

Bijdrage Funda aan consultatie ‘Toekomstbestendigheid mededingingsbeleid in relatie tot online platforms’

A. Inleiding

In de discussienotitie ‘Toekomstbestendigheid mededingingsbeleid in relatie tot online platforms’ vraagt het Ministerie van Economische Zaken (‘EZ’) om gedachten over vraagstukken omtrent de toekomstbestendigheid van het mededingingsbeleid in relatie tot de digitale economie. De nota geeft aan dat het daarbij gaat om vragen als: 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? Verder vraagt de nota of het nuttig en noodzakelijk is om aanvullende regelgeving te overwegen en zo ja, welke opties het meest geschikt lijken in deze context om voldoende concurrentie op online markten te borgen.

Als online platform juicht Funda het toe dat wordt gevraagd gedachten en ervaringen te delen. Funda geeft daarom graag gehoor aan de oproep. Dit is mede ingegeven door het feit dat Funda de zeer grote internationale tech-platforms en tech-bedrijven niet alleen ziet als belangrijke “innovators” maar ook als zeer aanwezige potentiële en actuele concurrenten. De mondiale schaal waarop deze bedrijven opereren, in combinatie met de “deep pockets” die deze bedrijven hebben, maakt hen bijzonder. Tegelijkertijd is het een gegeven dat ontwikkelingen op online markten zeer snel gaan, er veel bedrijven zijn die met nieuwe ideeën en technische uitvindingen al of niet “disruptief” op de markt komen, en de concurrentie heel dynamisch is. Denk daarbij bijvoorbeeld aan de opkomst van Coolblue als concurrent van Bol.com en LinkedIn en Indeed als concurrenten van Monsterboard en Vacaturebank. Populariteit van een platform biedt daarom geen zekerheid voor houdbaarheid of een duurzame marktpositie. Het is vanuit deze ervaring dat Funda enkele observaties deelt in relatie tot een aantal van de in de nota opgenomen zorgpunten en discussievragen. Dit vanuit haar kennis van bedrijfsvoering en innovatie, kennis van het functioneren van de markt en ervaring met concurrentie en concurrentievraagstukken. Funda volgt in deze korte bijdrage de opzet van de nota.

B. Concurrentie in digitale economie en omgaan met uitdagingen

De discussievragen in de nota zijn op dit punt de volgende:

Vraag 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?

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

Vraag 3: *Wat hebben mededingingstoezichthouders nodig om ook online te kunnen handhaven?*

Funda kan in relatie tot het hoofdstuk in de discussienota dat betrekking heeft op concurrentie vraagstukken betreffende online markten en de mogelijke rol van het mededingingsrecht en interventie door mededingingsautoriteiten, het volgende opmerken:

- Het lijkt van belang bij de discussie over de toekomst van het mededingingsrecht en haar relatie met online platforms dat niet slechts gekeken wordt naar mondiale ‘superplatforms’ als Facebook, Google of Amazon. In ogeschouw moet worden genomen dat er talloze online platforms zijn en online platforms op vele wijzen worden gedisciplineerd in hun prijszetting en overige commerciële voorwaarden. Het lijkt van belang te voorkomen dat de zorg over superplatforms de mening zou doen ontstaan dat het beleid ten aanzien van superplatforms het beleid dient te zijn voor alle platforms. De discussienota lijkt dit ook te onderkennen waar wordt aangegeven dat er vaak concurrentie is tussen platforms, de waarde van veel data van korte duur is en beperkte concurrentie tussen platforms op zich geen concurrentieprobleem hoeft te zijn zolang concurrentie “om de markt” mogelijk blijft.
- Voorts wordt in de discussienota de zorg uitgesproken over de conglomeratietendens. In dat verband is relevant om bij de beleidsvorming mee te wegen dat het inzetten van data die is verzameld uit verschillende diensten voor consumenten juist toegevoegde waarde kan bieden, aangezien de betreffende diensten meer op de individuele consument kunnen worden toegesneden.
- De in de discussienota genoemde zorgen en factoren pleiten ervoor dat het mededingingsrecht wordt toegepast en ingevuld aan de hand van de economische realiteit, in het concrete geval. Het is van belang dat beslissingen worden genomen op basis van zorgvuldig onderzoek. Het huidige mededingingsrecht lijkt daartoe voldoende mogelijkheden te bieden.
- Wat het belang van data aangaat, merken wij op dat het verkrijgen van data en het kunnen combineren van data voor sommige diensten of op sommige markten belangrijk kan zijn maar de ervaring is dat veel data geen of maar een zeer betrekkelijk belang hebben voor het verbeteren van het eigen product (of de eigen dienst) van een bedrijf. Het kunnen genereren van mogelijke advertentie-inkomsten of een meer gerichte marketing blijft dan een mogelijke aanwending. Voorts zijn veel data publiekelijk te verkrijgen of replicerbaar. Het verkrijgen van data betekent derhalve niet dat anderen diezelfde of soortgelijke data niet kunnen verkrijgen. Er zijn inmiddels ook zeer veel ondernemingen die zich specialiseren in het verzamelen van data met het doel deze te verkopen. Zo kan een nieuw online platform, ondanks haar mogelijke zwakke aanwezigheid op een markt, gebruik maken van deze *third party data* om een *critical mass* te verkrijgen. Een online platform heeft ook vaak niet de controle over alle of een significant deel van de verkregen data. In geval van *multi-homing*, bijvoorbeeld, gebruiken gebruikers meerdere (concurrerende) online platforms waarbij alle platforms aldus dezelfde data kunnen verkrijgen.

- Het is ook van belang populariteit van een platform niet te verwarren met marktmacht. Van geval tot geval zal moeten worden beoordeeld: Wat voor platform is aan de orde (e-commerce? louter advertenties/etalage? Zoekmachine? Social media?)? Wat is het business model van het platform? Op welke wijze en in welke mate is het platform afhankelijk van derden of afnemers? Met welke online en/of offline diensten concurreert het platform? Welke online platforms concurreren met elkaar? Bijv: concurreert Facebook alleen met andere online platforms die in verregaande mate lijken op Facebook? Of concurreert zij ook met YouTube en instant messaging services?
- Om vele ook in de discussienota erkende redenen is marktmacht van online platforms hoogst onzeker. Dit volgt uit de aard van de digitale economie: *'competition is only one click away'*. Illustraties van het innovatieve karakter van online diensten en markten, en de constante dreiging van een *market disruption*, zijn alom aanwezig.

C. Aanvullende beleidsopties

De discussiepunten in de nota zijn op dit punt de volgende:

Vraag 4: *In hoeverre is het aannemelijk dat door de dynamiek van online platformmarkten duurzame machtsposities (zijn) ontstaan?*

Vraag 5: *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?*

Vraag 6: *Welke marktvoorwaarde(n) zijn voldoende signaal dat het nodig is om in te grijpen met ex ante maatregelen?*

Vraag 7: *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?*

Vraag 8: *Kan een recht op dataportabiliteit van ratings en reviews voor zakelijke gebruikers de concurrentie op online markten bevorderen?*

Vraag 9: *Wanneer en voor welke diensten is het verplichten van vergaande interoperabiliteit wenselijk om overstapkosten van gebruikers te doen afnemen?*

Vraag 10: *Welke andere beleidsopties zijn kansrijk om online markten competitief te houden?*

Vraag 11: *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?*

- Regulering van online markten of platforms heeft als groot gevaar dat bedrijven een verminderde prikkel (of middelen) zullen hebben om te innoveren en het aanbod verschaalt. Indien het investeren in het "succesvol maken" van een online platform in

termen van hoeveelheid beschikbare data, bereik c.q. aantallen gebruikers tot gevolg zou hebben dat men onder *ex ante* regulering komt te vallen met verstreckende gevolgen, zal dit investeringen ontmoedigen.

- Een inherent probleem van *ex ante* regulering is verder dat casuïstiek van de marktrealiteit zeer moeilijk is te vatten in regulering. Dit geldt met name voor een onderwerp dat zo breed en zo in beweging is als online platforms en online markten, welke vele sectoren betreffen. Sectorale regulering kan bovendien veel specifiekere zijn dan generieke regulering. Dit verhoogt het risico van rechtsonzekerheid en onnodig ingrijpen (*false positives*).
- Het is moeilijk te bedenken in welke situatie een algemene (*ex ante*) verplichting om (bepaalde) data (inclusief ratings en reviews) te delen echt nodig zou zijn. Een dergelijke verplichting zal al gauw disproportioneel zijn en innovatie schaden omdat concurrenten dan simpelweg meeliften op de investeringen en innovatie van anderen.
- Onder het huidige juridische kader is het al mogelijk om in uitzonderlijke situaties op basis van het mededingingsrecht toegang te krijgen tot onmisbaar geachte data. In tegenstelling tot wettelijk ingrijpen levert het gebruik van de mededingingswet in dergelijke gevallen maatwerk op en vindt interventie plaats op basis van een daadwerkelijk geconstateerde situatie in plaats van op basis van een veronderstelde (mogelijk onzekere toekomstige) situatie.
- Het internationale en grensoverschrijdende karakter van de digitale economie en online platforms maakt dat het zeer wenselijk is dat mogelijke aanpassingen van het mededingingsrecht of beleid op internationaal of tenminste op Europees niveau plaats vinden. Louter nationale aanpassingen leiden al gauw tot uiteenlopende en inconsistente benaderingen tussen autoriteiten. Dit leidt tot fragmentatie en (rechts)onzekerheid voor alle spelers in de digitale economie.
