

Date: 31 januari 2019
Subject: Discussienotitie toekomstbestendigheid mededingingsbeleid online platforms
To: Ministerie van Economische Zaken & Klimaat
From: Jan Ernst de Groot, Chief Legal Officer

Discussievragen deel 1: Omgaan met uitdagingen binnen het mededingingsrecht

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?

We zijn het met deze stelling eens.

Overigens zijn ook veel onafhankelijke deskundigen deze mening toegedaan. Zie bijvoorbeeld Pieter Nooren (Senior Scientist, TNO, Den Haag), Nicolai van Gorp (Directeur, e-Economics, Rotterdam), Nico van Eijk (Professor Media & Telecommunicatie Recht en directeur van het Instituut voor Informatierecht van de Universiteit van Amsterdam) en Ronan O Fathaigh (Onderzoeker van het Instituut voor Informatierecht van de Universiteit van Amsterdam), die stellen dat: *'Given the breadth of current European Union (EU) regulation, and further proposed EU regulation, one can in many cases rely on the application of existing frameworks. Competition law is a clear example in this context, because it offers a flexible approach that is able to deal with digital platforms. In many instances, whether a current regulation applies to a digital platform is a matter of interpretation, and it is the competence of courts to decide upon this interpretation.'*¹ Samenvattend, als de regels/basisprincipes op zich ruim genoeg zijn dan kan het in beginsel aan de markt en de rechter worden gelaten, overheidsinterventie komt daarna aan de orde.

2. Zijn er nieuwe uitdagingen voor het mededingingstoezicht die hier niet aan bod zijn gekomen?

Nee, de discussienotitie geeft een goed overzicht.

We onderschrijven ook de focus van de notitie, zoals vermeld op pagina 1: hoe om te gaan met de groei van mondiale platforms en mogelijke concurrentieproblemen in de digitale economie? Daarnaast onderschrijven we dat op veel online-markten concurrentie tussen platforms tot stand komt. Dit is, zoals de notitie aangeeft, het geval voor online winkelen, waarvoor de meeste consumenten meer dan één platform bezoeken. Dit overigens naast de bezoeken die consumenten doorgaans (blijven) brengen aan traditionele winkels en webwinkels.

Een invalshoek die in het eerste deel van de notitie wellicht onvoldoende wordt belicht is dat de digitale economie vermoedelijk een aantal kenmerken heeft die tot correctie van bepaalde gedragingen kunnen leiden, zonder dat daarvoor noodzakelijkerwijs ingrijpen via

¹ Citaat terug te vinden op pagina 284 van hun artikel 'Should We Regulate Digital Platforms? A New Framework for Evaluating Policy Options', in Policy & Internet, 2018.

mededingingstoezicht en/of sectorregulering nodig is. Hierbij valt in het bijzonder te denken aan reputatiemechanismen². Bij bol.com wordt bijvoorbeeld de consument beschermd door feedbacksystemen. Consumenten geven ratings aan de bedrijven die via bol.com producten verkopen. Deze ratings zijn op de site van bol.com eenvoudig zichtbaar. Gebrekkig of slecht gedrag zal tot negatieve feedback leiden, resulterend in minder transacties. Een hoge score zal daarentegen het vertrouwen van de consument versterken en tot meer transacties leiden. Aldus wordt de informatieasymmetrie tussen consument en aanbieder van producten kleiner en ontstaat tevens een effectief mechanisme om het gedrag van aanbieders te veranderen.

3. Wat hebben mededingingstoezichthouders nodig om ook online te kunnen handhaven?

Zoals in de notitie op pagina 7 staat vermeld: voldoende instrumenten en expertise.

Discussievragen deel 2: Aanvullende beleidsopties

1. In hoeverre is het aannemelijk dat door de dynamiek van online platformmarkten duurzame machtsposities (zijn) ontstaan?

Of mondiale platforms onaantastbare marktposities hebben, blijft enigszins koffiedik kijken. Benedict Evans, technologie analist van de Amerikaanse durfkapitaal investeerder Andreessen Horowitz, is bijvoorbeeld van mening dat de zogeheten 'moats' rondom technologie monopolies zelden worden geschonden. Bij moats gaat het om de economische 'slotgracht' rondom bedrijven, een term die is gepopulariseerd door de Amerikaanse investeerder Warren Buffett en die verwijst naar het vermogen van een bedrijf om concurrentievoordelen te behouden ten opzichte van zijn concurrenten om daarmee zijn langetermijnwinsten en marktaandeel van concurrerende bedrijven te beschermen. IBM heeft zijn dominantie behouden in mainframe computers. Microsoft in PC-besturingssystemen. Maar praktisch niemand maalt daar volgens deze analist nog om, omdat innovatie beide markten heeft geherdefinieerd. *'It's not that someone works out how to cross the moat', aldus Evans. 'It's that the castle becomes irrelevant.'*³

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?

Wij menen dat het de rol van de overheid is om waakzaam te volgen of er daadwerkelijk duurzame machtsposities ontstaan. Dit om te bezien of deze mogelijk leiden tot de op pagina 3 van de notitie vermelde potentiële negatieve gevolgen van een dergelijke positie, te weten dat bij duurzame machtsposities het voor disruptief innovatieve concurrenten nagenoeg onmogelijk kan worden om met een gevestigd platform met een duurzame machtspositie te concurreren, waardoor voor dat platform de prikkels afnemen om consumenten een steeds aantrekkelijker aanbod te verschaffen. In een dergelijke omstandigheid zouden mogelijkerwijs

² Reputatiemechanismen komen pas op pagina 11 aan de orde, in het kader van dataportabiliteit voor zakelijke gebruikers.

³ Evans geciteerd door John Thornhill in artikel Integrated transport model aims to disrupt the disrupters, Financial Times, 15 January 2019, page 9.

concurrentiebevorderende maatregelen moeten worden getroffen. Wij menen dat dergelijke concurrentiebevorderende maatregelen mogelijksterwijs ook zouden moeten worden getroffen met oog op het borgen van wat op pagina 1 van de notitie een eerlijke economie wordt genoemd. Te weten een economie waarin ondernemingen en consumenten hun autonomie en keuzevrijheid behouden.

3. Welke marktvoorwaarde(n) zijn voldoende signaal dat het nodig is om in te grijpen met ex ante maatregelen?

Wanneer er sprake is van een duurzame machtspositie, waardoor de prikkels afnemen om consumenten een steeds aantrekkelijker aanbod te verschaffen en/of ondernemingen en consumenten hun autonomie en keuzevrijheid hebben verloren en/of er geen nieuwe toetreders meer tot een bepaalde markt zijn, kan het zijn dat een markt niet meer werkt. Of dan ex ante maatregelen noodzakelijk zijn, vergt grondige marktanalyse. Vastgesteld zal moeten worden of 1) er publieke belangen worden geschaad (concurrentie & innovatie, consumentenbelangen, vrijwaring van onjuiste beïnvloeding, integriteit & continuïteit⁴) die ex ante ingrijpen kunnen rechtvaardigen en 2) wat de verwachte voor- en nadelen van ex ante ingrijpen zijn.

Ex ante ingrijpen gebeurt bijvoorbeeld door het in 2018 door de Europese Commissie gepresenteerde voorstel voor een Europese verordening voor Platform2B relaties, oftewel de relaties tussen platforms en hun zakelijke gebruikers.

Ook in deze context geldt dat als ondernemingen hun autonomie en keuzevrijheid hebben verloren, dit een signaal zou zijn dat de markt niet werkt. Oplettendheid is hierbij wel geboden. Een onderneming die ervoor kiest om via een platform te gaan verkopen heeft uiteraard niet per definitie zijn autonomie en keuzevrijheid verloren. Om te beginnen zijn er doorgaans nog legio andere manieren om de consument te bereiken (waaronder traditionele winkels, webwinkels, andere platforms, zoekmachines en prijsvergelijkers, etc). Dit geldt zeker als het platform in kwestie niet tot de categorie mondiale platforms met een dominante positie behoort.

In de praktijk gaat dit soort nuances al te gemakkelijk verloren. Zo claimen sommige zakelijke gebruikers van platforms dat ze te allen tijde volledig vrij moeten kunnen blijven om hun eigen prijzen te bepalen. Dit raakt aan de pariteitsclausules op basis waarvan diverse platforms werken. Deze zijn gebaseerd op het no-cure-no-pay-principle. Als een onderneming een platform gebruikt om zijn producten online te verkopen, betaalt deze onderneming het platform alleen een vergoeding over daadwerkelijk verkochte producten. Vanaf het moment dat consumenten zouden merken dat dergelijke ondernemingen op hun eigen websites en/of winkels betere voorwaarden bieden dan op het platform, dan zullen mensen in de verleiding komen om het platform te omzeilen en rechtstreeks bij de onderneming te kopen. Dit zou dan neerkomen op free-riding van de onderneming op het platform (het platform draagt dan bij aan de marketing van

⁴ Deze indeling van publieke belangen is terug te vinden op pagina 268 van het eerder in deze reactie aangehaalde artikel 'Should We Regulate Digital Platforms? A New Framework for Evaluating Policy Options', in Policy & Internet, 2018.

de producten van de onderneming, maar krijgt daar financieel niets voor terug). In het kader van het borgen van een eerlijke economie kan dat niet de bedoeling zijn.

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?

Het verplicht delen van data is een paardenmiddel, dat vanwege de vergaande inbreuk op eigendom en economische vrijheden slechts in uiterste gevallen zou moeten worden overwogen. Dit in de eerste plaats omdat het om partiële onteigening van legaal verkregen productiemiddelen gaat. Bovendien is het praktisch nut van zo'n maatregel waarschijnlijk beperkt. Veel data verouderen relatief snel. Bovendien ontlene dominante platforms hun marktpositie niet enkel aan de data die ze verzamelen, maar ook aan hun capaciteit om die data (bijvoorbeeld via algoritmen) zo te bewerken dat ze een commerciële meerwaarde hebben (in termen van bijvoorbeeld informatie die relevant is voor adverteerders). Het is daarom twijfelachtig of verplicht datadelen een kansrijke manier zal zijn om concurrentie op online markten aan te jagen. Dit nog los van de vraag of verplicht datadelen verenigbaar is met de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG). Een vraag die de notitie reeds zelf opwerpt.

5. Kan een recht op dataportabiliteit van ratings en reviews voor zakelijke gebruikers de concurrentie op online markten bevorderen?

Een belangrijke vraag is hoe een recht op dataportabiliteit van ratings en reviews zich verhoudt tot consumentenbescherming. Online recensies zijn, zoals de notitie terecht stelt, vaak een gecombineerde beoordeling van de onderneming en het platform. Het platform verricht bijvoorbeeld vaak zaken namens de onderneming waarmee de consument een transactie aangaat, die een (significante) invloed hebben op de waardering van de consument en daarmee op ratings en reviews. Hierbij moet bijvoorbeeld worden gedacht aan de financiële afwikkeling van de transactie en de klantenservice (waaronder eventuele klachten en retourbehandeling). Dit betekent dus dat het eventuele met portabiliteit van ratings en reviews te behalen voordeel van meer concurrentie zal moeten worden afgewogen tegen het eventuele nadeel van minder consumentenbescherming. Specifiek ten aanzien van reviews kan verder nog worden opgemerkt dat indien meerdere aanbieders op een platform hetzelfde product aanbieden, dat een review van dat product dan niet exclusief aan één aanbieder is gekoppeld. Verder vallen reviews onder auteursrechtelijke bepalingen. Deze kunnen daardoor niet zomaar worden overgedragen.

6. Wanneer en voor welke diensten is het verplichten van vergaande interoperabiliteit wenselijk om overstapkosten van gebruikers te doen afnemen?

De vorig jaar in werking getreden AVG introduceert een nieuw recht ten behoeve van interoperabiliteit. Bedrijven moeten ervoor zorgen dat personen hun gegevens makkelijk kunnen opvragen en door kunnen geven aan een andere organisatie. Bijvoorbeeld bij de overstap naar een andere partij. Gezien dat dit een nieuw recht is, lijkt het verstandig eerst de werking hiervan te evalueren, alvorens verdere stappen te zetten.

7. Welke andere beleidsopties zijn kansrijk om online markten competitief te houden?

In de notitie wordt gesproken over ingrijpen in de marktstructuur, door middel van horizontale opsplitsing en/of het afsplitsen van bedrijfsonderdelen. Zoals wordt opgemerkt zijn deze maatregelen meest vergaand vanwege de inbreuk op eigendom en economische vrijheden. Hier valt nog aan toe te voegen dat gezien het feit dat een niet gering percentage van de dominante platformen van niet EU-origine is, ook rekening zal moeten worden gehouden met de geopolitieke dimensie. Het valt immers niet uit te sluiten dat dergelijke vergaande maatregelen tot tegenreacties leiden, bijvoorbeeld op (internationaal) handelsterrein.

Een manier om online markten competitief te houden is te waarborgen dat markten openblijven voor nieuwe toetreders. In de praktijk voegen partijen met grote datahoeveelheden dikwijls steeds nieuwe diensten toe met gebruikmaking van hun bestaande bestanden. Ze kunnen dan nieuwe diensten 'gratis/goedkoop' aanbieden, zodat andere partijen de markt niet kunnen betreden. Dit roept de vraag op bedrijven die per bedrijfskolom data verzamelen deze data ongelimiteerd zouden moeten kunnen gebruiken in andere kolommen.

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?

Gezien het grensoverschrijdende karakter (zie ook antwoord op voorgaande vraag) is het beste handelingsniveau internationaal, bijvoorbeeld OECD. Indien dit niet haalbaar is, dan Europees en dan nationaal.