde met AT&T.

De hedendaagse techbedrijven houden concurrentie buiten de deur op dezelfde wijze als Standard Oil en AT&T dit deden in het verleden. Zo wordt nu de keuzevrijheid van consumenten ingeperkt door de hoge overstapdrempels en door de sturende hand van onzichtbare algoritmes. Ten tweede dwingt de toegangspoort-werking om transacties via deze ondernemingen te laten lopen. Ten derde gaat het commerciële belang van de adverteerder boven het inhoudelijke belang van de gebruiker. Ten vierde misbruiken de techreuzen hun marktverstijgende megaschaal voor praktijken als koppelverkoop (losse producten als een verplicht pakket verkopen), prijsbeperkingen en dumprijzen om een bepaalde markt in handen te krijgen.

Zo groeit hun marktmacht en zo worden ze steeds minder vatbaar voor concurrentie en innovatie. Uitdaggers worden weggedrukt, klein gehouden en anders opgekocht. Techgiganten zijn de poortwachters van de digitale economie. Juist door het netwerkeffect zijn de drempels om toe te treden tot de markt hoog. Mocht er dan toch een nieuwe partij opduiken die genoeg mensen aan zich weet te binden, dan is de praktijk dat deze wordt opgekocht en ingelijfd. Zo werd Instagram in 2012 door Facebook ingelijfd en ondervond WhatsApp twee jaar later hetzelfde lot. YouTube hield het vanaf de oprichting in februari 2005 (hetzelfde jaar dat Google Android kocht) nog geen twee jaar uit, voordat het werd opgekocht door Google in november 2006.

Met deze overnames worden mogelijke bedreigingen voor de status quo op simpele wijze geneutraliseerd. En als een overname toch niet van de grond komt, wordt een bepaalde dienst gekopieerd. Zo kopieerde Facebook diverse diensten van Snapchat nadat een overnamebod werd geweigerd. Zo wordt innovatie vaak in de kiem gesmoord.

De schade, de handelsbelemmering, die op deze wijze plaatsvindt, vertaalt zich niet naar hogere prijzen of meer kosten voor de gebruiker – de schade zit hem in de producten en diensten die de gebruiker nooit te zien krijgt. De bedrijven opereren niet in een markt, maar zijn een markt. Daarmee rijst het vraagstuk of deze bedrijven niet «too big to fail» zijn. Er is zelfs een afkorting ontstaan om de ongewenste effecten van Big Tech samen te vatten. «BAADD»: big, anti-competitive, addictive and destructive to democracy.

Er rijst ook het vraagstuk of de techreuzen niet beschouwd moeten worden als monopolies; sommigen suggereren zelfs dat er sprake is van een «monopsonie» door het sterke «winner-takes-all»-principe.

Politici hebben al veel ondernomen om internet- en technologiebedrijven te reguleren: via de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG), door de invoering van een digitaks, via het auteursrecht, door nepnieuws te bestrijden en lokaal door afspraken te maken met bedrijven als Airbnb.

Op steeds meer plekken dringt het besef door dat de grootte en dominantie van deze techreuzen een belemmering vormen voor een gezonde, dynamische economie. Het ideaal van competitie moet weer vooraan komen te staan. Daarom kiest de initiatiefnemer om dit te regelen via het mededingingsbeleid.

Deze initiatiefnota gaat om meer dan alleen een economisch principe. Data die afkomstig zijn van de consument is de ruwe grondstof waarmee de techgiganten waarde creëren. Het argument voor een agressieve monopoliebestrijding is daarmee ook een politiek principe. Een gezonde marktcompetitie is ook een democratisch principe. Concentraties van data, macht en geld moeten betwistbaar zijn. Macht op deze terreinen gaat vaak gepaard met politieke macht. Macht, in welke vorm dan ook, moet verspreid en uitgedund worden. Macht, kortom, vereist tegenmacht.

Monopoliebestrijding moet de schwing van de 20ste eeuw terugvinden en dat vereist een nieuwe blik. In deze initiatiefnota worden daarom voorstellen gedaan om big tech weer terug te brengen in de discipline-rende sfeer.

Omdat consumenten niet gebaat zijn bij economische grootmachten die hun energie steken in het dwarsbomen van innovatie. Omdat vrije markten alleen welvaart genereren als ze voor iedereen toegankelijk zijn. En omdat de democratie altijd het laatste woord moet hebben.

2. Data en de mededingingsregels

Het behoeft geen verdere uitleg dat data de smeerolie is van het succes van grote internet- en technologiebedrijven zoals Facebook, Amazon, Apple, Netflix en Google (hierna FAANG's). En net zoals elk bedrijf zouden ook deze bedrijven zich aan regels moeten houden. En doen zij dat niet, dan moet er worden ingegrepen. Maar zoals in de inleiding van deze initiatiefnota al wordt vermeld, ontspringen deze bedrijven aan bijna alle regels, lappen ze fundamentele waarden aan hun laars en komen ze er ook nog eens mee weg. Niet omdat er een maas in de wet zit, maar omdat veel wetten en regels überhaupt niet van toepassing zijn. De enige manier om het publieke belang te dienen en de monopolies van deze bedrijven actief en agressief te bestrijden, is door een eerlijke marktwerking te af te dwingen. En de enige manier om een eerlijke marktwerking af te dwingen, is door een modernisering van het Europees en nationaal mededingingsbeleid. Daarin zijn namelijk de spelregels bepaald wat wel en niet mag. De bepalingen uit het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna VWEU) zijn een zeer belangrijk onderdeel van het *acquis communautaire*. Het Nederlandse mededingingsrecht is zoals eerder beschreven nauw verweven met het mededingingsrecht van de Europese Unie. In 1997 heeft toenmalig Minister Wijers (D66) de Mededingingswet door de Tweede Kamer weten te loodsen.

Basisprincipes: het kartelverbod en het verbod op misbruik van een economische marktmacht

De basisprincipes voor een vrije mededingingen en een interne markt zijn helder: a) het is verboden een kartel te vormen en daarvan te profiteren, en b) het is verboden misbruik te maken van een economische machtspositie. Toch heeft het er alle schijn van dat de grote internet- en technologiebedrijven zich hieraan schuldig maken. De data die zij bezitten en de techniek om die data te verwerken om vervolgens commercieel in te zetten zijn een essentiële faciliteit en een vermogensbestanddeel die geïntroduceerd moeten worden in het mededingingsbeleid.

Vooropgesteld: er bestaat nog geen eenduidige definitie van de term data. In deze initiatiefnota wordt met data de rauwe, feitelijke gegevens bedoeld die gekoppeld zijn aan, of afkomstig zijn van een persoon, vaak in combinatie met de opslag op een computer of in een *cloud*. Vaak lopen de termen data en big data door elkaar. Ook over de definitie van big data worden experts en beleidsmakers het niet eens. In deze nota wordt met big data de aspecten bedoeld die te maken hebben met het snel produceren en verzamelen van grote hoeveelheden en verschillende type data en de verwerking daarvan met nieuwe technologische processen en algoritmes. Wil data een plek krijgen in de regelgeving, dan moeten er op Europees niveau afspraken te maken over de definitie van data en big data in een economisch perspectief.

Toepassing van het Europees Verdrag en de Nederlandse Mededingingswet

De toepassing en handhaving van het EU-mededingingsrecht is een bevoegdheid die de Europese Commissie deelt met de nationale mededingingsautoriteiten (in Nederland met de Autoriteit Consument en Markt) en de nationale rechters. Het succes van deze mededingingssysteem hangt niet alleen van het optreden van de Commissie af, maar ook van het handelen van de nationale autoriteiten. De kern zit in artikel 101 en 102 VWEU.

Artikel 101 VWEU luidt als volgt:

Onverenigbaar met de interne markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en vooral die welke bestaan in:

- a. *het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden;*
- b. *het beperken of controleren van de productie, de afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen;*
- c. *het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen;*
- d. *het ten opzichte van handelspartners toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging;*
- e. *het afhankelijk stellen van het sluiten van overeenkomsten van de aanvaarding door de handelspartners van bijkomende prestaties welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.*

Het heeft er alle schijn van dat een bedrijf zoals Alphabet, het moederbedrijf van Google, dusdanig veel bedrijven in bezit heeft dat er onderzocht zou kunnen worden wat de negatieve invloed van dit bedrijf is op technische ontwikkelingen in de markt. Maar ook op marktinvesteringen in bijvoorbeeld technologische startups en scale-ups. Door het grote aantal overnames worden de markten en de voorzieningsbronnen gedeeld binnen deze zelfde groep van ondernemingen. Daarmee zouden lid b) en c) van toepassing kunnen zijn op deze bedrijven. Hoewel artikel 101 VWEU in eerste instantie niet gebruikt lijkt te kunnen worden om de bestaande technologiebedrijven te kunnen reguleren, is het tegendeel echter waar. Artikel 101 VWEU schrijft voor dat het verboden is onderling markten of voorzieningsbronnen te verdelen. In de digitale economie die draait op data, is de consument zelf de markt, maar ook de voorzieningsbron. Het is bekend dat door clustering van diverse bedrijven data wordt verzameld en gedeeld (Facebook, WhatsApp, Instagram). Door die

concentratie van bedrijven worden dus de voorzieningsbron en de (adverteerders)markt met elkaar gedeeld. Het is echter lastig aan te tonen of door deze overnames de handel tussen EU-lidstaten ongunstig wordt beïnvloed. Feit is wel dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd.

Het wordt echter nog nijpender als er gekeken wordt naar artikel 102 VWEU. Dit artikel bepaalt dat *«het onverenigbaar met de interne markt en verboden is, voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan»*.

In de Nederlandse mededingingswet is dit verbod vastgelegd in Artikel 24.

Dit misbruik kan vooral bestaan in:

- a. het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;
- b. het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers;
- c. het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging;
- d. het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

Spraakmakende voorbeelden van economisch machtsmisbruik uit het verleden, waar na lang onderzoek ook boetes voor werden uitgeschreven zijn de zogenaamde Google Shopping-zaak (waarin Google Search de resultaten van zijn eigen prijsvergelijker bovenaan Google Shopping zette, terwijl concurrenten lager op de lijst kwamen) en de Google/Android-zaak waarin Google een boete kreeg omdat consumenten gedwongen werden Google-apps te installeren als hun telefoon draaide op het door Google gemaakte besturingssysteem Android.

De problematiek om te bewijzen dat er sprake is van misbruik van een economische machtspositie en schending van de regels, is dat er behoorlijk wat stappen moeten worden gezet. Zo moet los van de definitie van data de relevante markt worden afgebakend, moet er nagegaan worden of een machtspositie bestaat, moet onderzocht worden of bepaalde gedragingen misbruik opleveren en er moet een effect op de handel tussen lidstaten worden vastgesteld.

3. Economische kenmerken van data

Elke onderneming wil graag zoveel mogelijk leren en weten over de interesses van een klant om zo producten of diensten te verbeteren, en nog gerichter te kunnen adverteren.

De technologische veranderingen in de digitale economie hebben echter gezorgd voor een revolutie op dit gebied. Tegenwoordig draait bijna elke economische sector op verzamelde data. Daarom verdient het economische voordeel dat gehaald kan worden uit data steeds meer aandacht.

Wat niet vergeten mag worden, is dat het gebruik van data heeft geleid tot verbeterde producten en diensten, en tot economische efficiëntie. Zo wordt Google's zoekmachines en het ondersteunende algoritme steeds

meer gefinetuned door een veelvoudigheid aan data: gebruikersprofielen, zoekopdrachten en de clicks op de verschenen zoekresultaten.

Dat is ook standaard het verweer van de grote techbedrijven als de vraag weer opduikt of ze niet beter «opgeknipt» kunnen worden. Ze vinden dat ze de consument veel goeds gebracht.

Bij sommige bedrijven is data niet zozeer de brandstof waarop het algoritme leeft, maar min of meer het product zelf, bijvoorbeeld Tinder. Hoe meer zielen, hoe aantrekkelijker de community (want hoe meer kans dat je je ideale partner in de vijver zit), hoe meer vreugde. Of kijk naar YouTube: het videoplatform wordt steeds aantrekkelijker naarmate er meer video's op te zien zijn.

Ook ontstaan er compleet nieuwe bedrijven of bedrijfsmodellen door toegang tot bepaalde data. Data die wordt verkregen door telecomoperators wordt gebruikt door aanbieders van navigatiesoftware op mobiele telefoons, bijvoorbeeld Google Maps, om zo betere verkeersinformatie te kunnen geven.

Data worden verder ook gebruikt om gericht potentiële klanten te benaderen. Bedrijven kunnen advertentiekosten dus reduceren door de gerichtere inzet van advertenties. Bedrijven zullen naar verwachting zelfs de prijs van hun product individueel aanpassen naar gelang het verwachte spendeerptraan van de individuele consument en zijn gevoeligheid voor prijsacties. Amazon experimenteert al met deze vorm van prijsbepalingen.

Onze economie, het bedrijfsleven draait nu dus al grotendeels op het verzamelen, verwerken en commercieel inzetten van data. Daarmee is data de nieuwe ruwe grondstof in het digitale tijdperk. De waarde die je aan data kan toekennen is daarmee nauw gelinkt aan de economische (meer)waarde, en daarom moet data een grotere rol spelen bij het beoordelen van mededingingsvraagstukken.

Data spelen een grote rol bij het transparant en overzichtelijk maken van de markt. Vanuit een economisch en consumentenperspectief kan dat grote voordelen hebben: prijsvergelijkers of platforms als Booking.com maken het voor consumenten mogelijk om zich beter te informeren over hun keuze en om de concurrentie met elkaar te vergelijken. Een platform als Marktplaats.nl heeft ook veel betekend op het gebied van markttransparantie: zonder dit platform zouden veel producten niet in handel zijn gebracht.

Anderzijds kan data over concurrentie en hun prijzen ook door bedrijven worden gebruikt op een manier die leidt tot een beperking van concurrentie. Amazon houdt via een algoritme al in de gaten voor welke prijs concurrenten hetzelfde product aanbieden en past haar eigen prijs daar weer op aan. Dat kan weliswaar leiden tot een mooie deal (of juist niet!) voor de consument, maar doordat Alibaba vaak de laagste prijs heeft, maakt zij het lastig voor de concurrentie om zich te kunnen onderscheiden.

Daarnaast kunnen diezelfde algoritmes ertoe leiden dat de prijs juist overal wordt opgedreven als blijkt dat er opeens veel vraag is of als de consument bereid is veel te betalen. Deze price-fixing wordt door diverse experts gezien als groot en complex risico. Als data zo belangrijk is voor het succes van een bedrijf, zullen concurrenten altijd meer data, meer en betere analyses van data, en een betere verwerking van die data moeten ontwerpen om überhaupt mee te kunnen en/of een voordeel te halen ten koste van hun rivaal.

Om een betere toegang te krijgen tot data, is het altijd de eerste corporate strategie om andere bedrijven over te nemen die al veel data in bezit hebben of om te fuseren met hen. In veel markten is een fusie tussen een gevestigde partij en een innovatieve nieuwkomer geen groot probleem: het heeft vaak een lage impact op de bestaande marktstructuur omdat de nieuwkomer een laag marktaandeel heeft of omdat überhaupt geen horizontale overlap is. Echter, in data-gerelateerde markten kan zo'n fusie leiden tot gedifferentieerde datatoegang en dus tot verhoging van de concentratie van data in de markt. Zeker als die nieuwkomer bijvoorbeeld data heeft op een andere markt dan de grote partij.

Het is dus ook van belang om te kijken hoe die data wordt verkregen. Ook dat zorgt voor een verschil in commerciële waarde. Data worden vaak vrijwillig afgestaan. Bij een webwinkel verstrek je je adres, e-mailadres en je betaalgegevens; bij een Facebookaccount geef je informatie over je adres, opleiding, hobby's, voorkeuren en geef je Facebook toegang tot je persoonlijke berichten. Maar data wordt ook verzameld door surf- en clickgedrag te observeren, soms zonder dat je het weet. Ook het verkrijgen van zogenaamde «third party data» is een issue geworden dankzij het schandaal van Cambridge Analytica/Facebook. En data kan worden verkregen door een analyse van bestaande data. Een bedrijf met meerdere webdiensten kan bijvoorbeeld een combinatie van gebruikersgegevens gebruiken om tot nieuwe informatie te komen over het gedrag van een consument.

Concluderend: data is een essentiële faciliteit die niet exclusief mag toebehoren aan een monopolist. Omdat het gevaar van een kartel dreigt. Omdat misbruik van een economische machtspositie op de loer ligt. Omdat voorkomen beter is dan genezen, is de initiatiefnemer van mening dat de volgende zaken moeten worden aangepakt.

4. Marktafbakening in een datagedreven economie met meerzijdige markten

Voor de toepasselijkheid van artikel 102 VWEU en de rol van de toezichthouders moet allereerst de relevante markt worden afgebakend, zowel naar product als naar plaats (geografisch). De «relevante markt» bestaat uit die producten/diensten en geografische markten die concurrentiële druk uitoefenen op een product dat wordt aangeboden, waardoor de mogelijkheid om de prijs te verhogen, wordt beperkt. Maar in het geval van platformen en functies zoals de zoekmachine Google zijn veel diensten gratis. Voor het afbakenen van de relevante markt hebben de mededingingsautoriteiten een algemeen economisch geaccepteerd instrumentarium tot hun beschikking. Het hart daarvan wordt gevormd door een conceptueel gedachte-experiment dat bekend staat als de SSNIP-test: de Small but Significant and Non-transitory Increase in Price. Maar het gebruik van Facebook, Google en Amazon is zoals gezegd vaak gratis voor de gebruiker, dus fictieve prijsverhogingen voor deze diensten en welke gevolgen dat heeft voor de consumentenkeuze zijn niet van toepassing. Daarnaast zijn platforms actief op zogenaamde meerzijdige markten wat leidt tot een netwerkeffect. De SSNIP-test is daarom niet langer te hanteren als deze niet wordt uitgebreid.

Er moet in de toekomst daarom meer rekening worden gehouden met de eigenschappen van de meerzijdige markten. Gebeurt dat niet, dan leidt dat tot verkeerde marktafbakeningen en is het mededingingsrecht niet meer toereikend.

Fusies tussen bedrijven die gebruikersdata verwerken of de verwerking van die data mogelijk maken moeten op zo een manier beoordeeld worden dat er ex ante verplichtingen kunnen worden opgelegd.

Data als een essentiële faciliteit voor een gezonde competitie

Aan data en de verwerking daarvan mag een zeer een grote waarde worden toegekend. Exclusieve toegang tot specifieke data kan al snel leiden tot een economische machtspositie van een onderneming leiden. Ook kan het verzamelen van data leiden tot grote toetredingsbarrières voor nieuwkomers op de markt als het hen niet mogelijk wordt gemaakt om dezelfde soort data te verzamelen of toegang te krijgen tot dezelfde typen data die reeds in handen zijn van de grote gevestigde bedrijven. Toegang tot een grote hoeveelheid data of een grote variëteit aan data is cruciaal voor eerlijke concurrentie op de markt. Daarmee is data dus een essentiële faciliteit, die gedeeld moet worden.

Daarnaast is het vanuit economisch en maatschappelijk perspectief onwenselijk dat bedrijven zoveel klanten hebben en daarmee over zoveel data beschikken dat het onmogelijk wordt gemaakt voor concurrenten om dezelfde kwaliteit en kwantiteit te vergaren. Deling van data die voor concurrentie essentieel is, kan bijdragen aan een gelijk spelveld voor partijen die aanvankelijk geen toegang tot deze of vergelijkbare essentiële data hebben.

Verplichte datadeling

Verplichte datadeling en/of de technologie om data te kunnen verwerken, om zo het principe van gezonde competitie levend te houden, al dan niet opgelegd door nationale en Europese mededingingsautoriteiten, wordt door technologiebedrijven bestreden. Het belangrijkste argument is dat «hun» data nu al via derde partijen voor elke concurrent toegankelijk is. Dat doet echter geen recht aan de praktijk: één setje data zal nooit leiden tot echte concurrentie omdat de gevestigde partijen een gigantische voorsprong hebben op het gebied van kwaliteit én kwantiteit van data.

Om data te kunnen delen is het belangrijk dat bedrijfsgeheimen, eigendomsgegevens en concurrentievoordelen niet worden gecompromitteerd. Daarnaast moet het delen van data voldoen aan regulering zoals de AVG. Het delen van data tussen bedrijven kan als daaraan wordt voldaan meerwaarde creëren voor die bedrijven zelf. Helaas wordt dat door veel bedrijven niet ingezien. De mededingingsautoriteiten zouden daarom moeten kunnen ingrijpen en datadeling verplicht moeten stellen. Dat kan op meerdere manieren als een herenakkoord ten aanzien van vrijwillige datadeling op het FRAND-principe (fair, reasonable and non-discriminatory) niet nagekomen wordt: door het voorwaardelijk stellen van contractuele overeenkomsten waarin bepalingen zijn opgenomen ten aanzien van het koppelen van licenties aan een dataset, open data, data-pooling en data-mining (een bezigheid die erop gericht is statistische verbanden te vinden in grote datasets).

Hierin schuilt wel het gevaar dat de positie van sommigen bedrijven onbewust verzwakt wordt, doordat een concurrent zomaar toegang krijgt tot de meest strategische bedrijfsinformatie.

Daarnaast zouden concurrenten gemakzuchtig kunnen meeliften op jarenlange investeringen van hun rivaal in de ontwikkeling en optimalisering van bepaalde technieken. Tot slot zou het verplicht delen van data ook vraagstukken oproepen op het gebied van privacy. Je wilt immers niet dat door een fusievoorwaarde de privacywetgeving wordt overtroefd, en

dat bedrijven data van consumenten uitwisselen zonder dat daar toestemming voor is gegeven of dat data zomaar in handen van derde partijen vallen met wie de consument geen enkele relatie heeft. Toch zijn er genoeg redenen om verplichte datadeling wel op te leggen door de toezichthouders: het verkleint het risico op het ontstaan van en misbruik van een economische machtspositie en daarmee sterke toetredingsdrempels. Het is een lastige verhouding: de mededingingsissues op het gebied van het verzamelen en gebruiken van (persoonlijke) data en de negatieve impact daarvan op privacybescherming. Privacywetgeving valt namelijk feitelijk buiten de scope van de Europese mededingingsregels. Zorgen over privacy zijn dus geen onderwerp waar mededingingsautoriteiten zich nu nog mee bezig houden. Dit moet veranderen.

Want hoewel databescherming en de mededingingswetgeving andere doelen nastreven, kunnen ze niet langer los van elkaar worden gezien. Bedrijfsmodellen en beslissingen van een bedrijf over het verzamelen en gebruiken van data heeft namelijk ook een economische en competitieve dimensie.

Deze economische en competitieve dimensie is geen nieuw fenomeen. Ook in de «oude» economie speelden data een rol, bijvoorbeeld om gericht advertenties onder de aandacht te brengen bij consumenten, om winkelgedrag of voorkeuren te voorspellen of om de efficiency van eigen medewerkers te analyseren en te verbeteren. Het hele marketingprincipe zoals wij dat kennen is gebaseerd op marktonderzoek waar systematisch data wordt verzameld, verwerkt en geanalyseerd.

Regulering bij fusies, overnames en joint ventures

Er moet meer specifieke aandacht komen voor niet-horizontale fusies. Dat kunnen verticale fusies zijn of fusies met een conglomeraatkarakter. Een verticale fusie is een concentratie van ondernemingen die op verschillende niveaus van de leveringsketen. Een fusie met een conglomeraatkarakter is een fusie tussen ondernemingen waarvan de onderlinge betrekkingen noch horizontaal zijn (zoals tussen concurrenten op dezelfde markt), noch verticaal (zoals tussen leveranciers of afnemers). De Commissie heeft daar speciale richtsnoeren voor vastgesteld (C 265/6). Er zijn twee belangrijke manieren waarop niet-horizontale fusies de daadwerkelijke mededinging kunnen belemmeren: niet-gecoördineerde effecten en gecoördineerde effecten.

Niet-gecoördineerde effecten kunnen zich vooral voordoen wanneer niet-horizontale fusies marktafscherming teweegbrengen. In de richtlijnen van de Commissie wordt het begrip marktafscherming gebruikt om elke situatie te beschrijven waarin als gevolg van de fusie de toegang van daadwerkelijke of potentiële concurrenten tot voorzieningsbronnen of afzetmarkten wordt belemmerd of geblokkeerd. Op die manier wordt de mogelijkheid en/of prikkel van deze ondernemingen om te concurreren verminderd. Dergelijke situaties komen neer op een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging en worden daarom concurrentieverstorende marktafscherming genoemd.

Gecoördineerde effecten doen zich voor wanneer de fusie de aard van de mededinging zodanig verandert dat ondernemingen die voorheen hun gedragingen niet coördineerden, nu in significante mate sterker geneigd zijn hun marktgedrag te coördineren of de daadwerkelijke mededinging op andere wijze te belemmeren. Een fusie kan coördinatie ook eenvoudiger, stabiel of doeltreffender maken voor ondernemingen die al voor de fusie coördineerden.

Het probleem in de praktijk is dat de Commissie dergelijke fusies niet grondig zal analyseren, op basis van de huidige benadering van marktaandeel en graad van marktconcentratie via de HHI (Herfindahl-Hirschmann Index). Het is de standaard geworden om dit niet uit te voeren, waardoor diverse bedrijven inmiddels zijn opgegaan in grote(re) technologiebedrijven.

Om te voorkomen dat technologische startups straks grotendeels in handen vallen van dezelfde ondernemingen, moet de Commissie bij elke fusie, overname of joint venture van een technologie- of internetbedrijf altijd een grondige analyse gaan uitvoeren naar de marktpotentie en een mogelijke toekomstige uitbreiding van een van de fuserende ondernemingen, bijvoorbeeld als gevolg van een recente innovatie.

Beperking van het marktaandeel: voorwaardelijk en broodnodig

Deze nieuwe analyses vragen om aanscherping van het instrumentarium en criteria om bijvoorbeeld de omvang van de markt en het marktaandeel vast te stellen. Die dienen dus niet statisch beschouwd te worden maar rekening te houden met technologische en marktontwikkelingen. Tot die conclusie komt ook Ecorys bijvoorbeeld in haar onderzoeksrapport naar big data en mededinging.

Bij het bepalen of een bedrijf een machtspositie inneemt wordt gekeken in hoeverre dit bedrijf mededinging verhindert doordat zij sterk genoeg is om zich onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en de consumenten te gedragen. In de praktijk kan dat natuurlijk nooit: als consumenten «vertrekken», wordt er niets meer verkocht. Dat geldt ook voor platforms die vaak draaien op advertenties en zo het platform draaiend houden. Bij de beantwoording in hoeverre een bedrijf zich in belangrijke mate onafhankelijk kan gedragen, wordt vooral gekeken naar de omvang van marktaandelen van de onderneming. Is het marktaandeel boven de 50%, dan wordt er vanuit gegaan dat er sprake is van een machtspositie.

De grote techbedrijven hebben allemaal een marktaandeel van (ruim) boven de 50% en hebben dus een machtspositie. Daar is niets mis mee, behalve als dit leidt tot hoge toetredingsdrempels. En dat is het geval. Als het marktaandeel gegarandeerd onder de 50% komt te liggen worden grote onderneming gedisciplineerd en toetredingsdrempels voor nieuwkomers verlaagt. Het dwingt deze bedrijven dan ook om te blijven innoveren en zichzelf te verbeteren wat uiteindelijk de consument ten goede zal komen.

De mededingingswetgeving zou ten aanzien van de platformeconomie aangepast moeten worden, zodat het bezit van een machtspositie wordt voorkomen. Concreet zou er in artikel 102 VWEU een plafond moeten worden geïntroduceerd op het gebied van marktaandeel. Daarmee kan de Europese Commissie en de Nederlandse toezichthouder bij fusies, overnames of gemeenschappelijke ondernemingen/joint ventures vooraf beoordelen of dit gaat leiden tot een conform de nieuw te hanteren maatstaf te groot marktaandeel. Naast het marktaandeel moeten ook bijkomende factoren als restconcurrentie, technologische voorsprong van de betrokken onderneming, het bezit van octrooien en financiële slagkracht zwaarder meewegen dan nu het geval is.

De integratie van data in het concentratietoezicht, omzetrempels en waarderempels

Het concentratietoezicht kent een duidelijke scheiding tussen de bevoegdheid van de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten. De Commissie is alleen bevoegd om concentraties met een communautaire dimensie te beoordelen. De nationale mededingingsautoriteiten hebben dus een brede bevoegdheid om concentraties op de nationale markten te onderzoeken. De bevoegdheid van de Commissie om concentraties te beoordelen, is nauwkeurig omschreven in de concentratieverordening (Verordening (EG) nr. 139/2004). Vast moet staan dat er sprake is van concentraties en daarnaast moeten bepaalde omzetrempels zijn overschreden. Diverse pogingen ten spijt om de Europese omzetrempels te wijzigen, is er sinds 1989 niets gewijzigd op dit gebied.

De initiatiefnemer is van mening dat mededingingsautoriteiten op basis van de huidige Concentratieverordening niet alle relevante transacties kunnen worden gecontroleerd. De discussie over die concentratieverordening kwam onder andere op gang na de overname van WhatsApp door Facebook in 2014. In tegenstelling tot wat er logischerwijs verwacht mag worden, was de overname vanwege de lage omzet van WhatsApp in diverse lidstaten niet meldingsplichtig omdat de doelvennootschap nog maar een geringe omzet behaalde, terwijl die onderneming voor het concurrentieproces mogelijk wel (zeer) relevant was of binnenkort werd, en ondanks de hoge jaaromzet en overnameprijs.

In onder andere Duitsland en Oostenrijk heeft dat ertoe geleid dat de omzetrempels in deze landen verlaagd zijn, waarmee de kans is vergroot dat een transactie in Duitsland gemeld moet worden bij het Bundeskartellamt, de Duitse Autoriteit Consument en Markt. Daarnaast heeft de Duitse wetgever bepaald dat los van alle drempels ook een transactie gemeld moet worden als het «target» in *substantiële* mate actief is in dat land.

In navolging van deze landen moet ook Nederland de meldingsplichtige omzetrempels verlagen, zodat er niet langer sprake is van enkel een omzetrempel, maar van een (transactie)waarderempel. Als de waarde van een overname een bepaald bedrag overstijgt als gevolg van waardevolle data, analysetechnieken of datatoepassingen, dan zouden fusies ook gemeld moeten worden. Daarmee kunnen technologische startups beschermd worden en wordt voorkomen dat de grote techbedrijven te machtig worden.

Deze aanpassing van het zogenaamde toepassingsbereik concentratietoezicht kan geregeld worden met een algemene maatregel van bestuur, conform artikel 29 Mw. Hoewel Art. 25 lid 3 Mw bepaalt dat de drempel telkens voor een periode van 5 jaar verlengd kan worden, voorziet dit artikel nog niet in een waarderempel. De Mededingingswet moet daarom op dit onderdeel worden aangepast.

Transparantie over data en technologie

Aanvullend op de deze waarderempel moet de rol die data speelt in het bedrijf ook behandeld worden in het mededingingsrecht. Bij het concentratietoezicht wordt nu nog alleen gekeken naar de omzet. Maar door de hoeveelheid verworven data van burgers te erkennen als een vermogensbestanddeel kan dit worden meegenomen bij het bepalen het concentratietoezicht. Artikel 30, lid 2 Mw bepaalt dan dat de over te nemen data moet worden meegewogen als zijnde een verworvenheid van een transactie. Bij ministeriële regeling kan vervolgens worden bepaald welke

gegevens verstrekt moeten worden bij de aanvraag van een vergunning. Inzicht in de verzamelde data zou dan afgedwongen kunnen worden op basis van artikel 48 Mw.

Maar het zou nog beter zijn om vooraf te regelen dat toezichthouders niet alleen toezicht krijgen tot de financiën van een bedrijf, wat nu geregeld is in hoofdstuk 4a van de Mededingingswet; het zou eenvoudiger zijn als zowel de Europese toezichthouder (als het om een communautaire aangelegenheid gaat) en de nationale toezichthouders als de ACM toegang te verschaffen achter de digitale voordeur.

Om inzicht te krijgen in data en de werking van het algoritme, moet de Europese toezichthouder en de nationale toezichthouders als de ACM toezicht krijgen «onder de motorkap» van het bedrijf. Momenteel is alleen de financiële transparantie geregeld in de Mededingingswet en de Europese verordeningen; de initiatiefnemer stelt voor om ook toegang te krijgen tot de databases en de (werking van) de algoritmes. De ACM kent inmiddels een digitaal tech-team. Het zou goed zijn als dit team wettelijk wordt gemachtigd door artikel 5:15 AWB en de Instellingswet ACM daarop aan te passen zodat er naast financiële ook technologische transparantie afgedwongen kan worden n als de situatie daarom vraagt.

5. Nieuwe Europese economische kansen

Als artikel 101 VWEU nog eens nader bestudeerd wordt, kan er ook geconcludeerd worden dat dit artikel het Europees concurrentievermogen belemmert, namelijk doordat het ondernemingen uit de lidstaten onmogelijk wordt gemaakt om te concurreren met de grote Amerikaanse bedrijven. Het artikel schrijft immers voor dat het verboden is onderling markten of voorzieningsbronnen te verdelen. Voor de traditionele economische bedrijven en bijvoorbeeld de maakindustrie valt dat te billijken, en dat moet ook zo blijven. Maar in de door data gedreven digitale economie, waarin de FAANG's een te groot competitief voordeel hebben door hun schaalgrootte, zou een modernisering van dit artikel ook ten goede kunnen komen aan de Europese bedrijvigheid en innovatie.

Hiervoor is een invoering van een meer op data-effecten gebaseerde Europese test nodig als bedrijven willen samenwerking of fuseren bij bijvoorbeeld de oprichting van een platform.

Als de samenwerking tussen Nederlandse en andere Europese bedrijven op het gebied van data of technologie niet leidt tot het hinderen van niet deelnemende partijen, zou dat mogelijk moeten worden gemaakt.

Artikel 101 VWEU en de in lid 3 bepaalde uitzondering zouden minder «hardcore» moeten zijn en Europese samenwerking mogelijk moeten maken, mits dat niet leidt tot negatieve regelgevende spill-overs. Op die manier kan de samenwerking en het toezicht daarop vanaf het begin goed gereguleerd worden én creëren we nieuwe economische verdienmodellen.

6. Sancties

Op overtredingen van de Europese afspraken op het gebied van mededinging kan de Commissie tot op heden achteraf alleen sancties opleggen: geldboeten en dwangsommen. Bij deze sancties mag niet uit oog worden verloren dat het Europese Hof volledige rechtsmacht heeft om de boetes of dwangsommen van de Commissie in te trekken, te verlagen of te verhogen. Wat de hoogte van boetes betreft in het kader van het concentratietoezicht, zijn er twee categorieën. Voor een aantal

overtredingen is het boetemaximum 1% van de totale omzet van de betrokken onderneming of ondernemersvereniging. Voor een aantal andere overtredingen is het boetemaximum 10% van de totale omzet van de betrokken onderneming. Een hogere boete is nu niet mogelijk volgens de wet. Bij bedrijven als Amazon en Apple, met een marktwaarde van meer dan een biljoen dollar, doet dit weliswaar pijn, maar onvoldoende om daadwerkelijk een verandering teweeg te brengen in hun houding oude markt. Het boetemaximum zou daarom in Verordening 1/2003 moeten worden opgehoogd naar 25%. Wordt bij een onderneming, of een onderneming uit een groep van ondernemingen, binnen twee jaar na het opleggen van de sanctie opnieuw een overtreding van de mededingingsregels geconstateerd, dan moet de boete worden verdubbeld. Bij een derde overtreding van de mededingingsregels zou het «three-strikes-out»-principe moeten gelden en wordt de onderneming geweerd van de Europese interne markt.

Verder kan er, conform artikel 58a Mw, een last onder dwangsom worden opgelegd. De wet biedt daar al voorzichtige mogelijkheden om een «three-strikes-out»-principe in te voegen, omdat er al wordt gesproken over een zogenaamde structurele maatregel. Die kan worden opgelegd als de maatregel evenredig is aan de gepleegde overtreding en noodzakelijk is om aan de overtreding, bijvoorbeeld het misbruik van een economische machtspositie, daadwerkelijk een einde te maken. Een structurele maatregel kan volgens de wet uitsluitend worden opgelegd als er niet een even effectieve maatregel ter correctie van de overtreding bestaat of indien een dergelijke maatregel voor de betrokken onderneming of ondernemersvereniging meer belastend zou zijn dan de structurele maatregel. De ACM heeft in tegenstelling tot de Commissie niet de bevoegdheid om een inbreuk vast te stellen en de beëindiging daarvan te bevelen via een structurele maatregel. De wet moet op dit onderdeel worden aangepast zodat de ACM daadwerkelijk als ultimum remedium een structurele maatregel kan opleggen, en kan ingrijpen in een ondernemingsstructuur door bijvoorbeeld te eisen dat bepaalde onderdelen van het bedrijf moeten worden afgestoten.

7. Beslispunten

Modernisering mededingingsregels

De Kamer wordt gevraagd in te stemmen de regering te verzoeken zich bij een herziening of opstelling van een nieuw Europees Verdrag in te spannen om de relevante artikelen die de basis vormen voor de mededingingsregels te moderniseren en toe te spitsen op internet- en technologiebedrijven. De richtlijnen voor de uitvoering en de Nederlandse Mededingingswet moeten vervolgens daarmee in lijn worden gebracht;

Data in de mededinging

Data moeten worden aangemerkt als essentiële faciliteit en vermogensbestanddeel en als zodanig een plek krijgen in de Europese en nationale mededingingsregels;

Het verzamelen van gebruikersgegevens door internet- en technologiebedrijven via externe aanbieders moet door de Autoriteit Consument en Markt worden onderzocht en – in navolging van andere toezichthouders – worden verboden;

Data afkomstig van consumenten moet als vermogensbestanddeel in de Mededingingswet worden erkend en er moet een additionele waarde-drempel van data, analysetechnieken en datatoepassingen in het concentratietoezicht worden gecreëerd;

Datadeling moet zowel ex-ante als ex-post verplicht worden gesteld om marktdominantie, een te groot marktaandeel en een te hoge graad van marktconcentratie tegen te gaan;

De Europese en nationale mededingingsregels, de Algemene Wet Bestuursrecht en de Instellingswet ACM moet worden uitgebreid zodat zodat toezichthouders naast financiële transparantie ook technologische transparantie kunnen afdwingen;

Mededingingsautoriteiten moeten de bevoegdheid moeten krijgen om datadeling en de verwerking daarvan op te kunnen leggen en voorwaardelijk te maken bij fusies, overnames en joint-ventures van internet- en technologiebedrijven;

Digitale marktafbakening

De huidige SSNIP-test moet worden uitgebreid met andere criteria om de relevante markt beter te kunnen afbakenen en inzichtelijk te maken wat de meerzijdige netwerkeffecten zijn van een fusie, overname of joint-venture tussen internet- en technologiebedrijven;

Er moet nieuw instrumentarium en nieuwe criteria worden opgesteld om de omvang van de markt en het marktaandeel vast te stellen, en het beleid ten aanzien van niet-horizontale fusies moet radicaal anders worden ingericht;

Om gezonde concurrentie en vrije competitie beter te beschermen moeten de mededingingsautoriteiten bij elke fusie, overname of joint venture van een technologie- of internetbedrijf altijd een grondige analyse gaan uitvoeren naar de marktpotentie en een mogelijke toekomstige uitbreiding van een van de fuserende ondernemingen;

In artikel 102 VWEU moet een maximumplafond van 50% marktaandeel voor internetbedrijven worden geïntroduceerd bij het beoordelen van fusies, overnames en joint-ventures;

De Europese en nationale toezichthouders moeten bij een bedrijf dat een marktaandeel van 50% of meer bezit, onderzoeken of dit marktaandeel eerlijk verworven is, en indien van toepassing kunnen overgaan tot sanctionering;

De Nederlandse omzetsdrempel moet worden verlaagd zodat de transacties als gevolg van overnames, fusies en joint-ventures van technologie- en internetbedrijven eerder meldingsplichtig worden bij de ACM;

Sancties en bevoegdheden toezichthouders

Sancties als geldboetes en dwangsommen die opgelegd kunnen worden bij het schenden van de regels ten aanzien het kartelverbod en het misbruik van een economische machtspositie moeten worden verhoogd naar 25% van de jaaromzet, bij herhaling naar 50% van de jaaromzet en er moet een «three-strikes-out»-principe gehanteerd worden bij een derde overtreding van diezelfde regels;

De ACM moet de bevoegdheid krijgen om via een zogenaamde structurele maatregel in te kunnen grijpen in een ondernemingsstructuur, door bijvoorbeeld een het opknippen of afstoten van bepaalde bedrijfsonderdelen te bevelen.

8. Financiële paragraaf

De voorstellen die in deze initiatiefnota worden gedaan, zijn vrijwel geheel proces- en beleidsmatige voorstellen waar geen financiële gevolgen van worden verwacht voor publieke instellingen.

Het kan echter zo zijn dat door meer en eerdere meldingen bij de ACM een capaciteitsvraagstuk ontstaat. Aangezien in het regeerakkoord is besloten dat de ACM wordt gevraagd om een speciaal team op te richten op het gebied van digitale mededinging om zo doelgerichter op te kunnen treden misbruik van marktmacht door dominante spelers in de interneteconomie is de initiatiefnemer in de veronderstelling dat het capaciteitsvraagstuk daarin is meegenomen en zodoende is geborgd.

Voor enkele ondernemingen kunnen de nieuwe regels en aangekondigde sancties wel grote gevolgen hebben. Boetes kunnen oplopen tot 50% van de jaaromzet.

Het innen van de boetes leidt tot een positieve mutatie op de departementale begroting.

Verhoeven