

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 datalekken¹ 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?

Doel consultatie

In deze discussienotitie komt een aantal stellingen en mogelijke beleidsopties 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?

¹ 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/>

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 versterken²:

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-commerceplatform 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.

² Platforms en de markten waarop zij actief zijn, zijn bijzonder heterogeen. Het belang van deze factoren kan dan ook sterk per platform(markt) verschillen.

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 functionaliteiten te kopiëren, voordat zij een bedreiging gaan vormen. Sommigen³ 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

³ Grunes, A., & Stucke, M. (2016). *Big data and competition policy*. Oxford University Press.

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 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.⁵ 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 kunnen verschuilen. Daarom is het belangrijk om enige onduidelijkheid weg te nemen.

⁴ Naar verwachting is dit, volgens Europese en Nederlandse toezichthouders, gezien de stand van de technologie in ieder geval de komende twintig jaar nog niet mogelijk.

⁵ Tjong Tjin Tai, E. (2017). Aansprakelijkheid voor robots en algoritmes. Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht, 14(3), 123-132.;

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.⁶ 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.⁷ 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.

⁶ Zie bijvoorbeeld:

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html

⁷ Grunes, A., & Stucke, M. (2016). *Big data and competition policy*. Oxford University Press.

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 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 online⁸. 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 worden⁹. Toezichthouders kunnen zo meer inzicht krijgen in de voorwaarden die algoritmische collusie waarschijnlijker maken.

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

⁸ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4601_en.htm

⁹ Ezrachi, A., & Stucke, M. E. (2017). Artificial intelligence & collusion: When computers inhibit competition. *U. Ill. L. Rev.*, 1775.

aansprakelijk te zijn voor enige redelijkerwijs te voorziene schade die door dat algoritme wordt veroorzaakt.¹⁰

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.¹¹

Op bekende vormen van misbruik kunnen toezichthouders ook op online markten handhaven. In het recente besluit van de Europese Commissie in de *Android-zaak*¹² 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 rooftprijzen 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.¹³ 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 Verordening¹⁴ 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 transparantieplichtingen over de resultaten die consumenten te zien krijgen.¹⁵ 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.

¹⁰ 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>).

¹¹ Zie bijvoorbeeld: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-04-382_en.htm

¹² http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_en.htm

¹³ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_nl.htm

¹⁴ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/regulation-promoting-fairness-and-transparency-business-users-online-intermediation-services>

¹⁵ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3041_en.htm

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 prijs¹⁶ en kunnen markten voor data worden afgebakend om te achterhalen of een platform na een overname dominant wordt over een specifiek soort data.¹⁷ 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.

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.¹⁸ 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?

¹⁶ 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>

¹⁷ 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>.

¹⁸ 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.

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 beleidsopties 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 versturende 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.

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 mogelijkwijs op een aantal punten moeten worden aangepast om ook toepasbaar te zijn op data.¹⁹
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 gebruikers minder snel ingesloten in een

¹⁹ 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.

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."²⁰ 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 ecosysteemvorming 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?
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?

²⁰ <https://www.iso.org/standard/63598.html>