

Ministerie van Economische Zaken
en Klimaat

> Retouradres Postbus 20401 2500 EK Den Haag

De Voorzitter van de Eerste Kamer
der Staten-Generaal
Binnenhof 22
2513 AA DEN HAAG

Chief Economist

Directie Mededinging en
Consumenten

Postadres

Postbus 20401
2500 EK Den Haag

Overheidsidentificatienr

00000001003214369000

T 0 (algemeen)

F 070 378 6011 (algemeen)

Ons kenmerk

CE-MC / 19128666

Uw kenmerk

1087701

Bijlage(n)

1

Datum 17 juni 2019

Betreft Toekomstbestendigheid van het mededingingsinstrumentarium in
relatie tot online platforms

Geachte Voorzitter,

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.¹ 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.^{2,3} Daarnaast heeft het lid Verhoeven (D66) op 5 februari jl. een initiatiefnota ingediend op het gebied van mededinging in de digitale economie.⁴ 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

¹ Kamerstuk 34 978, nr. B

² Kamerstuk 27 879, nr. 63.

³ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2018/06/01/nederlandse-digitaliseringsstrategie>

⁴ Kamerstuk 35 134, nr. 2.

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.⁵ Ten tweede is 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.⁶

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-

⁵ Afgezien van het concentratietoezicht wordt op basis van het mededingingsrecht alleen achteraf bij specifieke gedragingen ingegrepen.

⁶ 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

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.⁷ 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 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.⁸ 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.

⁷ Kamerstuk 30 821, nr. 51

⁸ 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.

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 onlinemarktplaats 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. Samengenomen kunnen deze 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 mogelijksterwijs vooral 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.⁹ 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.

Het mededingingsrecht achteraf bestaat uit het kartelverbod en het verbod op misbruik van een economische machtspositie. Het kartelverbod (art. 6

⁹ 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.

Mededingingswet) verbiedt afspraken tussen bedrijven die ertoe leiden dat ze zich gezamenlijk als het ware als monopolist gedragen.¹⁰ 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.¹¹

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.¹² 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.¹³ Daarbij kan worden gedacht aan methodes voor

¹¹ 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.

¹² 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.

¹³ 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>)

marktafbakening wanneer markten een meezijdig 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 parameters dan prijs, zoals privacy of data. Hierbij kan onder andere worden gekeken naar een recente uitspraak van het Bundeskartellamt,¹⁴ 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,¹⁵ 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.¹⁶ 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,¹⁷ 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

¹⁴ Zie voetnoot 7.

¹⁵ Of andere mededelingen zoals aanbevelingen of verordeningen die toepassing van de regels uitleggen.

¹⁶ Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad.

¹⁷ <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."

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.

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 mogelijk 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.¹⁸ De Europese Commissie heeft in verschillende zaken waarbij grote platforms betrokken zijn boetes opgelegd voor het overtreden van de mededingingsregels¹⁹

¹⁸ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-rondt-april-marktstudie-appstores-af>

¹⁹ 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

heeft een waarnemingscentrum voor platforms opgericht, bestaande uit experts die haar ondersteunen in het maken van beleid voor platforms,²⁰ en heeft een conferentie georganiseerd²¹ en heeft een aantal mededingingsexperts aangewezen²² om aanwijzingen te geven op welke wijze het mededingingsbeleid toepasbaar kan blijven in een veranderende economie.

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.

²⁰ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/expert-group-eu-observatory-online-platform-economy>

²¹ <http://ec.europa.eu/competition/scp19/>

²² https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/commission-appoints-professors-heike-schweitzer-jacques-cremer-and-assistant-professor-yves_en

Chief Economist
Directie Mededinging en
Consumenten

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.

Ons kenmerk
CE-MC / 19128666

Hoogachtend,

mr. drs. M.C.G. Keijzer
Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat