

Big tech en mededinging

Inge Graef*

Uitdaging voor het mededingingsrecht is de juiste rol te vinden in een samenleving die steeds meer beïnvloed wordt door 'big tech'. In hoeverre nieuwe regelgeving wenselijk is of een versterking van bestaande mededingingsconcepten volstaat, hangt vooral af van de flexibiliteit waarmee mededingingsautoriteiten en rechters bereid zijn de regels te interpreteren.

1 Inleiding

Oproepen in de politiek tot het inperken van de macht van techbedrijven worden alsmear luider. 'Let's break up big tech' vormde bijvoorbeeld de belangrijkste leus in de Amerikaanse presidentiële campagne van Elizabeth Warren.¹ Wat meer genuanceerd maar zeker opvallend deed onze Nederlandse Staatssecretaris van Economische Zaken Mona Keijzer in mei 2019 een aantal concrete voorstellen voor een 'betere digitale economie', waaronder een nieuwe bevoegdheid voor mededingingstoezichthouders om sneller online marktdominantie te kunnen aanpakken, die inmiddels navolging heeft gekregen op EU-niveau in de vorm van het voorstel voor een New Competition Tool.² Dit instrument moet de Commissie toestaan in te grijpen bij structurele problemen zonder een overtreding van de mededingingsregels te hoeven vaststellen. Ook maakte de Europese Commissie in februari 2020 in een Communicatie duidelijk dat zij nieuwe regelgeving overweegt als aanvulling op de bestaande mededingingshandhaving om digitale markten concurrerend en innoverend te houden.³ Aanleiding voor deze initiatieven is het besef dat een aantal digitale platforms (waaronder de bedrijven die in de pers vaak

als 'GAFA' worden aangeduid – een afkorting voor Google, Amazon, Facebook en Apple) een positie heeft verworven waardoor ze fungeren als poortwachter naar markten, consumenten en informatie.

De vraag die beleidsmakers van nu bezighoudt, is of het bestaande EU-mededingingskader nog geschikt is om op te treden tegen de sterke macht van digitale platforms waarvan zowel bedrijven als consumenten steeds afhankelijker worden.⁴ In hoeverre nieuwe regelgeving wenselijk is, hangt mede af van de effectiviteit van het huidige mededingingstoezicht op techbedrijven. Deze bijdrage gaat na hoe de nieuwe manieren waarop techbedrijven concurreren, meegenomen kunnen worden in de toepassing van bestaande mededingingsconcepten.

Deze bijdrage gaat na hoe de nieuwe manieren waarop techbedrijven concurreren, meegenomen kunnen worden in de toepassing van bestaande mededingingsconcepten

* Mr.dr. I. Graef is universitair docent bij Tilburg University, verbonden aan het Tilburg Institute for Law, Technology, and Society (TILT) en het Tilburg Law and Economics Center (TILEC). Alle online bronnen zijn voor het laatst geraadpleegd op 25 juni 2020.

- 1 E. Warren, 'Here's how we can break up Big Tech', *Medium* 8 maart 2019, beschikbaar via <https://medium.com/@teamwarren/heres-how-we-can-break-up-big-tech-9ad9e0da324c>.
- 2 Brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, 17 mei 2019, *Kamerstukken II 2018/19, 27879*, nr. 71, beschikbaar via www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2019Z09936&did=2019D20357. Zie ook 'Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition authorities on challenges faced by competition authorities in a digital world', 10 oktober 2019, beschikbaar via www.belgiancompetition.be/en/about-us/publications/joint-memorandum-belgian-dutch-and-luxembourg-competition-authorities. In juni 2020 publiceerde de Europese Commissie een Inception Impact Assessment van de New Competition Tool. Beschikbaar via https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_962.



Veelal zijn deze concepten flexibel genoeg om met deze uitdagingen om te gaan. Wel hebben mededingingsautoriteiten en rechters durf nodig om te experimenteren met nieuwe ‘theories of harm’,⁵ bijvoorbeeld gebaseerd op niet aan prijs gerelateerde vormen van concurrentie. Een aantal Europese mededingingsautoriteiten heeft al overtredingen van de mededingingsregels voor nieuwe gedragingen in digitale markten vastgesteld. Zo legde de Europese Commissie Google een boete op voor het bevoordelen van zijn eigen prijsvergelijkingsdienst in zoekresultaten⁶ en trad het Duitse Bundeskartellamt op tegen Facebook vanwege zijn oneerlijke voorwaarden voor het verzamelen van persoonsgegevens.⁷ Als rechtsgebied dat het gedrag van marktpelers monitort, is het voor het mededingingsrecht onvermijdelijk om zulke nieuwe praktijken onder de loep te nemen. Vooralsnog blijft het afwachten of deze beslissingen het beroep bij de desbetreffende rechters zullen doorstaan.⁸ De verwachting is dat de Commissie eind 2020 in een wetgevingsvoorstel genaamd Digital Services Act een vorm van regulering van platforms met een poortwachtersfunctie zal opleggen. Het bereik van die regulering hangt mede af van aannames over de effectiviteit van het mededingingsrecht.

Tegen deze achtergrond bespreekt deze bijdrage de drie belangrijkste stappen in de mededingingsanalyse en hoe deze toegepast kunnen worden in de techsector. Deze stappen zijn: 1) marktafbakening, 2) bepalen van een machtspositie en 3) vaststellen van concurrentieverstorende effecten. Het mededingingsrecht heeft tot doel het beschermen van de consumentenwelvaart door op te treden tegen verstoringen van de mededinging. Echter, niet elke vorm van uitsluiting van een concurrent tast de mededinging aan. Zoals het Hof van Justitie stelt, kan concurrentie er per definitie toe leiden dat minder efficiënte concurrenten van de markt verdwijnen die voor consumenten minder interessant zijn vanwege de prijs, kwaliteit of innovatie van hun producten en diensten.⁹ De drie bovengenoemde stappen in de mededingingsanalyse dienen als filter om te bepalen of het gedrag van een onderneming de mededinging schaadt of juist de uitkomst is van ‘gezonde concurrentie’ op de markt. De mededingingsanalyse is echter toegerust op producten en diensten waarvoor een prijs moet worden betaald. Dit is veelal niet het geval voor de activiteiten van techbedrijven waarop deze bijdrage ziet, zoals zoekmachines, sociale netwerken en e-commerce-platforms. Ook is de

concurrentie tussen techbedrijven onderling dynamischer vanwege de snelle veranderingen in de markt en de rol van innovatie die belangrijker is dan in markten voor offline diensten.

In wat volgt laat deze bijdrage zien hoe deze uitdagingen de bestaande concepten in de drie stappen van de mededingingsanalyse in technologiemarkten onder druk zetten. Aan de hand hiervan bespreekt deze bijdrage ook welke rol het mededingingsrecht kan spelen ten opzichte van ‘big tech’ in de toekomst naast verdergaande regelgeving.

Het vaststellen van de relevante markt waarin techbedrijven concurreren is om verschillende redenen een uitdaging. De grootste uitdaging is de dynamische manier waarop techbedrijven concurreren

2 Marktafbakening

Het mededingingsrecht houdt zich niet bezig met geringe effecten in een competitieve markt. Dergelijke effecten kunnen door de marktwerking worden weggenomen. Als er voldoende concurrentie is, zullen consumenten immers vanzelf switchen van aanbieder als zij niet tevreden zijn. Van een schending van het mededingingsrecht is pas sprake als zich concurrentieverstorende effecten voordoen in de markt. Om die effecten te kunnen identificeren, moet in kaart worden gebracht welke spelers aanwezig zijn op de markt. Dit gebeurt door het bepalen van de grenzen van wat in mededingingstermen de ‘relevante markt’ heet. Het vaststellen van de relevante markt waarin techbedrijven concurreren is om verschillende redenen een uitdaging.

De grootste uitdaging is de dynamische manier waarop techbedrijven concurreren. Marktafbakening vereist het vaststellen van de grenzen waarbinnen de mededinging tussen ondernemingen plaatsvindt. Dat gebeurt op basis van ten eerste de substitueerbaarheid aan de vraagzijde (welke producten zijn vanuit het oogpunt van de consument onderling vervangbaar, stappen consumenten bij een prijsverhoging van bananen bijvoorbeeld over naar appels); ten tweede de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde (in hoeverre kunnen aanbieders overschakelen naar de

- 3 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Shaping Europe’s digital future, 19 februari 2020, COM(2020) 67 final, p. 10. Zie ook de Inception Impact Assessment van de Digital Services Act die de Commissie in juni 2020 publiceerde. Beschikbaar via https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_962.
- 4 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Shaping Europe’s digital future, 19 februari 2020, COM(2020) 67 final, p. 8-9.
- 5 ‘Theories of harm’ zijn redeneringen op basis waarvan wordt vastgesteld of bepaald gedrag de mededinging schaadt.
- 6 Europese Commissie 27 juni 2017, Case AT39740 (*Google Search (Shopping)*).
- 7 Bundeskartellamt 6 februari 2019, B6-22/16 (*Facebook*).
- 8 In juni 2020 bevestigde het Bundesgerichtshof de beslissing van het Bundeskartellamt in de Facebook-zaak in kort geding, nadat de rechtbank in Düsseldorf de beslissing in augustus 2019 vernietigd had. Zie Bundesgerichtshof 23 juni 2020, beschikbaar via www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020080.html. De hoorzitting in het beroep in de *Google Shopping*-zaak voor het Gerecht in Luxemburg vond plaats in februari 2020. Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage was de uitspraak nog niet gepubliceerd.
- 9 HvJ EU 27 maart 2012, ECLI:EU:C:2012:172 (*Post Danmark I*), par. 22.

10 Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (*PbEU* 9 december 1997, C 372/5), par. 13.

11 Zo kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de overwegingen van het Hof van Justitie in de *United Brands*-zaak om de markt voor bananen af te bakenen van andere soorten fruit. HvJ EG 14 februari 1978, C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22 (*United Brands*), par. 31: 'dat de banaan door haar uiterlijk, smaak en zachtheid alsmede doordat zij geen pitten bevat, gemakkelijk handelbaar is en in gelijkmatige hoeveelheden wordt geproduceerd, kan voorzien in de constante behoeften van een grote bevolkingsgroep bestaande uit kinderen, ouderen en zieken'.

12 Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (*PbEU* 9 december 1997, C 372/5), par. 15-19.

13 Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (*PbEU* 9 december 1997, C 372/5), par. 17: 'Wanneer substitutie volstaat om de prijsverhoging onrendabel te maken wegens de eruit voortvloeiende daling van de afzet, worden bijkomende substitutieproducten en gebieden opgenomen in de relevante markt, totdat het assortiment producten en het geografische gebied zodanig zijn afgebakend, dat kleine, duurzame verhogingen van de relatieve prijzen rendabel zouden zijn'.

14 M.S. Gal & D.L. Rubinfeld, 'The hidden costs of free goods: implications for antitrust enforcement', *Antitrust Law Journal* (80) 2016, afl. 3, p. 548-552.

15 Zie bijvoorbeeld de OECD background note, 'Quality considerations in digital zero-price markets', 28 november 2018, DAF/COMP(2018)14, p. 14, beschikbaar via [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)14/en/pdf).

productie van andere goederen, kan een aanbieder van appels bijvoorbeeld ook bananen gaan leveren); en ten derde potentiële concurrentie (zijn er toegangsdrempels voor nieuwe aanbieders om de markt te betreden).¹⁰ Van nature is marktafbakening een statische bezigheid: het geeft een momentopname van de ontwikkelingen in de markt. Bij techbedrijven levert dit extra moeilijkheden op, omdat de markten waarin zij concurreren zich snel ontwikkelen en ook deels met elkaar overlappen. Zo bieden Google en Facebook bijvoorbeeld strikt gezien andere diensten aan, namelijk een zoekmachine tegenover een sociaal netwerk. Wel concurreren ze allebei om de aandacht van dezelfde consumenten.

Bij marktafbakening voor technologiemarkten leveren vooral de volgende kenmerken uitdagingen op: de rol van kwaliteit in plaats van prijs als parameter van de concurrentie, overlappende functionaliteiten en inputs voor innovatie

Marktafbakening is geen doel op zichzelf, maar een eerste stap in de mededingingsanalyse. Desalniettemin kunnen de grenzen van de relevante markt wel bepalend zijn voor de uitkomst van de zaak. Hoe kleiner de relevante markt, des te groter immers de kans op het bestaan van een machtspositie die mededingingsproblemen veroorzaakt. Techbedrijven zullen daarom veelal proberen aan te tonen dat de relevante markt groter is dan wat de mededingingsautoriteit betoogt. Bij marktafbakening voor technologiemarkten leveren vooral de volgende kenmerken uitdagingen op: de rol van kwaliteit in plaats van prijs als parameter van de concurrentie, overlappende functionaliteiten en inputs voor innovatie. Deze drie onderwerpen worden hierna een voor een besproken om te laten zien dat de traditionele methoden voor marktafbakening aangepast kunnen worden aan de noden voor techbedrijven.

Van prijs naar kwaliteit

Het op een juiste manier afbakenen van meer traditionele markten vormt al een uitdaging.¹¹ Dit geldt des te meer voor digitale markten vanwege hun snel veranderende karakter. Een extra moeilijkheid is bovendien dat de producten en diensten in digitale markten, en

vooral op internet, vaak gratis worden aangeboden aan de consument. Dit betekent dat de klassieke SSNIP-test, een alom geaccepteerde methode in de mededingingspraktijk, niet gebruikt kan worden om de relevante markt af te bakenen. Die test is gebaseerd op de simulatie van een 'Small but Significant Non-transitory Increase in Price' (een kleine maar aanzienlijke en niet-tijdelijke prijsverhoging). Het idee van de SSNIP-test is om na te gaan naar welke alternatieve producten of diensten consumenten zouden switchen bij het invoeren van een duurzame prijsverhoging van vijf tot tien procent voor het product van de betreffende onderneming.¹² De producten waarnaar consumenten switchen bij zo'n prijsverhoging maken deel uit van dezelfde relevante markt. Door een dergelijke prijssimulatie kan bepaald worden of een hypothetische monopolist een prijsverhoging kan doorvoeren zonder meer consumenten te verliezen dan winstgevend is.¹³

Bij gratis producten en diensten werkt dit niet.¹⁴ De omslag naar een betaalde dienst die eerst gratis werd aangeboden kan nauwelijks een betrouwbaar beeld geven van de onderlinge vervangbaarheid van diensten voor de consument. Als Google bijvoorbeeld zijn zoekmachine opeens nog slechts betaald zou aanbieden, is het waarschijnlijk dat het effect van deze verandering op het gedrag van consumenten disproportioneel groot is. Dit geldt zelfs als Google slechts één eurocent per zoekopdracht in rekening zou brengen. Hierdoor zou de relevante markt onterecht veel ruimer zijn dan realistischere wijze aangenomen kan worden.

In markten voor gratis diensten vormt niet prijs, maar kwaliteit de belangrijkste parameter op basis waarvan ondernemingen met elkaar concurreren

Vanwege deze hindernissen is geopperd de SSNIP-test voor markten met 'gratis' producten en diensten te vervangen door een SSNDQ-test die een 'Small but Significant Non-transitory Decrease in Quality' (een kleine maar aanzienlijke en niet-tijdelijke kwaliteitsvermindering) zou moeten simuleren.¹⁵ In markten voor gratis diensten vormt namelijk niet prijs, maar kwaliteit de belangrijkste parameter op basis waarvan ondernemingen met elkaar concurreren. Een test die onderzoekt op welke alternatieven consumenten zouden overschakelen als de dienst van

de betreffende onderneming in kwaliteit zou inboeten, lijkt op het eerste gezicht dan ook geschikt voor het bepalen van de concurrentieverhoudingen. Zo is in de literatuur gesuggereerd om te kijken naar hoe een sociaal netwerk kosten kan besparen door kwaliteitsverminderingen toe te passen in de vorm van minder onderhoud waardoor gebruikers problemen kunnen ondervinden met inloggen, de website niet beschikbaar is of crasht door overbelasting.¹⁶ Waar gegevens of data een belangrijke input vormen om de relevantie van de dienst voor gebruikers te waarborgen (bijvoorbeeld bij het aanbieden van relevante zoekresultaten of *social media feeds*), zou een dergelijke simulatie van een kwaliteitsvermindering inhouden dat de onderneming minder gegevens gebruikt bij het aanbieden van haar dienst. Hierdoor zal de relevantie en dus kwaliteit van de dienst afnemen. Door te toetsen in hoeverre consumenten switchen naar andere diensten bij een kwaliteitsvermindering zou aldus bepaald kunnen worden wat de grenzen van de relevante markt zijn wanneer prijs geen rol speelt.

Hoewel een SSNDQ-test in theorie logisch lijkt in situaties waar ondernemingen op kwaliteit en niet op prijs met elkaar concurreren, is het moeilijk hypothetische prijsverhogingen te vervangen door hypothetische kwaliteitsverminderingen

Hoewel een SSNDQ-test in theorie logisch lijkt in situaties waar ondernemingen op kwaliteit en niet op prijs met elkaar concurreren, is het moeilijk hypothetische prijsverhogingen te vervangen door hypothetische kwaliteitsverminderingen. Zo gaf de Europese Commissie tijdens een OECD-rondetafel in 2013 over de rol van kwaliteit in de mededingingsanalyse aan dat het vanwege het ontbreken van een nauwkeurige manier om kwaliteit te meten een uitdaging is een prijsverhoging van vijf tot tien procent om te zetten naar eenzelfde verlaging van de kwaliteit van een product.¹⁷ Bovendien is kwaliteit veel subjectiever dan prijs, waardoor er een groter verschil is tussen de voorkeuren van individuele consumenten. Zelfs als kwaliteit op een betrouwbare manier gemeten kan worden, is het nog een uitdaging om de effecten van

een kwaliteitsvermindering op de inkomsten van de onderneming vast te stellen en zo te bepalen of een dergelijke verslechtering van de kwaliteit winstgevend zou zijn.¹⁸ Terwijl prijsverhogingen onmiddellijk kunnen worden vertaald in winst, zou een veel gecompliceerdere aanpak nodig zijn om de extra winst te bepalen die wordt behaald door een kwaliteitsvermindering, namelijk in de vorm van kostenbesparingen. Om deze redenen wordt veelal aangenomen dat een SSNDQ-test in de praktijk niet goed uitvoerbaar is.¹⁹

Desalniettemin heeft de Europese Commissie een SSNDQ-test toegepast bij het vaststellen van Googles machtspositie in de *Google Android*-zaak.²⁰ Om te bepalen of er een aparte relevante markt voor licentieerbare besturingssystemen voor *smart mobile devices* was,²¹ is de Commissie onder andere nagegaan in hoeverre zowel gebruikers als ontwikkelaars zouden switchen naar *smart mobile devices* met niet-licentieerbare besturingssystemen (zoals Apples iOS) bij een kleine, maar aanzienlijke vermindering van de kwaliteit van het Android-besturingssysteem.²² Uitkomst was dat zulk overstapgedrag voor beide groepen onwaarschijnlijk was. Voor gebruikers speelde onder andere de moeite om over te stappen naar een nieuw besturingssysteem een rol vanwege het opnieuw moeten downloaden en kopen van bestaande apps, het vertrouwd raken met een nieuwe interface en het moeten overbrengen van een grote hoeveelheid gegevens via vaak onhandige en imperfecte mechanismen.²³ Wat betreft ontwikkelaars concludeerde de Commissie dat het onwaarschijnlijk is dat zij stoppen met ontwikkelen voor Google Android en exclusief voor Apple iOS actief zullen zijn.²⁴ Om deze redenen ging de Commissie bij de verdere analyse uit van de kleinst relevante markt, wat nadelig is voor Google. Er kan immers eerder worden vastgesteld dat Google over een machtspositie beschikt als de relevante markt kleiner is en er dus minder concurrenten in de markt aanwezig zijn.

Ondanks de praktische uitdagingen om een kwaliteitsvermindering te simuleren, laat de *Google Android*-zaak zien dat een SSNDQ-test wel degelijk uitvoerbaar is.

Rol van overlappende functionaliteiten

Het gebrek van prijs als parameter voor concurrentie kan dus moeilijkheden opleveren bij het afbakenen van de relevante markt voor online diensten. Desondanks is het Europese mededingingsrecht ook vóór de *Google Android*-zaak al vele keren toegepast

16 A. Gebicka & A. Heine-mann, 'Social Media & Competition Law', *World Competition* (37) 2014, afl. 2, p. 149-172, 158.

17 OECD-bijdrage 'Roundtable on the role and measurement of quality in competition analysis – Note by the European Union', 13 juni 2013, DAF/COMP/WD(2013)32, p. 5, beschikbaar via https://ec.europa.eu/competition/inter-national/multilateral/2013_june_roundtable_quality_en.pdf.

18 OECD-bijdrage 'Roundtable on the role and measurement of quality in competition analysis – Note by the European Union', 13 juni 2013, DAF/COMP/WD(2013)32, p. 5.

19 Zie OECD background note, 'The role and measurement of quality in competition analysis', 2013, DAF/COMP(2013)17, p. 15, beschikbaar via www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf; en het rapport geschreven door de speciale adviseurs van Eurocommissaris voor de Mededinging Vestager: J. Crémer, Y.-A. de Montjoye & H. Schweitzer, *Competition policy for the digital era*, 2019, p. 45, beschikbaar via <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>.

20 Zoals de Europese Commissie het zelf heeft geformuleerd in de OECD-bijdrage 'Quality considerations in the zero-price economy – Note by the European Union', 28 november 2018, p. 6, beschikbaar via [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)135/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)135/en/pdf).

21 Google heeft volgens de Commissie met Android een marktaandeel van meer dan 95% in die markt.

22 Europese Commissie 18 juli 2018, Case AT.40099 (*Google Android*), par. 267 en secties 9.3.4.1, 9.3.4.2, 9.3.4.3 en 9.3.4.2.IV.

23 Europese Commissie 18 juli 2018, Case AT.40099 (*Google Android*), par. 523.

24 Europese Commissie 18 juli 2018, Case AT.40099 (*Google Android*), sectie 9.3.4.2.IV.

op markten voor gratis diensten,²⁵ waaronder online diensten zoals zoekmachines en sociale netwerken. De focus lag daarbij vaak op kwalitatieve in plaats van kwantitatieve methodes, zoals de hierboven besproken SSNIP- en SSNDQ-testen. Bij zulke kwalitatieve methodes waren vooral de functionaliteiten van de geboden dienst cruciaal voor het bepalen van de relevante markt. In haar *Google Shopping*-beslissing²⁶ bepaalde de Europese Commissie dat online handelsplatforms, zoals Amazon Marketplace en eBay Marketplaces, niet binnen de relevante markt voor prijsvergelijkingsdiensten vallen, omdat ze een ander doel dienen. De Commissie noemde een aantal redenen voor deze conclusie. Zo treden prijsvergelijkingsdiensten volgens de Commissie op als tussenpersoon tussen gebruikers en online handelaren. Hierdoor kunnen gebruikers aanbiedingen van verschillende handelaren vergelijken om het meest aantrekkelijke aanbod te vinden. Ook bieden prijsvergelijkingsdiensten in tegenstelling tot online handelsplatforms gebruikers niet de mogelijkheid om een product rechtstreeks op hun website te kopen. In plaats daarvan verwijzen prijsvergelijkingsdiensten gebruikers door naar websites van derden waar ze het betreffende product kunnen kopen. Verder bieden online handelsplatforms gebruikers geen ondersteuning na verkoop, terwijl online handelsplatforms dat wel doen.²⁷

De moeilijkheid bij marktafbakening van veel digitale of online diensten is dat ze vanwege hun overlappende kenmerken dichter bij elkaar liggen dan traditionele offline producten en diensten

De moeilijkheid bij marktafbakening van veel van deze digitale of online diensten is dat ze vanwege hun overlappende kenmerken dichter bij elkaar liggen dan traditionele offline producten en diensten. In de Facebook/WhatsApp-fusie liet de Commissie de marktafbakening voor sociale netwerkdiensten dan ook open zonder de precieze grenzen van de relevante markt vast te stellen waarin de fusiepartijen concurreerden. Aan de ene kant oordeelde de Commissie dat communicatieapps zoals Facebook Messenger en WhatsApp bepaalde functionaliteiten aanbieden die ook typisch zijn voor een sociaalnetwerkdienst,

namelijk het delen van berichten en foto's. Aan de andere kant stelde de Commissie dat er belangrijke verschillen zijn tussen communicatieapps en sociaalnetwerkdiensten, waaronder de meer persoonlijke en real-time communicatie die communicatieapps mogelijk maken.²⁸ Omdat de fusie volgens de Commissie ongeacht de precieze relevante markt geen mededingingsproblemen zou opleveren, liet zij in het midden of communicatieapps zoals Facebook Messenger en WhatsApp binnen de markt voor sociale netwerken vielen.²⁹

Zulke redeneringen, waarbij diensten van elkaar worden onderscheiden op basis van hun functionaliteiten, zijn niet zonder kritiek.³⁰ Hoewel de precieze functionaliteiten anders zijn, lijkt het moeilijk aan te nemen dat prijsvergelijkingsdiensten geen enkele concurrentie ondervinden van online handelsplatforms en dat sociale netwerken niet concurreren met communicatieapps. Om de concurrentiedruk tussen diensten met enigszins afwijkende functionaliteiten mee te nemen in de mededingingsanalyse, heeft Evans gepleit voor het afbakenen van een relevante markt voor de aandacht van de internetgebruiker. In zo'n markt worden online diensten die strijden om de tijd van de consument als concurrenten gezien ongeacht de specifieke functionaliteiten die ze aanbieden.³¹ Gevolg is dat de relevante markt heel ruim is waardoor er minder gelegenheid is voor mededingingsoptreden. De kans dat een onderneming een machtspositie heeft, wordt immers kleiner naargelang meer ondernemingen tot de relevante markt behoren.

Beide benaderingen – een zeer strikte waarbij alleen wordt gekeken naar de specifieke functionaliteiten van een dienst en een benadering waarbij grofweg alle diensten die concurreren om de aandacht van de internetgebruiker deel uitmaken van dezelfde relevante markt – lijken geen goede afspiegeling te zijn van de realiteit. Een aanpak die meer in het midden ligt van deze twee uitersten is die van Petit. Hij stelt voor om techbedrijven te bekijken als 'm oligopolists' waarbij ondernemingen een monopolie hebben op een bepaalde dienst, maar tegelijkertijd concurreren in een oligopolie voor andere diensten. Zo stelt hij voor om Microsoft te zien als een monopolist in pc-besturingssystemen en als oligopolist voor internetbrowsers en online zoekmachines. En zo zou Google een monopolist voor online zoekmachines vormen, maar een oligopolist in zelfrijdende auto's en 'smart glasses'.³² Deze voorbeelden laten zien dat techbedrijven activiteiten hebben die met elkaar overlappen,

25 In 1991 paste het Hof van Justitie van de EU mededingingsregels al toe op een gratis dienst, namelijk diensten voor arbeidsbemiddeling. HvJ EU 23 april 1991, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner and Elser v Macrotron*), par. 19-23.

26 Europese Commissie 27 juni 2017, Case AT.39740 (*Google Search (Shopping)*).

27 Europese Commissie 27 juni 2017, Case AT.39740 (*Google Search (Shopping)*), par. 218-219.

28 Europese Commissie 3 oktober 2014, Case COMP/M.7217 (*Facebook / WhatsApp*), par. 51-61.

29 Europese Commissie 3 oktober 2014, Case COMP/M.7217 (*Facebook / WhatsApp*), par. 62.

30 Voor recente kritiek op de aanpak van de Commissie in *Facebook / WhatsApp*, zie bijvoorbeeld P. Larouche, 'Platforms, Disruptive Innovation, and Competition on the Market', *Competition Policy International Antitrust Chronicle* (2) 2020, afl. 1, p. 6-7.

31 D.S. Evans, 'Attention rivalry among online platforms', *Journal of Competition Law & Economics* (9) 2013, afl. 2, p. 313-357.

32 N. Petit, *Technology Giants, the Monopoly Hypothesis and Holistic Competition: A Primer* (working paper 2016), beschikbaar via https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2856502.

ook al bieden ze strikt gezien enigszins andere diensten aan. Zo kunnen zoekmachines en sociale netwerken in functionaliteit van elkaar onderscheiden worden, terwijl beide diensten wel tegelijkertijd concurreren om de aandacht van de consument.

Vanwege de conglomeratvorming tussen verschillende activiteiten die nauw aan elkaar verbonden zijn, kan de concurrentiedruk die deze bedrijven onderling ondervinden niet op een goede manier geanalyseerd worden als mededingingsautoriteiten zich beperken tot een strikte marktafbakening op basis van de aangeboden diensten.³³ Door de aanpak van Petit kunnen verbanden tussen markten die anders van elkaar zouden zijn afgescheiden doordat de aangeboden diensten in functionaliteit verschillen, alsnog zichtbaar gemaakt worden zonder zoals Evans uit te komen op een allesomvattende relevante markt voor internetdiensten.

Hoewel er nog geen concrete producten of diensten aangeduid kunnen worden, kan aan de hand van de investeringen in Onderzoek & Ontwikkeling bepaald worden welke ondernemingen aan soortgelijke innovaties werken

Focus op inputs voor innovatie

Nog een andere benadering die de realiteit op de markt beter weergeeft, is om naast de relevante markten voor concrete producten en diensten te kijken naar de inputs³⁴ die nodig zijn om te kunnen concurreren. In de farmaceutische industrie zijn investeringen in Onderzoek & Ontwikkeling (O&O) een belangrijke factor die toekomstige concurrentie beïnvloeden, net als in de techsector. Hoewel er nog geen concrete producten of diensten aangeduid kunnen worden, kan aan de hand van de investeringen in O&O bepaald worden welke ondernemingen aan soortgelijke innovaties werken.³⁵ Voor techbedrijven vormen data of gegevens een belangrijke input waaruit trends voor nieuwe producten of diensten afgeleid kunnen worden.³⁶

In de Facebook/WhatsApp-fusie onderzocht de Commissie geen markt voor data, omdat geen van de partijen in een dergelijke potentiële markt actief zou zijn. De gegevens werden niet verhandeld, maar slechts als input gebruikt voor de advertentiediensten van

Facebook.³⁷ In de Microsoft/LinkedIn- en de Verizon/Yahoo-fusies bakende de Commissie wel een hypothetische markt voor data af als input voor de diensten die de partijen aanboden aan consumenten.³⁸ Dit is een welkome ontwikkeling die de overlap tussen de activiteiten van techbedrijven blootlegt, ook al is er een verschil in de functionaliteiten van de diensten die ze aanbieden. Verder geeft het integreren van data in de mededingingsanalyse een beter beeld van de reden achter fusies en ander gedrag van techbedrijven. Het is duidelijk dat data de belangrijkste reden was voor Facebook om WhatsApp aan te kopen voor een bedrag van maar liefst negentien miljard dollar, terwijl WhatsApp nauwelijks omzet maakte.³⁹ Als dergelijke overwegingen van bedrijven niet meegenomen worden, levert de mededingingsanalyse geen goede weerspiegeling op van de realiteit op de markt.

Hoewel marktafbakening bij techbedrijven dus tot uitdagingen leidt, laat de bovenstaande uiteenzetting zien dat de traditionele methoden aangepast kunnen worden door te focussen op kwaliteit in plaats van prijs als parameter van concurrentie, overlappende functionaliteiten mee te nemen in de mededingingsanalyse en inputs voor innovatie aandacht te geven.

3 Machtspositie

Wanneer als onderdeel van de mededingingsanalyse de grenzen van de relevante markt bepaald zijn, kan nagegaan worden of een onderneming op die markt beschikt over een economische machtspositie. Volgens de interpretatie van het Hof van Justitie is dit een positie die 'een onderneming in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de relevante markt te verhinderen, en het haar mogelijk maakt zich, jegens haar concurrenten, haar afnemers en, uiteindelijk, de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen'.⁴⁰ Zoals de Commissie het in haar Guidance Paper over artikel 102 VWEU verwoordt, houdt het bestaan van een machtspositie in dat er onvoldoende daadwerkelijke concurrentiedruk is en dat de betrokken onderneming 'wezenlijke marktmacht over een bepaalde periode geniet'.⁴¹

Volgens de Commissie staat een onderneming die 'voor een aanzienlijke periode de prijzen winstvergroterend tot boven het concurrerende niveau' kan verhogen onder onvoldoende concurrentiedruk waardoor deze in de regel als een onderneming met een machtspositie kan worden gezien.⁴² Onder de macht

33 A. De Streef & M. Bourreau, 'Digital conglomerates and EU competition policy', 2019, beschikbaar via www.crid.be/pdf/public/8377.pdf.

34 Oftewel basisfactoren.

35 Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *PbEU* 14 januari 2011, C11/1, par. 120: 'Het uitgangspunt van de analyse ligt in de O&O-activiteiten van de partijen. Vervolgens moet worden nagegaan of er geloofwaardige concurrerende O&O-pools zijn. Teneinde de geloofwaardigheid van concurrerende pools te beoordelen, moet met de volgende aspecten rekening worden gehouden: de aard, de reikwijdte en de omvang van potentiële andere O&O-activiteiten, de toegang die deze hebben tot financiële middelen en personeel, knowhow en octrooien of andere specifieke activa, alsook het tijdschema en de mogelijkheid om eventuele resultaten te exploiteren. Een O&O-pool is niet geloofwaardig als concurrent indien die bijvoorbeeld qua toegang tot hulpmiddelen of tijdschema niet kan worden beschouwd als bijna gelijkwaardig met de O&O-activiteit van de partijen'.

36 Zie I. Graef, 'Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms', *World Competition* (38) 2015, afl. 4, p. 473-506.

37 Europese Commissie 3 oktober 2014, Case COMP/M.7217 (*Facebook / WhatsApp*), par. 72.

38 Europese Commissie 6 december 2016, Case M.8124 (*Microsoft / LinkedIn*), par. 176-180, 253-264 en 373-379 en Europese Commissie 21 december 2016, Case M.8124 (*Verizon / Yahoo*), par. 81-83.

39 Europese Commissie 3 oktober 2014, Case COMP/M.7217 (*Facebook / WhatsApp*), par. 4 en 9.

40 HvJ EU 13 februari 1979, ECLI:EU:C:1979:36 (*Hoffmann-La Roche & Co. AG tegen Commissie van de Europese Gemeenschap*), par. 38.

41 Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten

om prijzen boven het concurrerende niveau te handhaven verstaat de Commissie ook andere manieren waarop de onderneming met machtspositie de parameters voor concurrentie in haar voordeel kan beïnvloeden, zoals het verminderen van de kwaliteit van goederen en diensten of het verlagen van investeringen in innovatie.⁴³

De vraag waaraan in het navolgende aandacht besteed wordt, is op welke manier de machtspositie van techbedrijven verder gaat dan het beïnvloeden van concurrentie op de markt. Dit komt doordat sommige digitale platforms als 'regelgevers' optreden en ook aan publieke belangen anders dan mededinging raken.

Techbedrijven zijn zo verweven met ons dagelijks leven dat ze niet alleen onze keuze voor het aanschaffen van goederen of het gebruiken van diensten beïnvloeden, maar ook mede bepalen welk nieuws we lezen en daarmee onze beeldvorming sturen op een manier die zelfs onze politieke opvattingen en ons stemgedrag kan raken

Platforms als 'regelgevers'

Hoewel het vaststellen van een machtspositie bij techbedrijven uitdagingen kan opleveren wanneer prijs geen parameter voor concurrentie is en markten dynamisch zijn, is het begrip machtspositie over het algemeen duidelijk omlijnd. Een kwestie die wel steeds meer opkomt is wat de verhouding van ondernemingen met een machtspositie, en dan vooral in de tech-sector, is tot de maatschappij. In het bijzonder is het de vraag of zij tot op zekere hoogte niet alleen onafhankelijk van concurrenten en consumenten kunnen opereren, maar ook onafhankelijk van de gewenste maatschappelijke waarden. De gevolgen van het bestaan van een machtspositie bij sommige digitale platforms gaan verder dan economische effecten op de markt. Techbedrijven zijn zo verweven met ons dagelijks leven dat ze niet alleen onze keuze voor het aanschaffen van goederen of het gebruiken van diensten beïnvloeden, maar ook mede bepalen welk nieuws we lezen en daarmee onze beeldvorming sturen op een manier die zelfs onze politieke opvattingen en ons stemgedrag kan raken. Deze vormen

van beïnvloeding van consumenten hebben altijd al bestaan, maar de nauwkeurigheid van de *targeting* door techbedrijven brengt deze zorgen naar een nieuw niveau.⁴⁴ Daarbij speelt ook mee dat techbedrijven zich steeds meer gedragen als handhavers van publieke belangen. De manier waarop zij hun platforms ontwerpen, stuurt ons bijvoorbeeld in hoe we ons uitdrukken, welke content we delen en hoeveel ruimte er is voor innovatie door andere bedrijven binnen het systeem zoals opgezet door het platform (denk bijvoorbeeld aan het ontwikkelen van applicaties en spellen binnen een sociaal netwerk).

Vanwege de sterke positie van sommige techbedrijven vervangen de algemene voorwaarden die zij opleggen aan hun zakelijke gebruikers en consumenten tot op zekere hoogte de wet zoals bepaald en gehandhaafd door publieke autoriteiten. Voor kleine bedrijven vormen e-commerceplatforms bijvoorbeeld een belangrijke manier om toegang te krijgen tot de markt. Waar zo'n e-commercebedrijf over een machtspositie beschikt en zijn algemene voorwaarden zo opstelt dat alleen ondernemingen die aan bepaalde kwaliteitseisen voldoen hun producten mogen verkopen via het platform, kan dit in de praktijk tot gevolg hebben dat een bedrijf verdrongen wordt van de markt wanneer er geen andere effectieve manieren zijn om consumenten te bereiken. Zelfs als het bedrijf wel voldoet aan de wettelijke eisen, kan het platform door middel van zijn controle over de markt zijn eigen voorwaarden eenzijdig opleggen en zo bepalen welke bedrijven wel of niet de kans krijgen om hun producten en diensten aan consumenten te presenteren.⁴⁵ Zoals de door Eurocommissaris Vestager aangestelde experts in hun rapport over 'Competition policy for the digital era' stellen, kunnen platforms zich zo gedragen als 'regelgevers'.⁴⁶ De vraag is of het mededingingsrecht ingezet zou moeten worden om bescherming te bieden tegen een vorm van marktmacht die aan publieke belangen anders dan mededinging raakt, of dat nieuwe regelgeving effectiever is om dit doel te bereiken.

Marktmacht bij publieke belangen die verder gaan dan mededinging

Het is geenszins de bedoeling van deze bijdrage te betogen dat het mededingingsrecht het wondermiddel is om sociaaleconomische problemen van nepnieuws tot inkomensongelijkheid aan te pakken voor zover die gerelateerd zijn aan techbedrijven.⁴⁷ Wel zijn er publieke belangen die steeds meer verweven

van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, *PbEU* 24 februari 2009, C 45/7 (hierna: Guidance Paper), par. 10.

42 Guidance Paper, par. 11.

43 Guidance Paper, par. 11.

44 Zoals zogenaamde 'dark patterns' waarbij bedrijven gebruikersinterfaces zo ontwerpen dat consumenten gemanipuleerd worden om via standaardinstellingen bijvoorbeeld meer persoonsgegevens te delen dan ze anders gedaan zouden hebben. Zie de toespraak van de voormalige Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming G. Buttarelli, 'Dark patterns in data protection: law, nudging, design and the role of technology', 29 april 2019, beschikbaar via https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/speeches-articles/dark-patterns-data-protection-giovanni_en.

45 Voor een analyse zie, I. Graef, 'Differentiated treatment in platform-to-business relations: EU competition law and economic dependence', *Yearbook of European Law* (38) 2019, afl. 1, p. 448-499, 486-488.

46 Zoals verwoord in het rapport geschreven door de speciale adviseurs van Eurocommissaris voor de Mededinging Vestager: Crémer, De Montjoye & Schweitzer 2019, p. 60-63.

47 Zie bijvoorbeeld: J.B. Baker & S.C. Salop, 'Antitrust, competition policy, and inequality', *Georgetown Law Journal Online* (104) 2015, afl. 1, p. 1-28; de verschillende bijdragen in het CPI Antitrust Chronicle over 'Antitrust's inequality conundrum'; S. Hubbard, 'Fake news is a real antitrust problem', *Competition Policy International Antitrust Chronicle* (1) 2017, afl. 3.

zijn met mededinging, zoals gegevensbescherming en de keuzevrijheid van consumenten. Het mededingingsrecht zal zijn plek moeten vinden als problemen bij het beschermen van zulke belangen mede veroorzaakt worden door gedrag van marktspelers dat onder het toepassingsgebied van het verbod op restrictieve praktijken (art. 101 VWEU), het verbod op misbruik van machtspositie (art. 102 VWEU) of het fusietoezicht valt.

De overname van Fitbit door Google is een goed voorbeeld, waarbij het Europees Comité voor gegevensbescherming⁴⁸ in februari 2020 zorgen heeft geuit over de impact die een mogelijke combinatie van persoonsgegevens van Google en Fitbit kan hebben op de privacy van gebruikers. Het Comité heeft de partijen opgedragen privacyrisico's zo veel mogelijk te beperken voordat de fusie aangemeld wordt bij de Europese Commissie ter beoordeling op basis van het mededingingsrecht.⁴⁹ De Commissie heeft in eerdere fusiebeslissingen duidelijk gemaakt dat zij slechts een mededingingsanalyse uitvoert en dat privacygerelateerde zorgen daarbuiten vallen.⁵⁰ Zoals elders gesteld,⁵¹ is er echter ruimte voor mededingingsautoriteiten om meer proactief in te grijpen door bij een fusie die mededingingszorgen veroorzaakt remedies op te leggen die ook gegevensbeschermingsbelangen dienen – eventueel in overleg of samenwerking met gegevensbeschermingsautoriteiten. Zo kan bijvoorbeeld een remedie die de fusiepartijen dwingt hun gegevens na de fusie apart te blijven houden niet alleen mededingingszorgen voorkomen, maar ook de naleving stimuleren van beginselen als doelbinding⁵² en gegevensminimalisatie⁵³ uit de Algemene Verordening Gegevensbescherming.

Het mededingingsrecht is een vorm van toezicht dat gedrag van marktspelers monitort en dus de werking van de markt in diens toepassing moet weerspiegelen. Waar het gedrag van marktspelers niet alleen maar raakt aan economische belangen, maar ook diepere publieke waarden beïnvloedt, staat het mededingingsrecht voor een uitdaging hoe en tot op welke hoogte zulke overwegingen mee moeten spelen in de toepassing van de mededingingsregels. Hoewel de Commissie zich tot nu toe slechts strikt richt op het handhaven van mededingingsbelangen, laat het bovenstaande voorbeeld, over hoe gegevensbeschermingsoverwegingen geïntegreerd kunnen worden in het fusietoezicht, zien dat er ruimte is binnen het bestaande mededingingskader om andere publieke belangen die steeds meer raken aan mededinging ook gewicht te geven.

4 Concurrentieverstorende effecten

De laatste stap in de mededingingsanalyse betreft het vaststellen van concurrentieverstorende effecten. Dit speelt een rol bij de drie belangrijkste takken van het mededingingsrecht: het verbod op restrictieve praktijken, het verbod op misbruik van machtspositie en het fusietoezicht. De nadruk in deze paragraaf ligt op misbruik van machtspositie, dat wellicht het meest relevant is voor het mededingingstoezicht op het gedrag van techbedrijven.

Uitbuitingsmisbruik schaadt consumenten rechtstreeks door middel van bijvoorbeeld excessieve prijzen of oneerlijke voorwaarden. Door uitsluitingsmisbruik worden consumenten ook benadeeld, maar indirect, doordat concurrenten van de markt worden verdreven

Een veelgemaakt onderscheid bij het beoordelen van concurrentieverstorende effecten is het onderscheid tussen uitbuiting en uitsluiting. Uitbuitingsmisbruik schaadt consumenten rechtstreeks door middel van bijvoorbeeld excessieve prijzen of oneerlijke voorwaarden (de laatste vormde de basis voor het in de inleiding genoemde optreden van het Duitse Bundeskartellamt tegen Facebook). Door uitsluitingsmisbruik worden consumenten ook benadeeld, maar indirect, doordat concurrenten van de markt worden verdreven en er minder concurrentie is op basis van onder andere prijs, kwaliteit en innovatie (de eerder genoemde *Google Shopping*- en *Google Android*-zaken zijn voorbeelden van uitsluitingsmisbruik). Wat betreft concurrentieverstorende effecten van het gedrag van techbedrijven zijn er in recente handhavingsacties van mededingingsautoriteiten twee tendensen te herkennen. Allereerst is er meer aandacht voor uitbuiting van consumenten. Ten tweede staat bij uitsluitingsgedrag de economische afhankelijkheid van concurrenten centraal bij praktijken gerelateerd aan bevoordeling door de onderneming met machtspositie, terwijl voorheen vooral aandacht was voor aan prijs gerelateerde gedragingen.

48 Het Europees Comité voor gegevensbescherming bestaat uit vertegenwoordigers van alle nationale gegevensbeschermingsautoriteiten in de lidstaten.

49 Europees Comité voor gegevensbescherming, 'Statement on privacy implications of mergers', 20 februari 2020, beschikbaar via https://edpb.europa.eu/news/news/2020/eighteenth-edpb-plenary-session_nl.

50 Zie bijvoorbeeld Europese Commissie 3 oktober 2014, Case COMP/M.7217 (*Facebook/WhatsApp*), par. 164.

51 I. Graef, D. Clifford & P. Valcke, 'Fairness and enforcement: bridging competition, data protection, and consumer law', *International Data Privacy Law* (8) 2018, afl. 3, p. 200-223, op 219-220.

52 Persoonsgegevens mogen alleen voor duidelijk omschreven doelen worden verzameld en niet verder worden verwerkt op een met die doelen onverenigbare wijze. Art. 5(1) (b) Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (*PbEU* 4 mei 2016, L 119/1) (Algemene Verordening Gegevensbescherming).

53 Verwerking van persoonsgegevens moet beperkt zijn tot wat noodzakelijk is voor de vastgestelde doelen. Art. 5 lid 1 sub c AVG.

54 De Guidance Paper over art. 102 VWEU ziet bijvoorbeeld alleen op uitsluitingsmisbruik: zie Guidance Paper, par. 7.

55 Zoals Eurocommissaris Vestager het verwoordde: 'The best defence against exploitation remains the ability to walk away. So we can often protect consumers just by stopping powerful companies from driving their rivals out of the market', toespraak Eurocommissaris Vestager, 'Protecting consumers from exploitation', Chillin' Competition Conference Brussel 21 november 2016, beschikbaar via <https://wayback.archive-it.org/12090/20191129221154/https://>

ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/protecting-consumers-exploitation_en.

56 Zie het raamwerk zoals opgezet in *United Brands* (HvJ EG14 februari 1978, ECLI:EU:C:1978:22 (*United Brands*)) en recent verder uitgelegd in HvJ EU 14 september 2017, ECLI:EU:C:2017:689 (*AKKA/LAA*).

57 Zo weet Uber wanneer de batterij van iemands telefoon bijna leeg is. Deze informatie kan zij gebruiken om haar prijs te verhogen op het moment dat een klant juist extra afhankelijk van haar is. Zie S. Vedantam, 'This is Your Brain on Uber', *National Public Radio*, 17 mei 2016, beschikbaar via www.npr.org/2016/05/17/478266839/this-is-your-brain-on-uber.

58 Zie ook de discussie in E. van Damme, I. Graef & W. Sauter, 'Big data, prijsdiscriminatie en mededinging', *Markt & Mededinging* 2018, afl. 3, p. 114-123, op 116-118.

59 Voor een analyse, zie bijvoorbeeld OECD, 'Price discrimination – Background note by the Secretariat', DAF/COMP(2016)15, 13 oktober 2016, beschikbaar via [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)15/en/pdf).

60 Zie I. Graef, 'Algorithms and fairness: what role for competition law in targeting price discrimination towards end consumers?', *Columbia Journal of European Law* (24) 2018, afl. 3, p. 550-558.

61 Bundeskartellamt 6 februari 2019, B6-22/16 (*Facebook*), beschikbaar via www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5. Zie ook het persbericht 'Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources', 7 februari 2019, beschikbaar via www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html.

62 Zie Bundesgerichtshof 23 juni 2020, beschikbaar via www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/

Consumentenuitbuiting

Uitbuitingsmisbruik heeft tot nu toe niet de prioriteit gehad van mededingingsautoriteiten.⁵⁴ Hiervoor zijn diverse redenen aan te wijzen. Zolang markten concurrerend zijn, kunnen consumenten vrij van aanbieder wisselen waardoor veelal wordt aangenomen dat mededingingszorgen aangepakt kunnen worden door uitsluitingsgedrag tegen te gaan.⁵⁵ Ook is het in de praktijk moeilijk vast te stellen wat het punt is waarop uitbuiting concurrentieverstorend wordt. Wanneer zijn prijzen zo hoog dat ze excessief zijn en kwalificeren als misbruik van machtspositie?⁵⁶ Digitale en online markten geven meer ruimte voor uitbuiting van consumenten aangezien techbedrijven door middel van *data analytics* en gedragsgerichte *targeting* steeds vaker en beter in staat zijn het gedrag van consumenten te sturen.⁵⁷ Vanwege deze door nieuwe technologieën verruimde mogelijkheden tot uitbuiting, zal uitbuitingsgedrag op meer aandacht kunnen rekenen van mededingingsautoriteiten, ongeacht de praktische vragen die spelen bij de toepassing van het misbruikverbod op zulke praktijken.

Het personaliseren van prijzen is een voorbeeld waarbij bedrijven steeds meer van het consumentensurplus naar zich toe kunnen trekken door middel van prijsdiscriminatie

Het personaliseren van prijzen is een voorbeeld waarbij bedrijven steeds meer van het consumentensurplus naar zich toe kunnen trekken door middel van prijsdiscriminatie. Het consumentensurplus is het voordeel dat consumenten behalen als zij bereid zijn meer te betalen dan de geldende prijs. Prijsdiscriminatie wordt vaak vanuit economisch perspectief niet als problematisch gezien, omdat het feit dat een groep consumenten een hogere prijs betaalt een product juist meer betaalbaar kan maken voor andere groepen (denk bijvoorbeeld aan studentenkorting). Doordat sommige consumenten profiteren, kan prijsdiscriminatie de marktefficiëntie juist verhogen. Als prijzen echter zodanig gepersonaliseerd worden dat alle consumenten de prijs moeten betalen die zij maximaal bereid zijn te betalen (in het hypothetische geval van perfecte prijsdiscriminatie), gaan alle consumenten erop achteruit.⁵⁸ Er vindt dan dus geen compensatie meer plaats tussen verschillen groepen

consumenten, wat prijsdiscriminatie voor consumentenwelvaart in het geheel normaal gesproken positief maakt.⁵⁹ Het mededingingsrecht zou dan ook een rol kunnen spelen om de concurrentieverstorende effecten van het personaliseren van prijzen door een onderneming met machtspositie tegen te gaan, naast het consumenten- en gegevensbeschermingsrecht, die vooral zien op het creëren van transparantie over hoe prijzen worden vastgesteld.⁶⁰

Het meest uitgesproken voorbeeld van een recente mededingingsactie tegen consumentenuitbuiting is dat van het Duitse Bundeskartellamt tegen Facebook vanwege het opleggen van oneerlijke voorwaarden aan gebruikers. Facebook verplichtte gebruikers door middel van zijn algemene voorwaarden in te stemmen met het samenvoegen in het Facebook-account van gegevens die verzameld zijn via andere diensten die Facebook in zijn bezit heeft, waaronder WhatsApp en Instagram, maar ook via websites van derden. Het Bundeskartellamt gebruikte een overtreding van de Europese gegevensbeschermingsregels die Facebook met zijn gedrag beging als basis voor de vaststelling dat Facebooks praktijken uitbuitingsmisbruik opleverden onder het Duitse mededingingsrecht.⁶¹ Het Bundesgerichtshof bevestigde de beslissing van het Bundeskartellamt in juni 2020 in kort geding, nadat de rechtbank in Düsseldorf de beslissing in augustus vernietigd had, onder andere vanwege het gebrek aan overtuigend bewijs voor wat het niveau van gegevensbescherming zou zijn geweest in een concurrerende markt zonder het gedrag van Facebook.⁶² Hoewel het nog afwachten is hoe de zaak ten gronde zal worden beslist, laat de Duitse *Facebook*-zaak in ieder geval zien dat het bewijzen van uitbuiting onder het mededingingsrecht niet gemakkelijk is. Los van de vraag of de beslissing van het Bundeskartellamt volledig genoeg en juridisch correct is onderbouwd, is zijn aanpak voor een meer holistische benadering toe te juichen. Waar het gedrag van techbedrijven aan meerdere rechtsgebieden raakt, zou dit meegenomen moeten worden in de interpretatie en handhaving van concrete verplichtingen in die verschillende rechtsgebieden. Zo kan de bescherming van de belangen van de consument beter gewaarborgd worden.⁶³

Economische afhankelijkheid

Wat de tweede tendens betreft, die ziet op de rol van economische afhankelijkheid bij het analyseren van uitsluitingsgedrag, is er een verschuiving te zien naar andere *theories of harm* die niet zozeer aan prijs gerela-

teerd zijn, maar meer te maken hebben met bevoordeling ten opzichte van concurrenten. De *Google Shopping*-zaak vormt een goede illustratie hiervan. In *Google Shopping* werd Google beboet door de Europese Commissie voor misbruik van machtspositie vanwege het bevoordelen door Google van zijn eigen Google Shopping-prijsvergelijkingsdienst in de algemene zoekresultaten. Terwijl concurrerende prijsvergelijkingsdiensten door Googles algoritme gedegradeerd werden in de zoekresultaten, paste Google dit algoritme niet toe op zijn eigen Google Shopping-dienst. Hierdoor nam deze laatste een meer prominente plaats in de zoekresultaten in. Google kon zo gebruikersverkeer naar zijn eigen dienst leiden ten koste van concurrenten en ook ten koste van consumenten die niet noodzakelijkerwijs de meest relevante zoekresultaten zagen.⁶⁴ Vanwege de machtspositie van Google in de online zoekmarkt zijn prijsvergelijkingsdiensten afhankelijk van Google om consumenten te kunnen bereiken. Door Google te verplichten zijn eigen Google Shopping-dienst op dezelfde manier te behandelen als prijsvergelijkingsdiensten van concurrenten, beschermt de Commissie hen tegen hun economische afhankelijkheid ten opzichte van Google.⁶⁵

Hetzelfde geldt voor het mededingingsonderzoek dat de Commissie in juni 2020 opende naar Apple App Store en Apple Pay en in juli 2019 naar Amazon.⁶⁶ Amazon biedt niet alleen een handelsplatform aan waarop bedrijven hun producten kunnen verkopen aan consumenten, maar verkoopt zelf ook producten als retailer. Amazon concurreert dus met zijn zakelijke gebruikers in de retailmarkt. Als aanbieder van het handelsplatform kan Amazon alle transacties monitoren die gesloten worden tussen zijn zakelijke gebruikers en consumenten. Zo kan Amazon de effectiviteit van zijn eigen retail-activiteiten vergroten, bijvoorbeeld door het herkennen van trends in consumentenvoorkeuren. Dit staat Amazon toe zelf producten beginnen te verkopen die populair blijken op basis van transactiegegevens van zijn zakelijke gebruikers.⁶⁷ Opnieuw is er hier sprake van een situatie van economische afhankelijkheid waarbij zakelijke gebruikers het succesvolle handelsplatform van Amazon nodig hebben om hun producten te kunnen verkopen aan consumenten.⁶⁸

Over de precieze *theory of harm* op basis waarvan zulke praktijken het mededingingsrecht zouden overtreden is nog geen consensus. De redenering van de Commissie in *Google Shopping* dat *leveraging* een zelfstandige vorm van misbruik is, is niet zonder controverse.⁶⁹

Leveraging is het gebruiken van een machtspositie in een bepaalde markt om een sterkere positie te krijgen in een aanverwante markt. Inmiddels krijgt het idee dat zelfbevoordeling als vorm van *leveraging* concurrentieverstorende effecten kan hebben steeds meer steun. Zo stelden de door Eurocommissaris Vestager aangestelde experts in hun rapport *Competition policy for the digital era* voor de bewijslast om te keren bij zelfbevoordeling door dominante platforms die als 'regelgevers' optreden.⁷⁰ Hierdoor zou het niet langer aan mededingingsautoriteiten zijn om de concurrentieverstorende effecten van zulke praktijken aan te tonen, maar moeten dominante platforms bewijzen dat de bevoordeling concurrentiebevorderend werkt en geen nadelige effecten heeft voor de consumentenwelvaart.

De verhoogde aandacht voor consumentenuitbuiting en economische afhankelijkheid laat zien dat het mededingingsrecht in staat is nieuwe gedragingen van techbedrijven te beoordelen onder de huidige mededingingsregels

De verhoogde aandacht voor consumentenuitbuiting en economische afhankelijkheid laat zien dat het mededingingsrecht in staat is nieuwe gedragingen van techbedrijven te beoordelen onder de huidige mededingingsregels. De toepassing van bestaande mededingingsconcepten moet wel aangepast worden aan de nieuwe realiteit door proactieve handhaving die precedenten kan scheppen voor de toekomst. Het feit dat de praktijken van sommige techbedrijven niet eerder tot mededingingsaansprakelijkheid hebben geleid is niet per definitie een reden om deze gewoon te blijven accepteren. Het mededingingsrecht moet immers meebewegen met de ontwikkeling van de markt en de mogelijkheden die nieuwe technologieën bedrijven bieden. Waar nodig kunnen de grenzen van mededingingsaansprakelijkheid opgerekt worden om consumenten ook in digitale markten adequaat te beschermen.

5 Toekomst

Naast de concrete vraagstukken die hier besproken zijn, is het voor het beleid ten opzichte van 'big tech' belangrijk te bepalen welke

Pressemitteilungen / DE / 2020 / 2020080.html.

63 Voor een bespreking van het begrip *fairness* als brug tussen mededingings-, consumenten-, en gegevensbeschermingsrecht, zie Graef, Clifford & Valcke 2018.

64 Europese Commissie 27 juni 2017, Case AT.39740 (*Google Search (Shopping)*).

65 Europese Commissie 27 juni 2017, Case AT.39740 (*Google Search (Shopping)*), par. 697-705.

66 Zie de persberichten uit juni 2020 en juli 2019 via https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1073, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1075 en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4291.

67 Zie ook L.M. Khan, 'Amazon's Antitrust Paradox', *Yale Law Journal* (126) 2016, afl. 3, p. 710-805. Zulk gedrag kan naast uitsluitingsgedrag ook gezien worden als uitbuiting van zakelijke gebruikers.

68 Een aantal lidstaten hebben regimes voor misbruik van economische afhankelijkheid, waaronder Frankrijk (Artikel L. 420-2 van de Code de Commerce), Duitsland (§ 20(1) en (2) van het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen), en sinds april 2019 ook België (Wet van 4 april 2019 houdende wijziging van het Wetboek van Economisch Recht met betrekking tot misbruiken van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen, *Belgisch Staatsblad* 24 mei 2019). Illustratief is dat het Duitse Bundeskartellamt in haar mededingingsonderzoek tegen Amazon verwees naar de economische afhankelijkheid van de zakelijke gebruikers ten opzichte van Amazon. Zie persbericht Bundeskartellamt, 'Bundeskartellamt initiates abuse proceeding against Amazon', 29 november 2018, beschikbaar via www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2018/29_11_2018_Verfahrenseinleitung_Amazon.html: 'A criterion for the relevance of this conduct under competition law

doelen men wil bereiken in de digitale economie en in hoeverre het mededingingsrecht hierbij een rol kan spelen. Zoals deze bijdrage heeft laten zien, is het bestaande mededingingskader geschikt om toezicht te houden op het gedrag van techbedrijven, maar vereist dit wel een andere toepassing van bestaande concepten zoals marktafbakening, machtspositie en concurrentieverstorende effecten. De redenen daarvoor zijn het ontbreken van prijs als belangrijkste parameter voor de concurrentie, het dynamische karakter van de markt en de nieuwe *theories of harm* die het gedrag van techbedrijven oproept.

Los van het herinterpreteren van bestaande mededingingsconcepten is er ook nieuwe regelgeving op komst ter aanvulling op het mededingingsrecht. Volgens een door de Commissie in februari 2020 gepubliceerde Communicatie zal zij aan het eind van het jaar besluiten over het invoeren van ex-ante-regels die ervoor moeten zorgen dat markten die worden gekenmerkt door platforms met een poortwachtersfunctie open blijven voor concurrenten en nieuwe toetreders.⁷¹ De wenselijkheid en het bereik van nieuwe regelgeving naast het mededingingsrecht hangt mede af van de uitkomst van beroepen in de hierboven besproken toonaangevende mededingingszaken als *Google Shopping* en *Google Android* en het lopende mededingingsonderzoek tegen Amazon. Deze zaken kunnen een belangrijk precedent scheppen waarbij de grenzen van mededingingsaansprakelijkheid voor nieuw gedrag van techbedrijven duidelijk worden. Tegelijkertijd kan de uitkomst van lopende zaken een signaal vormen voor spelers in andere markten om hun gedrag bij te stellen als zij een toekomstige boete willen voorkomen.

Waar er structurele problemen in de markt zijn die verder gaan dan het gedrag van bepaalde techbedrijven, kan het zeker wenselijk zijn het mededingingsrecht aan te vullen met andere regelgeving – vooral als deze een ander doel dient dan het bevorderen van consumentenwelvaart. In de voornoemde Communicatie geeft de Commissie inderdaad aan dat het mededingingsrecht niet alle problemen in de platformeconomie kan aanpakken. Aanvullende regels kunnen volgens de Commissie nodig zijn om openheid, eerlijkheid en innovatie in de markt te bevorderen alsook om publieke belangen te waarborgen die verder gaan dan mededinging.⁷² De manier waarop

techbedrijven invloed uitoefenen op de samenleving gaat, zoals in deze bijdrage besproken, inderdaad verder dan de traditionele onafhankelijkheid van concurrenten en consumenten die we kennen van het begrip machtspositie in het mededingingsrecht. Grootste uitdaging is te bepalen welke rol het mededingingsrecht zou moeten innemen wanneer praktijken van techbedrijven mededingingsproblemen veroorzaken, maar ook publieke belangen raken die verder gaan dan mededinging alleen. Zoals hier betoogd, is er ruimte voor een meer proactieve handhaving door mededingingsautoriteiten, eventueel in samenwerking met gegevensbeschermings- en consumentenautoriteiten. Waar problemen opgelost kunnen worden door een verruimde interpretatie van bestaande regels of een gecombineerde toepassing van concepten uit meerdere rechtsgebieden (zoals in de Duitse *Facebook*-zaak) heeft dit de voorkeur boven extra regelgeving waarvan het succes opnieuw afhankelijk is van effectieve toepassing en handhaving. Tegelijkertijd moet het mededingingsrecht niet ingezet worden om alle sociaaleconomische problemen van deze tijd op te lossen.

Waar problemen opgelost kunnen worden door een verruimde interpretatie van bestaande regels of een gecombineerde toepassing van concepten uit meerdere rechtsgebieden heeft dit de voorkeur

De conclusie van deze bijdrage is dus geenszins dat nieuwe regulering per definitie onwenselijk is. Wel is dit een pleidooi voor een genuanceerde discussie over de mogelijkheden en beperkingen van bestaande regelgevingskaders voor het aanpakken van ongewenste effecten van het gedrag van techbedrijven. De opkomst van 'big tech' heeft ons vele waardevolle innovaties opgeleverd. Om te zorgen dat de techsector zich blijft ontwikkelen ten gunste van zowel bedrijven als consumenten, is een nieuwe wisselwerking vereist tussen het mededingingsrecht, andere rechtsgebieden waaraan mededinging steeds meer raakt zoals het gegevensbeschermings- en consumentenrecht, en toekomstige regelgeving.

is that Amazon holds a dominant position or that the sellers are dependent on Amazon'.

69 Zie bijvoorbeeld P. Akman, 'The theory of abuse in Google Search: A positive and normative assessment under EU competition law', *Journal of Law, Technology & Policy* 2017, afl. 2, p. 301-374.

70 Crémer, De Montjoye & Schweitzer 2019, p. 66-67.

71 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Shaping Europe's digital future*, 19 februari 2020, COM(2020) 67 final, p. 10.

72 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Shaping Europe's digital future*, 19 februari 2020, COM(2020) 67 final, p. 9.