**Position Paper ten behoeve van het rondetafelgesprek over de marktdominante van**

**internet- en technologiebedrijven –** *Hans Vedder[[1]](#footnote-1)\**

De, gelet op het onderwerp van dit rondetafelgesprek, meest relevante mededingingsregels zijn het verbod van misbruik van een machtspositie en het concentratietoezicht.[[2]](#footnote-2)

*De meer economische benadering en kleinere spelers op digitale markten*

Uw vragen betreffen een deel van het mededingingsrecht dat sterk in beweging is en de toepassing ervan op een economische sector waar weinig eerdere toepassingservaring is, en de onzekere dynamiek een extra grote invloed heeft. Zo is de marktmacht van internetondernemingen als Google en Facebook niet onomstreden. De significante netwerkeffecten voor de door deze bedrijven geleverde diensten wijzen op aanzienlijke toetreding barrières tot digitale markten en dus marktmacht voor grote ondernemingen. Anderzijds bestaat voor veel van deze digitale diensten een offline equivalent.

Inzake de toepassing van het verbod op misbruik van een machtspositie en de positie van kleinere spelers verdient de zogeheten ‘meer economische benadering’ meer aandacht. Deze benadering komt er volgens de Europese Commissie op neer dat voor ingrijpen op grond van het misbruikverbod alleen ruimte is als er negatieve effecten op de consumentenwelvaart zijn doordat even efficiëntie concurrenten worden uitgesloten van de markt. Dit is van groot belang voor digitale markten, waar netwerkeffecten essentieel zijn voor de waarde en marktmacht van ondernemingen en deze marktmacht ten koste kan gaan van de concurrentiedruk die uitgaat van kleinere spelers, terwijl consumenten niet direct benadeeld worden. Dit speelde ook in de recent door het Hof beoordeelde [*Intel*](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX:62014CJ0413)-zaak. Daarin stond de vraag centraal of een korting die door Intel werd gegeven aan computerfabrikanten in ruil voor het (bijna) exclusief gebruik van Intel CPU’s ten nadele van AMD microprocessoren, als zodanig misbruik oplevert, terwijl de kortingen wel kunnen resulteren in lagere prijzen. De onduidelijkheid over status van de meer economische benadering – dit arrest wordt zeer verschillend geïnterpreteerd[[3]](#footnote-3) – zal van invloed zijn op de toepassing van het misbruikverbod in digitale markten. De recente [*Google Shopping*](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf) zaak bevat bijvoorbeeld geen analyse van de efficiëntie effecten.

Het antwoord op uw eerste vraag kan ik niet direct geven, maar het is duidelijk dat het mededingingsrecht wordt toegepast op gevallen waarin (grote) internet ondernemingen kleinere spelers inlijven (zoals in de [*Microsoft/Skype*](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6281_924_2.pdf) overname of [*Facebook/WhatsApp*](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf) overname) of van de markt trachten te verdrijven (*Google shopping*). De onzekerheid over de meer economische benadering resulteert in de vraag in hoeverre schade aan de consumentenwelvaart bewezen moet worden. Dit laatste blijkt een relatief complexe aangelegenheid (in [*Intel*](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37990/37990_3581_18.pdf) vergt dit meer dan 150 pagina’s) met de aanname dat dit zal leiden tot hogere handhavingskosten. Deze hogere kosten kunnen leiden tot een verminderde prikkel het misbruikverbod te handhaven in dergelijke zaken. Zeker bij meerzijdige platforms, waar welvaartseffecten op beide markten moeten worden afgewogen, zal dit een complexe aangelegenheid zijn waar onzekere consumentenvoorkeuren[[4]](#footnote-4) ten aanzien van innovatie, keuzevrijheid, en product efficiëntie onderling afgewogen moeten worden,[[5]](#footnote-5) waarna ze afgewogen worden tegen de effecten op de marktpositie van concurrenten.

*Vrije meningsuiting en kwaliteit van internetdiensten*

Uw tweede vraag vergt ook weer empirische gegevens die ik niet ken. Ik zie geen direct verband tussen dominantie van platforms en vrije meningsuiting. Wellicht bestaat er wel een verband tussen platforms en pluriformiteit van de pers.[[6]](#footnote-6) Filterbubbels en filtering door platforms is mogelijk onafhankelijk van dominantie en de platforms hebben geen prikkel tot filtering tenzij het gebrek aan filtering ten koste gaat van de waarde van het platform.[[7]](#footnote-7) De platforms hebben wel een prikkel tot het zoveel mogelijk monetariseren van de informatie die zij vergaren. Zij kunnen hun marktmacht uitbuiten door het leveren van diensten met ondermaatse bescherming van persoonsgegevens, zoals in de [*Facebook*](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html)-zaak van het *Bundeskartellamt*.

*Uitdagingen voor mededingingsautoriteiten en het Rijk*

De thans aanhangige zaken bij de Commissie en nationale mededingingsautoriteiten laten zien dat mededingingsautoriteiten in voldoende toegerust zijn. De marktvorm (oligopolie, duopolie of monopolie) maakt daarvoor niet uit. Het is wel zo dat in dit soort markten meer complexe marktanalyses moeten plaatsvinden die weer tot hogere handhavingskosten kunnen leiden. Verder zal, zeker met een verdere consolidatie van de markt, eerder behoefte bestaan aan handhaving van het misbruikverbod op uitbuitingszaken, zoals de Duitse *Facebook*-zaak waar de bescherming van persoonsgegevens onder de maat was, ook al voldeed deze aan de wettelijke normen. Dit soort zaken is impopulair bij mededingingsautoriteiten omdat ze uiteindelijk een oordeel vergen over de prijs en/of kwaliteit van een commercieel product. Hier zou de wetgever meer duidelijkheid over de doelstellingen van het mededingingsrecht (gaat het om de bescherming van de structuur of het proces van concurrentie of consumentenwelvaart?) kunnen bieden. Verder zou meer preventief kunnen worden opgetreden, bijvoorbeeld door het uitbreiden van het concentratietoezicht[[8]](#footnote-8) of het opleggen van regels over intercompatibiliteit en toegang tot data *in internet of things*-markten.

1. \* Hoogleraar Recht der Economische Ordening, Rijksuniversiteit Groningen, <https://www.rug.nl/staff/h.h.b.vedder/>. [↑](#footnote-ref-1)
2. De regels betreffende staatssteun zijn voornamelijk van belang in verband met de subsidiëring van de aanleg van bepaalde delen van de voor de interneteconomie noodzakelijke netwerken. Het bestendig beleid van de Commissie is hier zodanig dat er geen grote belemmeringen te verwachten zijn. [↑](#footnote-ref-2)
3. N. Petit, *The Judgment of the EU Court of Justice in Intel and the Rule of Reason in Abuse of Dominance Cases*. Beschikbaar van <https://ssrn.com/abstract=3086402> interpreteert het als een overwinning voor de meer economische benadering. Anderen, zoals R. Barends, ‘Recente ontwikkelingen inde EU-rechtspraak over mededinging, *SEW* 2017, 189, zien juist het einde van de meer economische benadering. [↑](#footnote-ref-3)
4. In [*Google Shopping*](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf) geeft de Commissie aan dat de aanduiding ‘sponsored content’ niet toegankelijk zou zijn voor iedereen behalve de best ingevoerde consument, rn. 536. [↑](#footnote-ref-4)
5. J. Drexl, *Real Knowledge is to Know the Extent of One's Own Ignorance: On the Consumer Harm Approach in Innovation-Related Competition Cases*. Beschikbaar van: <https://ssrn.com/abstract=1517757>. [↑](#footnote-ref-5)
6. Dit heeft de Duitse wetgever willen regelen in de *Neunte Novelle* waardoor samenwerking van kranten eenvoudiger wordt. [↑](#footnote-ref-6)
7. De aanwezigheid van racistische content op Youtube heeft bijvoorbeeld geleid tot het vertrek van enkele adverteerders. [↑](#footnote-ref-7)
8. De Duitse wetgever heeft in de *Neunte Novelle* de aanmeldingsdrempel voor concentraties aangepast met het oog op de overname van internet startups. [↑](#footnote-ref-8)