



GROTE PLATFORMS, GROTE PROBLEMEN?

*Een beschouwing van online platforms vanuit
mededingingsperspectief*

Een bijdrage van ACM, september 2016

In deze bijdrage belicht de Autoriteit Consument & Markt (ACM) vanuit het mededingingsperspectief twee vragen over online platforms, gedreven vanuit de ontwikkeling van digitalisering. Vraag 1: Zijn data voor online platforms een bron van marktmacht? Vraag 2: Is de Mededingingswet een geschikt middel om privacybelangen van gebruikers van online platforms te beschermen? ACM sluit deze bijdrage af met opvattingen over wat er in de praktijk nodig is om effectief mededingingstoezicht te houden op online platforms.



Inleiding

De Europese Commissie (EC) is vorig jaar gestart met haar onderzoek voor de *Digital Single Market Strategy*. Een hoofdthema hierin is de rol van online platforms.¹ De EC ziet de opkomst van online platforms als iets positiefs omdat het veel voordelen oplevert voor consumenten en aanbieders. Eén interne Europese markt is volgens de EC een belangrijke voorwaarde om het volle potentieel uit deze ontwikkeling te halen. Maar de EC ziet ook mogelijke risico's voor consumenten en bedrijven. Internationaal is er veel discussie gaande over de macht van online platforms en hoe zij hier misbruik van zouden kunnen maken.

Mededingingsautoriteiten in Europa beginnen zich inmiddels ook te roeren. De EC is afgelopen jaren zelf onderzoeken gestart naar vermeend machtsmisbruik door Google. Dit voorjaar begon het Duitse Bundeskartellamt (BkartA) een onderzoek naar Facebook op de verdenking dat zij haar machtspositie op de markt voor sociale netwerken heeft misbruikt door het overtreden van de regels voor gegevensbescherming.² De zaak van het BkartA roept meerdere vragen op die bijvoorbeeld ook terugkomen in een column van Annet Aris in het Financieel Dagblad (d.d. 24 maart 2016).³ Kan je bijvoorbeeld in een 'fluïde' digitale wereld een markt goed afbakenen en machtsposities vaststellen? Als dat lukt: kan je überhaupt interveniëren voordat een markt zodanig is veranderd dat het achterhaald blijkt? Dat zijn vragen die we ook willen belichten in deze bijdrage. En uiteindelijk is de belangrijkste vraag: hoe houdt de Autoriteit Consument en Markt (ACM) effectief mededingingstoezicht op online platforms?⁴

De opkomst van online platforms

Om die vraag te kunnen beantwoorden is het belangrijk om te weten wat platforms bijzonder maakt. Al decennialang schrijven economen over platforms. Klassieke voorbeelden zijn creditcards, datingbureaus en winkelcentra. Platforms zorgen voor interactie en/of een transactie tussen verschillende groepen gebruikers. Men spreekt daarom ook wel van 'tweezijdige markten'.⁵ Het kenmerkende van platforms is dat deze groepen gebruikers afhankelijk van elkaar zijn waardoor er sprake is van netwerkeffecten. Een *indirect* netwerkeffect houdt in dat een platform aantrekkelijker is voor gebruikers aan de ene zijde (consumenten) naarmate er meer gebruikers aan de andere zijde

¹ Zie: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/online-platforms-digital-single-market>.

² Zie: <http://fd.nl/economie-politiek/1141830/duitse-kartelwaakhond-neemt-facebook-op-de-korrel>.

³ Zie: <http://fd.nl/morgen/1144852/kun-je-soep-eten-met-een-vork>.

⁴ Het thema online platforms en ook de taken van ACM strekken verder dan alleen het mededingingstoezicht. Het krijgt bijvoorbeeld ook veel aandacht van ACM vanuit de algemene consumentenbescherming tegen onzorgvuldige behandeling door bedrijven en specifieke privacywetgeving onder de Telecommunicatiewet ('Cookiewet'). De focus van deze bijdrage is op het mededingingstoezicht.

⁵ Of 'meerzijdige markten' wanneer het platform meer dan twee verschillende groepen gebruikers verbindt.



(aanbieders) van het platform zijn.⁶ Een *direct* netwerkeffect betekent dat het platform aantrekkelijker is naarmate er meer gebruikers aan dezelfde zijde zijn, zoals bij een sociaal netwerk.

Netwerkeffecten zorgen voor een aparte concurrentiedynamiek: platforms kunnen snel uitgroeien tot grote marktspelers doordat het aantal gebruikers exponentieel groeit. Platforms proberen zo snel mogelijk een kritieke massa gebruikers aan te trekken om zodoende netwerkeffecten aan te jagen.

Tegenwoordig is er vooral aandacht voor platforms die *online* actief zijn. Digitalisering heeft de kosten voor platforms verlaagd om hun diensten aan te bieden. Het is bijvoorbeeld goedkoper om via het internet hotels en consumenten met elkaar in contact te brengen dan via een papieren catalogus. Dat is een belangrijke reden voor het succes van online platforms.

Het digitale tijdperk leidt mede hierdoor tot snel veranderde markten. Veel traditionele ondernemingen maken plaats voor online platforms. E-commerce (Bol.com, Amazon), sociale netwerken (Facebook, WhatsApp), de 'deeleconomie' (BlaBlaCar, Airbnb), om een aantal categorieën te noemen. We zien marktpartijen die innovatie omarmen en slim gebruikmaken van nieuwe technologieën. We zien consumenten die steeds vaker via online platforms aanbiedingen vergelijken, producten kopen en ook zelf diensten gaan aanbieden. En we zien ook dat een aantal grote, kapitaalkrachtige online platforms hun dienstverlening steeds verder uitbreiden naar nieuwe markten. Er ontstaan 'ecosystemen' van platforms. Ondernemingen als Facebook, Amazon, Google en Apple streven ernaar de consument een breed pakket diensten aan te bieden. Met als doel dat de consument het ecosysteem niet meer hoeft te verlaten.⁷

Het verzamelen en gebruiken van data is een belangrijk onderdeel van het verdienmodel van veel online platforms. Deze platforms kiezen een strategie waarbij de consument, al dan niet bewust, 'betaalt' met zijn data (waaronder persoonsgegevens). De consument geeft inzicht in zijn persoonlijke kenmerken of surfgedrag in ruil voor toegang tot de dienst van het platform. Het platform kan deze informatie omzetten in advertentiewaarde – en dus geld – door bijvoorbeeld gebruikersprofielen op te bouwen. Adverteerders kennen veel waarde toe aan die profielen omdat zij hiermee gericht hun marketingbudget kunnen inzetten.⁸

Data bieden online platforms en andere ondernemingen de mogelijkheid om hun diensten en

⁶ D. Evans & R. Schmalensee, 'The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms'. *Competition Policy International*, Vol. 3, No. 1, 2007.

⁷ Zie bijvoorbeeld over Facebook: <http://fd.nl/ondernemen/1147806/facebook-gaat-voor-werelddominantie>.

⁸ Feitelijk is dat niet een nieuw type verdienmodel. Het tweezijdige advertentieverdienmodel bestaat al langer. Nieuw is vooral de schaal waarop online platforms tegenwoordig gegevens verzamelen en de nauwkeurigheid van gebruikersprofielen.



producten te verbeteren, te personaliseren of om geheel nieuwe producten te ontwikkelen. We geven enkele voorbeelden hiervan. Een bekend voorbeeld is dat het algoritme van zoekmachines verbetert met behulp van clicks van gebruikers, wat de relevantie van zoekresultaten ten goede komt. Een tweede voorbeeld volgt uit een studie naar het gebruik van consumentendata, in opdracht van de Britse toezichthouder CMA.⁹ Deze beschrijft dat modewinkels onder meer gegevens verzamelen over leeftijd, geslacht en kledingstijl. De modewinkels gebruiken die gegevens om gerichte aanbevelingen te doen aan consumenten voor een aankoop. En tot slot nog een ander voorbeeld van productontwikkeling: uit eigen data-analyses van Netflix bleek dat gebruikers die graag politieke series kijken, ook houden van acteur Kevin Spacey en regisseur David Fincher.¹⁰ Hierop heeft Netflix de serie *House of Cards* ontwikkeld, wat een groot succes bleek.

Platforms in de schijnwerpers

Online platforms brengen dus veel voordelen met zich mee voor consumenten en voor ondernemingen. Consumenten profiteren van productinnovaties en personalisatie op basis van gebruikersgegevens, en een groter gemak bij het vergelijken en kopen van producten. Aanbieders hebben eenvoudigere toegang tot consumenten. Adverteerders profiteren van de profielen die online platforms over hun gebruikers opbouwen.

Toch hebben mededingingsautoriteiten platforms in het vizier. Netwerkeffecten leiden tot het ontstaan van winnaars (Facebook, Google) en verliezers (Hyves, Altavista). De eenmaal succesvolle platforms ondervinden weinig concurrentie van bestaande rivalen.¹¹ Hierdoor kunnen platforms beschikken over marktmacht. Marktmacht kan leiden tot inefficiënties zoals te hoge prijzen of te weinig innovatie. Ondernemingen met marktmacht kunnen bovendien hun positie misbruiken door bijvoorbeeld concurrenten uit te sluiten of consumenten te benadelen.

Het toenemend belang van data voor veel online platforms leidt tot hernieuwde discussies over (misbruik van) marktmacht. Op dit raakvlak spelen er relevante en uitdagende vraagstukken voor mededingingstoezichthouders. We lichten er twee specifieke vragen uit.¹²

⁹ DotEcon & Analysys Mason, 'The Commercial Use of Consumer Data' (onderzoeksrapport voor de Competition and Markets Authority, CMA), juni 2015.

¹⁰ Zie: <http://www.nytimes.com/2013/02/25/business/media/for-house-of-cards-using-big-data-to-guarantee-its-popularity.html>.

¹¹ N. van Gorp & O. Batura, 'Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy' (onderzoeksrapport voor de Committee on Economy and Monetary Affairs (ECON) van het Europese Parlement), juli 2015.

¹² Vanzelfsprekend zijn er nog andere interessante vraagstukken op het gebied van data en mededinging, die we niet allemaal in deze bijdrage belichten. Eén daarvan is de rol die dataverzameling en algoritmes kunnen spelen bij het ontstaan of in stand houden van kartels. Zie bijvoorbeeld 'Competition Law and Data' (onderzoeksrapport van het Bkarta en de Autorité de la Concurrence), mei 2016, pagina 14-15.



De eerste vraag: *zijn data voor online platforms een bron van marktmacht?*

Data + marktmacht = 'datamacht'?

Data zijn een waardevol goed. De online platforms die hun verdienmodel hierop hebben ingericht, hebben er belang bij om zo veel mogelijk gegevens te verzamelen. Het mogelijke effect op de concurrentie is dat partijen een competitief voordeel hebben door hun sterke datapositie. Shapiro & Varian (1999) signaleerden dat data de netwerkeffecten kunnen versterken. Zij stellen dat het verzamelen hiervan leidt tot aanzienlijke verbeteringen van door data gedreven diensten. Dit trekt meer gebruikers aan, waardoor bedrijven weer meer data kunnen verzamelen, etc. Het gevolg: 'De sterken worden sterker, de zwakken worden zwakker, met extreme uitkomsten als gevolg'.¹³ Die observatie is bijzonder relevant voor online platforms met verdienmodellen die op data gebaseerd zijn.

Erkenning voor het belang van data komt terug in recente concentratiebeschikkingen. In de zaak Facebook/WhatsApp (2014) bijvoorbeeld,¹⁴ een concentratie tussen twee sociale media platforms, analyseert de EC of er een concentratie van data zou kunnen ontstaan die de positie van Facebook op de onlineadvertentiemarkt versterkt. Uiteindelijk concludeert de EC op dit vlak geen negatief effect van de concentratie te verwachten.¹⁵ Ook in de aanstaande concentratiebeoordeling Microsoft/LinkedIn staan volgens Eurocommissaris van mededinging Margrethe Vestager data centraal en de manier waarop dit een drempel zou kunnen opleveren voor derde partijen om de markt te betreden.¹⁶

Data kunnen een bron van marktmacht zijn.¹⁷ De mate waarin zal per geval verschillen. Eén aspect is bijvoorbeeld het gemak waarmee een ander dezelfde data kan verkrijgen of reproduceren. Daarnaast zijn er factoren die de waarde van data doen afnemen en dus ook de mate waarin het een competitief voordeel geeft. Zo kunnen data snel weer verouderen. In het verlengde hiervan is het denkbaar dat data dusdanig veel macht geven dat het een cruciale voorziening kan zijn om te concurreren. Een andere online zoekmachine of sociaal medium moet in dat geval toegang tot deze

¹³ C. Shapiro & H. Varian, 'Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy'. *Harvard Business Press*, 1999.

¹⁴ Case M. 7217, Facebook/WhatsApp.

¹⁵ De voornaamste reden was dat WhatsApp zelf niet met online advertenties werkte en ook aangaf dat niet van plan te zijn, waardoor er op dit vlak geen horizontale problemen zouden kunnen optreden, zo stelt de EC.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-06-17/data-may-be-key-in-microsoft-linkedin-probe-eu-s-vestager-says>.

¹⁷ Het eerder aangehaalde 'Competition Law and Data' (onderzoeksrapport van het BkartA en de Autorité de la Concurrence), mei 2016, gaat ook in op het verband tussen data en marktmacht (zie pagina 25 e.v.).



input krijgen om succesvol te kunnen zijn in dezelfde (downstream)markt als waar de houder van de data actief is.

De situatie waarbij dominante ondernemingen weigeren om toegang te verlenen tot een cruciale voorziening past in mededingingsbegrippen binnen het kader van de *essential facility* doctrine. Hier is over de jaren veel rechtspraak over geweest, met name in zaken over toegang tot een infrastructuur, netwerk of intellectueel eigendom.¹⁸ Toepassing van deze doctrine op het weigeren data met derden te delen, is voorlopig een onontdekt terrein. Volgens het traditionele raamwerk zou dit (onder meer) een analyse vereisen van de vraag of de data in kwestie *onmisbaar* zijn om te concurreren, of de mededinging als gevolg hiervan volledig wordt *uitgesloten*, en van de vraag of er een *objectieve rechtvaardiging* is om de data niet met derde partijen te delen.

Wat betreft dat laatste, de objectieve rechtvaardiging, is het in de huidige context denkbaar dat bedrijven de privacybelangen van hun klanten als legitimering in de strijd zullen gooien om gebruikersgegevens niet met derde partijen te delen.¹⁹ Wanneer gebruikers geen toestemming hebben gegeven voor het delen van hun gegevens met derden kan dit inderdaad een objectieve rechtvaardiging zijn. Wanneer gebruikers wel toestemming geven voor het delen van data met derden is dit moeilijker voorstelbaar, omdat het in dit geval geen schade toebrengt aan de privacy van gebruikers.

Dit brengt ons op de volgende vraag: *Is de Mededingingswet een geschikt middel om de privacybelangen van gebruikers van online platforms te beschermen?*

Privacy en mededinging

Het delen van persoonsgegevens is onlosmakelijk verbonden aan privacy. Keuzes die de privacy beïnvloeden zijn niet eenvoudig voor de consument. Privacy omvat immateriële aspecten (zoals het gevoel 'bespied' te worden) en ook materiële aspecten (zoals identiteitsfraude). Bovendien zijn de kosten van minder privacy toekomstig en onzeker: er is een kans op identiteitsfraude, maar het is onduidelijk hoe groot die kans is. Ook bestaan er *biases* die invloed hebben op privacy-gerelateerde beslissingen. De *present bias*, bijvoorbeeld, houdt in dat consumenten onvoldoende gewicht toekennen aan onzekere toekomstige nadelen ten opzichte van zekere directe voordelen. Ten slotte speelt informatieasymmetrie een rol: consumenten zijn zich weinig bewust van welke data zij delen

¹⁸ Belangrijke arresten in dit verband zijn "Bronner", "IMS Health", "Magill" en "Microsoft".

¹⁹ In haar Preliminary Opinion 'Privacy and competitiveness in the age of big data' (juni 2014, punten 67 en 68) voorziet de European Data Protection Supervisor (EDPS) dat bedrijven het voldoen aan de databeschermingsregels als een rechtvaardiging zouden kunnen trachten in te brengen om gegevens niet met concurrenten te delen.



met een platform.²⁰ Consumenten nemen onder deze omstandigheden niet altijd optimale beslissingen. Hierdoor hebben ondernemingen mogelijk een prikkel om de privacy van gebruikers niet goed te beschermen. De vraag is of mededingingsautoriteiten dit als misbruik van een economische machtspositie moeten (en kunnen) zien.²¹

Het is duidelijk dat data steeds vaker fungeren als een soort betaalmiddel. Dat betekent echter nog niet dat privacybescherming ook een aparte doelstelling van het mededingingstoezicht zou moeten zijn. Hiervoor bestaat er al generieke privacywetgeving. Privacy kan wel een kwaliteitsparameter zijn van een online platform. Interessant genoeg blijkt dit ook uit de manier waarop steeds meer aanbieders van digitale diensten proberen te concurreren. Voor bepaalde diensten bestaan er inmiddels privacy-vriendelijke alternatieven, zoals: Tor (browser), DuckDuckGo (zoekmachine), Telegram en Wickr (berichtendiensten), Ello en Diaspora (netwerksites) en SpiderOak (filesharing).²² Deze diensten richten zich in het bijzonder op consumenten die hun privacy beter willen beschermen. Een ander voorbeeld is Apple. Het bedrijf probeert zich nadrukkelijk te onderscheiden als een privacy-vriendelijk platform.²³

Als we privacy beschouwen als een kwaliteitsparameter van online diensten, dan zou dat een aanleiding kunnen zijn voor mededingingsautoriteiten om het privacybeleid van een online platform met een economische machtspositie onder de loep te nemen.²⁴ Het mogelijke verwijt is dan dat een dominant platform meer gebruikersgegevens verzamelt dan nodig is voor een bepaalde dienst, deze data gebruikt op een voor consumenten schadelijke manier, of dat het online platform deze data slecht beveiligt. Net zoals prijzen binnen het mededingingsrecht als excessief bestempeld kunnen worden, zou dat ook voor privacyvoorwaarden kunnen gelden.

Dit is een innovatieve gedachte, maar niet één zonder uitdagingen. De grootste uitdaging is misschien wel het bepalen van het excessieve karakter van privacyvoorwaarden. Het BkartA kan in haar onderzoek naar de privacyvoorwaarden van Facebook mogelijk volstaan met vast te stellen dat

²⁰ F. Borgesius. 'Improving Privacy Protection in the area of Behavioural Targeting'. Instituut voor Informatierecht (IViR), Universiteit van Amsterdam, 2014.

²¹ Zie bijvoorbeeld de Preliminary Opinion van de European Data Protection Supervisor (EDPS), 'Privacy and competitiveness in the age of big data', juni 2014.

²² Zie: <http://www.ibtimes.co.uk/six-alternatives-google-facebook-battle-online-privacy-1472156>.

²³ Zoals Tim Cook, Apple's topman, stelt: *"Our business model is very straightforward: We sell great products. We don't build a profile based on your email content or web browsing habits to sell to advertisers. We don't monetize the information you store on your iPhone or in iCloud. And we don't read your email or your messages to get information to market to you. Our software and services are designed to make our devices better. Plain and simple."* Zie: <http://www.apple.com/privacy/>.

²⁴ Zoals vermeld in de inleiding startte het BkartA in het voorjaar van 2016 een onderzoek naar machtsmisbruik door Facebook voor het overtreden van privacyregels.



Facebook de relevante privacywetgeving heeft overtreden, en dat zij hiertoe in staat was vanwege haar machtspositie.²⁵

Het is moeilijk in te schatten of privacyvoorwaarden per saldo voor- of nadelig zijn voor afnemers. Data hebben veel toepassingen waar consumenten voordeel van hebben. Denk aan directe voordelen zoals een gepersonaliseerd product, maar ook toekomstige toepassingen in de vorm van productinnovaties die op het moment van onderzoek nog onbekend zijn. Het delen van data door consumenten met een platform levert bovendien ook andersoortige gebruikers voordelen op, zoals adverteerders. Dit is inherent aan de meerzijdige aard van de markten waarin online platforms actief zijn. Tot slot is er weinig zekerheid over de prijs die consumenten bereid zijn te betalen ter behoud van hun privacy. Er zijn zogenaamde '*willingness-to-pay*' onderzoeken die proberen om een waardering van consumenten voor hun privacy te achterhalen. De resultaten zijn tot dusver dat deze prijs niet algemeen te bepalen is, omdat voorkeuren sterk context-afhankelijk zijn en verschillen per persoon.²⁶ Dit laatste impliceert dat privacyvoorwaarden voor de ene consument mogelijk ongunstig zijn, terwijl ze voor een andere consument wel gunstig zijn.

ACM zal om die redenen – zonder te stellen dat het uitgesloten is – in de praktijk op grond van de Mededingingswet waarschijnlijk een beperkte bijdrage kunnen leveren aan privacybescherming.²⁷ Effectieve privacywetgeving kan dit doel het beste zelf dienen.

Ex ante of ex post toezicht?

Als er door het gedrag van ondernemingen schade ontstaat voor de consumentenwelvaart, dan kan ACM kiezen uit een palet aan instrumenten om dit te verhelpen. Uitgangspunt is dat ACM bij de keuze voor een instrument kijkt naar de effectiviteit hiervan. Een greep uit de gereedschapskist: boete, last onder dwangsom, bindende aanwijzing, toezegging, informele zienswijze, consumentenvoorlichting. Sommige van deze instrumenten zet ACM in om schadelijk gedrag te bestraffen (ex post) en sommige om schadelijk gedrag te voorkomen. Verder reguleert ACM bepaalde markten (ex ante) om ondernemingen te stimuleren efficiënt te werken, in het belang van de consument. Hoe vertaalt zich dat naar het toezicht van ACM op online platforms?

²⁵ Zie 'Competition Law and Data' (onderzoeksrapport van het BkartA en de Autorité de la Concurrence), mei 2016, pagina 23 en de verwijzing naar relevante Duitse rechtspraak.

²⁶ A. Acquisti et al. 'Privacy and Human Behavior In the Age of Information.' *Science*, Vol. 347, No. 6221, 2015.

²⁷ Zie in dit verband ook een speech van Eurocommissaris Margrethe Vestager met de titel 'Competition in a Big Data World': "... So I don't think we need to look to competition enforcement to fix privacy problems. But that doesn't mean I will ignore genuine competition issues just because they have a link to data." Gehouden in München op 17 januari 2016, https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en.



Ex ante mededingingstoezicht

Internationaal is er veel discussie over de vraag of er vooraf vastgestelde regels moeten komen voor online platforms, met als doel het voorkomen van misbruik van een machtspositie. Of als de concurrentie geheel ontbreekt, het inbouwen van efficiëntieprikkels (zoals in de energie- en telecommarkt gewoon is). Maar aan deze *ex ante* 'platformregulering' zijn ook risico's verbonden.

Ten eerste is er een risico dat regulering onbedoelde effecten heeft door bedrijven te verplichten extra kosten te maken. Dit werkt de concurrentie juist tegen. Voor grote marktspelers zijn extra regels, en dus de kosten om daar aan te voldoen, misschien geen hindernis om actief te blijven in de markt. Maar voor kleine partijen of potentiële toetreders kan dit ervoor zorgen dat zij van de markt verdwijnen of niet toetreden. Innovatie heeft hieronder te lijden.

Daarnaast nemen we waar dat ook – en misschien wel *juist* – in de digitale economie dominante spelers van hun troon vallen. Het is maar de vraag hoe lang de dominantie van een platform aanhoudt. Denk aan de teloorgang van Hyves en MySpace, ooit grote spelers. Regulering moet pas overwogen worden als machtsposities duurzaam van aard zijn. Ook al weten grote partijen zoals Google, Facebook en Apple steeds verder te groeien, uitspraken doen over de bestendigheid van hun marktposities is nagenoeg onmogelijk. Vanuit een concurrentieperspectief is marktregulering ongewenst zolang innovatieve partijen niet gehinderd worden om dominante partijen uit te dagen.

Tot slot: platforms zijn erg divers. De verschillende karakteristieken en verdienmodellen maken het lastig om terugkerende overeenkomsten en gedragingen aan te wijzen.²⁸ En ook om de daaruit voortvloeiende schade te voorspellen. Deze diversiteit zal uiteenlopende potentiële (mededingings-) problemen met zich meebrengen, die door één set aan reguleringsmaatregelen hoogstwaarschijnlijk niet kan worden ondervangen.²⁹

Ex post mededingingstoezicht

Een andere relevante vraag is of het mededingingstoezicht wel goed in staat is om misbruikgedrag van dominante online platforms *ex post* tegen te gaan. We spreken dan over misbruik van een economische machtspositie, waarvoor mededingingsautoriteiten een boete of andere maatregel kunnen opleggen op grond van wet- en regelgeving.³⁰ Zo bracht de EC in 2015 haar *Statement of*

²⁸ Ecorys, TNO & IViR, 'Digital platforms: an analytical framework for identifying and evaluating policy options' (onderzoeksrapport voor het ministerie van Economische Zaken), november 2015.

²⁹ Zie in dit verband ook een speech van CMA-voorzitter Alex Chisholm met de titel 'Platform regulation - antitrust law versus sector-specific legislation: (...)'. Gehouden in Bonn op 27 oktober 2015, <https://www.gov.uk/government/speeches/alex-chisholm-speaks-about-online-platform-regulation>.

³⁰ Dit betreft artikel 24 van de Mededingingswet (Mw) en artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).



Objections uit na onderzoek naar vermeend machtsmisbruik door Google. De EC verwijt Google haar eigen vergelijkingsservice oneigenlijk te bevoordelen bij het presenteren van resultaten in de zoekmachine. De EC stelt dat Google haar dominante positie op de markt voor *internet search* weet te verleggen naar de markt voor vergelijkingsservices. Volgens de EC zou Google haar eigen vergelijkingsservice en die van derden op een gelijke manier moeten behandelen.³¹ In april 2016 bracht de EC wederom een *Statement of Objections* uit over vermeend machtsmisbruik door Google. Ditmaal voor het uitsluiten van app-aanbieders op het besturingssysteem Android. De EC onderzoekt onder andere of Google producenten van smartphones en tablets oplegt exclusief Google-apps vooraf te installeren op hun apparaten, en of Google haar apps op Android koppelt aan andere applicaties of diensten van Google.³²

Het type gedrag van Google dat bij de EC onder de loep ligt is niet wezenlijk anders dan wat we in klassieke mededingingszaken tegenkomen. Beide zijn, mits bewezen, mogelijke strategieën om de concurrentie uit te sluiten. In het eerste geval door (non-discriminatoire) toegang te weigeren, in het tweede door producten/diensten te koppelen. Het mededingingskader is hiervoor toepasbaar. Maar er zijn wel uitdagingen bij de invulling van dit kader.

Eén daarvan is het afbakenen van de relevante markt. Van Gorp & Batura (2015)³³ schetsen in dat verband drie belangrijke dimensies. Het bestaan van meer dan één relevante markt, het ontbreken van nominale prijzen en vage marktgrenzen. Dit zorgt er bijvoorbeeld voor dat toezichthouders rekening moeten houden met de afhankelijkheid tussen twee markten³⁴ en met het feit dat de SSNIP-test³⁵ een minder bruikbare test is om te bepalen of producten met elkaar concurreren.³⁶ Een andere uitdaging is om tijdig te kunnen handelen. Een mededingingsonderzoek kost meestal veel tijd, zeker als het een onderzoek naar misbruik van een economische machtspositie betreft.³⁷ Tegen

³¹ Zie: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4781_en.htm.

³² Zie: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4782_en.htm.

³³ N. van Gorp & O. Batura, 'Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy' (onderzoeksrapport voor de Committee on Economy and Monetary Affairs (ECON) van het Europese Parlement), juli 2015.

³⁴ Zie ook het onderzoeksrapport van Tilburg Law and Economics Center (TILEC) en Howrey LLP voor de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa): 'Mergers in Two-Sided Markets', 2010.

³⁵ SSNIP staat voor '*Small but Significant and Non-transitory Increase in Price*'. Dit is een instrument voor mededingingstoezichthouders om de relevante markt af te bakenen.

³⁶ N. van Gorp & O. Batura, 'Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy' (onderzoeksrapport voor de Committee on Economy and Monetary Affairs (ECON) van het Europese Parlement), juli 2015. Zij adviseren daarom vooral te concentreren op het verdienmodel van te onderzoeken bedrijven en welke bedrijven hier een bedreiging voor vormen. Zij vinden dat toezichthouders in online markten minder belang zouden moeten hechten aan marktaandeel en winstmarges, en juist meer aan de '*contestability*' van platforms.

³⁷ ACM deed eerder bijvoorbeeld een onderzoek naar misbruik van een economische machtspositie door een geneesmiddelenfabrikant. Zie: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13594/AstraZeneca-geen-misbruik->



het moment van afronden kan een markt sterk veranderd zijn. Hoe zorg je dat interventies niet achterhaald zijn? Dit vergt flexibiliteit en aanpassingsvermogen. Hier komen we straks nog op terug.

De grootste uitdaging voor toezichthouders is misschien nog wel: vaststellen dat er daadwerkelijk sprake is van een probleem. Het effect van gedragingen van ondernemingen op de consumentenwelvaart is het uitgangspunt voor optreden door ACM.³⁸ Tegenover de potentiële schade die online platforms veroorzaken staan vaak ook voordelen, zoals innovaties op basis van consumentendata. ACM zal per geval een afweging moeten maken van de voor- en nadelen om het effect op de consumentenwelvaart te beoordelen. Conceptuele uitdagingen, zoals het kunnen afbakenen van een markt, zullen geen belemmering zijn om een zaak door te zetten als ACM ervan overtuigd is dat er een probleem bestaat.

Effectief toezicht op online platforms

Kortom, er is veel onzekerheid over of mededingingsautoriteiten moeten ingrijpen tegen het gedrag van online platforms, en zo ja, hoe. De schade voor consumenten is vaak lastig te bepalen. Er is veel kennis nodig om dit vast te stellen, terwijl de markten waarin online platforms actief zijn snel veranderen. Juist in dynamische markten, waar bedrijven snel groeien maar ook snel verdwijnen, is de *counterfactual* niet goed te duiden; we weten niet wat er zou zijn gebeurd als we niet hadden ingegrepen. Wat is er anno 2016 dan nodig om effectief toezicht te houden op online platforms?

Allereerst heeft ACM kennis nodig over hoe deze markten werken. ACM kan deze kennis binnenhalen met marktstudies. Welke platformstructuren domineren er in Nederland en hoe komt dat? Hoe concurreren online platforms met elkaar? Wat zijn de eventuele mededingingsrisico's? ACM heeft de bevoegdheid om uit eigen beweging marktstudies te doen en rapportages op te stellen.³⁹ Marktstudies zijn geschikt voor markten en sectoren waar ACM nog een relatieve kennisachterstand heeft, waar een actuele dynamiek plaatsvindt, of die anderszins maatschappelijk en economisch gezien aandacht vergen. Het inzicht uit deze studies is bruikbaar bij het uitvoeren van de toezichts- en regulerings taken door ACM.⁴⁰ Onderzoeken kunnen dan sneller verlopen omdat ACM haar inzicht in de werking van online platforms met deze studies al heeft verdiept.

Het is daarnaast nodig om in contact te zijn met bedrijven. Zowel met de 'huidige' marktpartijen als

machtspositie/. Het uitgeschreven besluit in deze zaak van december 2014, waarin ACM geen overtreding van de Mededingingswet vaststelt, laat zien hoe complex dergelijke onderzoeken kunnen zijn.

³⁸ Strategienota ACM, oktober 2013.

³⁹ Artikel 2, vierde lid, Instellingswet ACM.

⁴⁰ ACM moet wel 'proportioneel en evenredig' informatie opvragen op grond van de Instellingwet. Dit voorkomt onderzoek dat niet noodzakelijk is voor de taakuitvoering en dient als waarborg tegen 'fishing expeditions'.



met nieuwe, toetredende partijen. Externe oriëntatie is één van de doelstellingen in de ACM-strategie.⁴¹ Een goed uitgangspunt, en des te belangrijker in de digitale economie. Contact met het bedrijfsleven helpt om te begrijpen welk verdienmodel er achter een onderneming zit. En dus ook wat ondernemingen motiveert. Het is belangrijk voor ACM om proactief het contact met marktpartijen op te zoeken en met hen in discussie te treden. Ook wanneer er geen verdenkingen spelen.

Kennisopbouw en in contact zijn met bedrijven zijn noodzakelijke voorwaarden voor effectief toezicht op online platforms. De dynamiek van platformmarkten en de aard van mogelijke problemen vragen hierom. Het 'voorwerk' is nodig om ervoor te zorgen dat ACM tussentijds kan bijsturen zodat zij (grotere) problemen kan voorkomen. ACM zou ondernemingen bijvoorbeeld erop kunnen wijzen dat nieuwe voorgenomen strategieën of beleidsvoorstellen schadelijk kunnen zijn voor de consumentenwelvaart. Als er dan toch een mededingingsprobleem ontstaat, heeft ACM de kennis en instrumenten in huis om dit effectief op te lossen.

Het is voor ACM dus zaak om te weten hoe het speelveld van online platforms eruitziet en op basis daarvan ook bij te sturen als dat nodig blijkt, dus als er een probleem is. Dat is hoe ACM effectief toezicht kan houden op online platforms.

⁴¹ Strategienota ACM, oktober 2013.