

Rondetafelgesprek 'Datasamenleving en democratie' - Tweede Kamer, 15 mei 2019
Bijdrage van prof. mr. Anna Gerbrandy, hoogleraar Mededingingsrecht, Universiteit Utrecht

In het rondetafelgesprek over datasamenleving en democratie focus ik op het beantwoorden van de vraag omtrent marktmacht. Ik doe dat in drie punten.

1. Publieke waarden en mededingingsrecht

Het Europese en nationale mededingingsrecht is in de kern gericht op marktwerking. Bescherming van consumentenwelvaart staat daarbij over het algemeen centraal (samengevat: een gedifferentieerd aanbod van producten/diensten voor een niet te hoge prijs, consumentenkeuze, en innovatie). *Consumentenwelvaart en innovatie zijn publieke waarden*: ze functioneren als beginselen voor de inrichting van de samenleving door publieke instituties. Publieke waarden buiten deze marktwaarden, zoals bescherming van democratie, zijn bij een mededingingsrechtelijke beoordeling over het algemeen niet relevant. Bij mededingingsrechtelijke toepassing kan spanning ontstaan tussen marktwaarden en buiten de markt liggende publieke waarden.

Hoe die spanning moet worden opgelost is onderdeel van de discussie omtrent de vraag of consumentenwelvaart inderdaad dé doelstelling van het mededingingsrecht *is*, gezien het wettelijk kader en interpretatie van het EU Hof van Justitie, en of het dat ook *zou moeten zijn*. Er zijn grofweg twee posities: een die benadrukt dat consumentenwelvaart de juiste focus is, gefundeerd op economische theorie en rechtszekerheid biedend, en een meer heterodoxe benadering waarin het mededingingsrecht wordt gezien als ingebed in de Europese constitutionele context en daarmee in een systeem van bredere publieke waarden (zoals bescherming van grondrechten en democratie).

De vraag van de Kamercommissie of 'de marktmacht van sommige technologiebedrijven te groot' is moet worden gezien in deze context.

2. Marktmacht en mededingingsrecht: marktmacht niet verboden

In een goed functionerende markt wordt *tegenmacht* in zekere zin georganiseerd door het concurrentieproces: ondernemingen worden gedisciplineerd door het marktmechanisme, dat concurrentie en keuzevrijheid voor goedgeïnformeerde consumenten veronderstelt. Het mededingingsrecht wantrouwt *marktmacht*: 'kartels' zijn verboden, fusies en overnames worden vooraf getoetst, en machtige ondernemingen zijn aan de grenzen gebonden van het verbod op het maken van misbruik van economische machtspositie (artikel 102 VWEU/artikel 24 Mw).

(a) Machtsposities in de digitale economie

Dat het mededingingsrecht marktmacht wantrouwt betekent niet dat het verbod van artikel 102 VWEU kan worden ingezet om een (te) grote onderneming te ontmantelen: een *machtspositie is niet verboden*. 'Heel groot' kan in principe niet leiden tot het opbreken in kleine stukjes (ook niet door de Europese Commissie). Daarbij wordt een machtspositie gedefinieerd als een positie waarin een onderneming zich onafhankelijk kan gedragen: de tegenmacht van concurrenten en consumenten ontbreekt. Een machtspositie doet zich voor op een *specifieke markt* en wordt uitgedrukt in marktaandelen en de mogelijke toetreding van nieuwe concurrenten. De vraag of er 'te veel marktmacht' is wordt niet in abstracto beantwoord: technologiebedrijven zijn meestal actief zijn op *meerdere* markten, waarbij ze al dan niet een machtspositie innemen op die specifieke markt.

De grote technologieondernemingen leveren mijns inziens echter een nieuwe situatie op, waarbij het de vraag is of de invulling van het concept 'machtspositie' nog wel toereikend is. De macht van sommige technologiebedrijven is immers niet alleen gebaseerd op economische factoren, zoals marktaandelen, maar omvat ook 'datamacht', inclusief de macht over verschillende bronnen van data door middel van conglomeratie, de macht om sociale structuren, zoals arbeidsrelaties, te beïnvloeden, en soms ook macht over nieuwsvoorziening. Bovendien lijkt de machtspositie van sommige van deze ondernemingen zeer stevig en niet snel bedreigd, vanwege het winner-takes-all principe, maar ook door het concern-portfolio van activiteiten. Over

al deze elementen bestaat discussie; mijn *hypothese* is dat sprake is van een nieuw soort macht, dat ik 'Modern Bigness' noem.¹ De vraag is of dit gevolgen heeft, of moet hebben, voor het mededingingsrecht.

(b) Misbruikelijke gedragingen in de digitale economie

De digitale economie leidt tot discussie over artikel 102 VWEU.² Gedrag dat mededingingsrechtelijke gevolgen heeft (op de markt), door uitsluiting van concurrenten of uitbuiting van consumenten, is ook in de digitale economie verboden. Het mededingingsrecht is daarbij tot op zekere hoogte flexibel en bestaande concepten kunnen ook worden toegepast in de digitale omgeving. De Google-zaken zouden kunnen worden gezien als voorbeeld hiervan. Dit geldt ook voor de toepassing van het leerstuk over *toegang tot een 'essentiële faciliteit'*; het uitstrekken van dit begrip naar databestanden (en/of samen met algoritmes) is daarbij punt van discussie.

Meer fundamenteel – en aansluitend bij mijn hypothese dat sprake is van een nieuw soort macht - is de normatieve vraag of het misbruikverbod ook gedragingen zou moeten omvatten met gevolgen op publieke waarden buiten de marktsfeer, zoals manipulatie van nieuws, beïnvloeding van verkiezingen, of hypernudging van burgers. Het lijkt mij dat dit niet principieel moet worden uitgesloten, gezien de Europese waarden waarin het mededingingsrecht is gegrond en omdat ook de nieuwe macht tégenmacht verdient. Het mededingingsrecht zou die tegenmacht moeten kunnen bieden; in de huidige focus daarvan ligt dat echter niet direct voor de hand.

Belangrijk is dat het mededingingsrecht de verhouding tussen *ondernemingen en consument-gebruiker* betreft, terwijl effecten op publieke waarden buiten de marktsfeer zich (juist ook) voordoen in de verhouding tussen *onderneming en consument-burger*. Het onderscheid tussen consument-gebruiker en consument-burger wordt ook relevant als technologiebedrijven functies uitoefenen die voorheen voorbehouden waren tot de publieke sfeer, en daarmee effect hebben op publieke waarden die de burger betreffen. Dat zou kunnen leiden tot het aanmerken, van die activiteit, als nutsvoorziening (met bijbehorende regels).

3. Tegenmacht, mededingingsrecht en regulering; Europees en nationaal

Tegenmacht komt in de markt primair van het concurrentieproces. Het Europese en nationale mededingingsrecht biedt daarbij een instrumentarium om (markt-gerelateerd) misbruik van grote technologieondernemingen aan te pakken en publieke waarden zoals innovatie en consumentenwelvaart te beschermen. Over het algemeen vallen gedragingen met negatieve gevolgen voor publieke waarden die buiten de markt liggen echter niet onder artikel 102 VWEU/24 Mw. Dat zou kunnen betekenen dat het mededingingsrecht die publieke waarden onvoldoende beschermt. Dat is een politiek oordeel dat kan leiden tot het overwegen van aanscherping van het mededingingsrecht, of tot specifieke vormen van regulering op nationaal of Europees niveau. Daarbij is wel van belang dat technologiebedrijven niet alleen dienstverleners aan consumenten zijn, maar ook aan andere ondernemingen (b2b). Het instrumentarium voor 'tegenmacht' komt dus ook (al) van andere marktregels (t.a.v. business to business en consumentenbescherming). De consument-burger wordt daarbij ten dele ook beschermd door bestaande regulering gericht op publieke waarden buiten de markt (bijvoorbeeld privacybescherming). Maar regulering zou ook de rolvermenging van technologieondernemingen, die als private partijen optreden in het publieke domein, kunnen inkaderen indien niet markt-gerelateerde publieke waarden daarbij onder druk staan.³ Bij de vormgeving van dit regelcomplex is natuurlijk van belang dat grote technologiebedrijven over het algemeen ook buiten Nederland actief zijn. Het nationale mededingingsrecht is in de kern Europees recht, waarvan de nationale wetgever slechts in beperkte mate kan afwijken, ook als het gaat om bescherming van publieke waarden. De vormgeving van specifieke mededingingswetgeving, en in mindere mate ook van andere regulering, kan derhalve niet los worden gezien van de Europese context.

¹ A. Gerbrandy, 'Conceptualizing Big Tech as 'Modern Bigness' and its implications for European Competition Law. Submissions in reaction to the call for contributions – shaping competition policy in the Era of Digitalization, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3275235

² Zie ook A. Gerbrandy, redactioneel Markt & Mededinging 2019, nr. 1.

³ Zie ook de bijdrage van prof. dr. José van Dijk aan deze rondetafel bijeenkomst.