

Vergaderjaar 2019–2020

35 134

Initiatiefnota van het lid Verhoeven over mededinging in de digitale economie

Nr. 13

BRIEF VAN DE STAATSSECRETARIS VAN ECONOMISCHE ZAKEN EN KLIMAAT

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 20 april 2020

In mei 2019 heb ik uw Kamer mijn beleidsinzet voor het toepasbaar houden van het mededingingsinstrumentarium in relatie tot online platforms gestuurd.¹ Ik draag die beleidsinzet sindsdien actief uit. Naar aanleiding daarvan ontvang ik veel positieve reacties en heb ik nieuwe inzichten opgedaan om mijn inzet verder uit te werken. Met deze brief informeer ik uw Kamer over de voortgang van mijn inspanningen op dit gebied.

In mijn beleidsvoornemens pleit ik voor een bevoegdheid voor een toezichthouder zoals de Europese Commissie om vooraf (ex ante) in te kunnen grijpen bij platforms waar gebruikers nauwelijks omheen kunnen en die dus een poortwachterspositie hebben. Daarnaast stel ik maatregelen voor om de toepassing van de mededingingsregels, zoals uitgelegd in richtsnoeren, geschikt te maken voor het digitale tijdperk en om te zorgen dat alle relevante fusies en overnames kunnen worden beoordeeld. Ik heb mijn beleidsinzet bij verschillende gelegenheden uitgedragen en zowel met de Commissie als met andere lidstaten zijn veel gesprekken gevoerd om steun voor de inzet te verkrijgen. Deze inspanningen hebben hun vruchten afgeworpen: in de digitale strategie² die de Europese Commissie op 19 februari jl. heeft gepubliceerd, kondigt zij aan opties om vooraf in te kunnen grijpen bij platforms met een poortwachterspositie te gaan verkennen en in het vierde kwartaal van 2020 met een voorstel te komen.

Ik zal in deze brief eerst ingaan op de voortgang van het Europese beïnvloedingstraject. Vervolgens ga ik in op ontwikkelingen en voorstellen met betrekking tot mededinging tussen online platforms in andere lidstaten en de Europese Commissie. Hiermee geef ik invulling aan de

¹ Kamerstuk 27 879, nr. 71.

² Mededeling Shaping Europe's Digital Future COM(2020) 67.

toezegging om uw Kamer te informeren over het beleid in andere lidstaten. Hierna licht ik mijn eigen beleidsinzet in meer detail toe. Met deze inzet geef ik uitvoering aan de motie van het lid Verhoeven over mogelijkheden voor toezichthouders om interoperabiliteit bij sociale media en chatapps te verplichten³ en aan de moties van de leden Palland en Sjoerdsma over het opnemen van de rol van data in het mededingings-toezicht⁴ en in het concentratietoezicht⁵. Ik zal apart ingaan op de gewijzigde motie van het lid Sjoerdsma c.s. over modernisering van de Nederlandse en Europese mededingingsregels.⁶ Met mijn beleidsinzet wordt een deel van die motie uitgevoerd. Het gedeelte van de motie dat vraagt om nationale aanpassingen zal ik niet uitvoeren. Als laatste ga ik in op de vervolgstappen die ik op Europees niveau neem om mijn inzet te realiseren. Daarmee geef ik tevens uitvoering aan het tweede deel van de motie van het lid Verhoeven.⁷

Voortgang Europese beïnvloeding

Uitdragen inzet

Ik heb bij verschillende evenementen aandacht gevraagd voor de Nederlandse beleidsinzet. Verder is meermaals met de Europese Commissie en met andere lidstaten gesproken over de probleemanalyse en mijn beleidsvoorstellen. Toen vicepresident Vestager op 3 februari jl. in uw Kamer aanwezig was bij een symposium georganiseerd door de tijdelijke Kamercommissie Digitale Toekomst, heb ik met haar gesproken over de beleidsinzet.

In januari heb ik samen met de Permanente Vertegenwoordiging van Nederland in de EU een evenement in Brussel georganiseerd over mededinging en platforms. Hier waren vertegenwoordigers vanuit andere lidstaten, de Europese Commissie en Parlement, toezichthouders, platforms en platformgebruikers aanwezig. Veel aanwezigen onderschreven de noodzaak voor aanvullende ex ante maatregelen voor de machtigste platforms.

Bij het vormgeven en uitdragen van mijn inzet betrek ik ook de Autoriteit Consument en Markt (ACM). De ACM onderschrijft de beleidsinzet en draagt deze actief uit. Bestuursvoorzitter Martijn Snoep vraagt bij verschillende bijeenkomsten aandacht voor de beleidsinzet. De ACM heeft daarnaast samen met de Belgische en Luxemburgse mededingingsautoriteiten een memorandum gepubliceerd over het belang van een ex ante instrumentarium.⁸ Op 20 november 2019 is hierover een discussiesessie geweest bij het Benelux-Secretariaat in Brussel.

Huidige stand van zaken

Bovengenoemde inspanningen hebben effect gehad. Op 19 februari jl. heeft de Europese Commissie de mededeling *Shaping Europe's digital future* (de digitale strategie) gepubliceerd.⁹ Hierin geeft de Commissie onder meer aan dat het belangrijk is dat de mededingingsregels toepasbaar blijven in een digitaliserende wereld. De voorstellen die ze op dat gebied doet zijn in lijn met mijn beleidsinzet.

³ Kamerstuk 35 300 XIII, nr. 98.

⁴ Kamerstuk 35 134, nr. 8.

⁵ Kamerstuk 35 134, nr. 9.

⁶ Kamerstuk 35 134, nr. 5.

⁷ Kamerstuk 35 300 XIII, nr. 98.

⁸ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/benelux-memorandum-over-toezicht-mededinging-digitale-economie>.

⁹ *Shaping Europe's digital future* COM(2020) 67.

De Europese Commissie geeft aan dat aanvullende maatregelen vooraf (ex ante) nodig zijn om platformmarkten betwistbaar te houden en kleine spelers te beschermen. Het gaat hierbij specifiek om het gegeven dat sommige platforms dusdanig machtig worden dat ze zich kunnen gedragen als poortwachters waar ondernemers en/of consumenten niet omheen kunnen om toegang te krijgen tot markten. Deze inzet van de Europese Commissie komt overeen met de Nederlandse inzet. De Europese Commissie heeft aangekondigd na te gaan welke mogelijkheden er zijn voor ex ante regulering van platforms met een poortwachterspositie. In de digitale strategie staat dat er in het vierde kwartaal van 2020 een voorstel van de Europese Commissie komt op dit terrein. Het is goed om te zien dat de Europese Commissie de Nederlandse lijn wat betreft ex ante regulering lijkt over te nemen en met voorstellen komt.

De Europese Commissie heeft in de digitale strategie verder aangekondigd tussen 2020–2023 de mededingingsregels te zullen evalueren om zeker te stellen dat ze effectief blijven. Daarbij wordt de evaluatie van de regels over verticale¹⁰ en horizontale afspraken¹¹ en de richtsnoeren over marktafbakening¹² voortgezet en kijkt de Europese Commissie of de toepassing van de huidige regels nog effectief is. Dit is in lijn met mijn oproep om de richtsnoeren te herzien zodat deze toepasbaar blijven in de digitale economie.

Krachtenveld

Nederland loopt in Europa voorop met het voorstel voor een poortwachtersinstrument en was de eerste lidstaat met een concrete beleidsinzet. In gesprekken wordt door veel lidstaten positief op de Nederlandse voorstellen gereageerd.

Andere actieve lidstaten op dit gebied zijn Duitsland en Frankrijk. Op 4 februari jl. hebben deze lidstaten, samen met Italië en Polen, een brief¹³ naar de vicepresident voor Mededinging en Digitalisering Vestager van de Europese Commissie gestuurd. Hierin pleiten zij onder meer voor het ontwikkelen van een nieuw ex ante reguleringskader voor «digitale platforms met het grootste belang voor de mededinging». Welke platforms dat zijn, moet worden vastgesteld op basis van objectieve criteria. De voorstellen die in de brief worden gedaan voor een reguleringskader voor de belangrijkste platforms zijn op hoofdlijnen vergelijkbaar met het ex ante reguleringskader voor platforms met een poortwachterspositie dat door Nederland wordt voorgesteld.

Duitsland heeft recent nationaal aanpassingen gedaan aan haar mededingingskader.¹⁴ Hierbij moet worden opgemerkt dat het Duitse mededingingsrecht anders is ingericht dan het Nederlandse. De bepalingen in de Nederlandse Mededingingswet zijn functioneel opgeschreven zodat de

¹⁰ https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2018-5068981_nl In de verticale groepsvrijstellingsverordening worden bepaalde verticale overeenkomsten en praktijken vrijgesteld van het kartelverbod. Bij deze evaluatie wordt nagegaan of de verordening nog steeds toepasbaar is, onder andere in de digitale economie.

¹¹ https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2019-4715393_nl In de horizontale groepsvrijstellingsverordening worden bepaalde afspraken tussen concurrenten vrijgesteld van het kartelverbod.

¹² https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/defining-markets-new-age_en Deze richtsnoeren leggen uit hoe toezichthouders vast kunnen stellen welke bedrijven tot dezelfde markt behoren en dus of een bedrijf op die markt een machtspositie heeft.

¹³ <https://g8fip1kplyr33r3krz5b97d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2020/02/Letter-to-Vestager.pdf>.

¹⁴ <https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2019/10/GWB-Digitalisierungsgesetz-Fassung-Ressortabstimmung.pdf>.

regels bruikbaar blijven bij nieuwe marktomstandigheden of technologieën. Daardoor is het in Nederland, in tegenstelling tot in Duitsland waar de regels strakker zijn uitgewerkt, bijvoorbeeld al mogelijk om de rol van data mee te nemen bij het bepalen van een machtspositie. Duitsland heeft hiervoor juist een bepaling moeten opnemen die expliciet stelt dat toegang tot data relevant is voor de vraag of een onderneming een economische machtspositie heeft.

Een deel van de Duitse aanpassingen bestaat uit het introduceren van een instrument dat vergelijkbaar is met het poortwachtersinstrument dat in de kabinetsinzet op Europees niveau wordt voorgesteld. Dit betekent dat Duitsland het introduceren van een soortgelijk instrument op Europees niveau zal steunen. Ik heb hierbij de uitdrukkelijke voorkeur voor een Europees instrument met eventuele doorwerking op nationaal niveau. Ik ga hier in mijn reactie op de gewijzigde motie van het lid Sjoerdsma c.s. verder op in. Frankrijk heeft zelf ook een beleidsinzet op hoofdlijnen gepubliceerd¹⁵, waarin wordt gepleit voor het opzetten van specifiek Europees toezicht op grote platforms.

Toelichting beleidsinzet

Mijn Europese inzet bestaat uit drie pijlers. Allereerst pleit ik voor een nieuwe bevoegdheid voor een toezichthouder, bijvoorbeeld de Europese Commissie, om ook vooraf (ex ante) maatregelen op te leggen aan platforms met een poortwachterspositie – dat is een dusdanig belangrijke marktpositie dat gebruikers hier niet of nauwelijks meer omheen kunnen. Ten tweede is aanpassing nodig van de Europese richtsnoeren die invulling geven aan het mededingingsrecht, zodat de toepassing van de huidige mededingingsregels goed mogelijk blijft in de digitale economie. Ten derde stel ik voor de Europese fusiedrempels aan te passen zodat concentraties binnen het digitale domein niet aan toezicht kunnen ontsnappen.

Hieronder licht ik in meer detail toe hoe de drie pijlers van deze inzet zullen werken op basis van de huidige stand van zaken. Bij het verdere uitwerken van mijn inzet hou ik rekening met het gegeven dat er enerzijds voldoende rechtszekerheid voor ondernemingen is en het instrumentarium anderzijds voldoende flexibiliteit en maatwerk biedt om recht te doen aan de heterogeniteit van platforms en de dynamiek van online markten.

1. Ex ante instrument voor poortwachtersplatforms

Sommige platforms kunnen zo machtig worden dat ze een poortwachterspositie innemen. Consumenten en/of ondernemers kunnen dan niet meer om deze platforms heen: een ondernemer heeft het platform nodig om consumenten te bereiken en andersom. Deze platforms kunnen eenzijdig bepalen welke voorwaarden ze aan consumenten en ondernemers stellen. Daarmee kunnen ze het ook makkelijker maken om hun marktpositie te behouden en moeilijker voor andere ondernemingen om ze uit te dagen. Zoals ik in mijn brief van mei 2019 al toelichtte, kan een toezichthouder onder het bestaande mededingingsrecht enkel achteraf ingrijpen als een platform zijn machtspositie misbruikt. Door de dynamiek van online markten en omdat mededingingszaken lang kunnen duren, komt dat ingrijpen soms te laat. De markt kan dan al dusdanig verstoord zijn, dat de schade niet meer teruggedraaid kan worden. Daarom pleit ik voor een

¹⁵ http://www.igf.finances.gouv.fr/files/live/sites/igf/files/contributed/IGF%20internet/2.RapportsPublics/2019/2018-M-105-Concurrence%20industrie%20UE_English%20version.pdf, pp. 21–25.

bevoegdheid voor een onafhankelijke toezichthouder om bij platforms met een poortwachterspositie vooraf maatregelen op te kunnen leggen. Zo blijven platformmarkten open voor uitdaging en toetreding en blijven er voldoende concurrentiemogelijkheden bestaan. Bij de toezichthouder valt te denken aan het onderdeel van de Europese Commissie dat toezicht houdt op het Europese mededingingsrecht. Dit onderdeel heeft immers met recente mededingingszaken al veel kennis opgedaan over de werking van digitale markten.

Op basis van de analyse naar de werking van platformmarkten en de inhoudelijke uitwerking tot nu toe pleit ik ervoor dat het instrument er op hoofdlijnen als volgt uitziet. Ik stel me voor dat een toezichthouder verschillende stappen doorloopt bij het toepassen van het poortwachtersinstrument. Een eerste stap kan zijn dat door de toezichthouder moet worden aangetoond dat sprake is van een poortwachterspositie. Dat is zo als gebruikers niet of nauwelijks meer om een platform heen kunnen als ze mee willen doen op een markt. Ik denk daarbij op basis van hoe moeilijk uitdaagbare marktmacht bij platforms kan ontstaan aan een aantal factoren die de toezichthouder kan meenemen in zijn analyse.

Een eerste factor is of er *sterke netwerkeffecten* zijn. Dat is zo als een dienst aantrekkelijker wordt voor nieuwe gebruikers als er al veel andere gebruikers zijn, zodat het voor platforms met veel bestaande gebruikers makkelijker is om nog meer gebruikers aan te trekken. Daarbij kan ook meegewogen worden of de *netwerkeffecten worden versterkt door dataverzameling*, bijvoorbeeld omdat een platform met veel gebruikers veel data kan verzamelen om zijn algoritmes mee te verbeteren. Met een beter algoritme kan meer rekening worden gehouden met de specifieke voorkeuren van verschillende gebruikers, zodat de kwaliteit van de dienstverlening toeneemt er weer meer gebruikers kunnen worden aangetrokken. Daarnaast is relevant of er toetredingsbarrières kunnen ontstaan door het bestaan van *schaal- en/of synergievoordelen*. Voorts is een relevante factor de vraag of gebruikers voor dezelfde dienst één platform gebruiken, of verschillende platforms en andere verkoopkanalen. Als gebruikers *single-homen*, kan die groep gebruikers alleen maar via dat platform worden bereikt en kan er sprake zijn van een poortwachterspositie. Single-homen gebeurt als er voor bepaalde activiteit steeds gebruik wordt gemaakt van hetzelfde platform. Dat hoeft dus niet te betekenen dat er maar één aanbieder van die dienst is. Bijvoorbeeld kan je als zoekmachine zowel Google Search, Bing, Yahoo als Duckduckgo gebruiken, maar gebruiken de meeste mensen altijd dezelfde zoekmachine. Voor online winkelen worden vaker verschillende platforms naast elkaar gebruikt. Dan wordt er gezegd gemultihomed. De toezichthouder kan ook kijken of het platform in staat is diens *concurrentievoordeel verkregen uit één dienst kan gebruiken om bij nieuwe diensten meteen een voorsprong te hebben*. Bijvoorbeeld doordat het platform al data heeft die ook voor de andere diensten gebruikt kan worden of al veel regulier terugkerende gebruikers, zodat er meteen meer internetverkeer naar nieuwe diensten wordt geloodst. Als laatste kan de toezichthouder bezien of het platform *eenzijdig voorwaarden aan andere marktpartijen op kan leggen* waarmee het diens positie verder kan versterken.

Wanneer is aangetoond dat een platform een poortwachterspositie heeft, kan de tweede stap zijn om te bepalen welke maatregelen nodig zijn om de markt voldoende open te houden. De oorzaak van het ontstaan van een poortwachterspositie verschilt sterk per platform. Daarom ligt het voor de hand als een toezichthouder per geval bepaalt welke maatregel het concurrentieknelpunt effectief wegneemt, zonder dat deze maatregel zo zwaar is dat prikkels om te investeren en innoveren onnodig worden geschaad. Afhankelijk van het knelpunt kan het bijvoorbeeld gaan om een

verplichting om *proactief keuzes te bieden* tussen de eigen diensten van een platform en die van derden, een plicht om *specifieke data te delen* of een verbod op *marktversturende bevoordeling van eigen diensten*. In kader 1 wordt de voorziene werking van het ex ante instrument voor poortwachters aan de hand van een aantal voorbeelden verder toegelicht. Daarna ga ik specifiek in op interoperabiliteit ter invulling van de motie van het lid Verhoeven¹⁶ en op de gewijzigde motie van het lid Sjoerdsma c.s.¹⁷

Interoperabiliteit

De motie van het lid Verhoeven verzoekt de regering inzichtelijk te maken welke mogelijkheden toezichthouders op nationaal en Europees niveau hebben om interoperabiliteit¹⁸ bij sociale media en chatapps te verplichten.

Het reguleren van de interoperabiliteit is op grond van de Telecommunicatiewet voor traditionele telecommunicatiediensten al mogelijk. Hiermee kan ervoor worden gezorgd dat iedereen elkaar kan bellen, ongeacht of je abonnee bent van dezelfde aanbieder. In het nieuwe, nog in Nederland te implementeren, telecomkader is aanvullend de mogelijkheid opgenomen om niet alleen traditionele netwerkaanbieders tot interoperabiliteit te verplichten, maar ook aanbieders van nummeronafhankelijke (interpersoonlijke) communicatiediensten¹⁹, zoals Skype en Whatsapp. Een dergelijke plicht kan worden opgelegd als de Europese Commissie concludeert dat eind-tot-eindverbindingen tussen eindgebruikers in gevaar komen door een gebrek aan interoperabiliteit van dergelijke diensten en daarvoor uitvoeringsmaatregelen heeft getroffen. Dan kan de ACM een verplichting opleggen aan aanbieders van interpersoonlijke communicatiediensten met een aanzienlijke mate van dekking en benutting door gebruikers om hun diensten interoperabel te maken.

Een gebrek aan interoperabiliteit kan ook voor andere diensten effectieve concurrentie in de weg staan. Als dat zo is, zou ingrijpen door de toezichthouder als onderdeel van het poortwachtersinstrument het potentiële concurrentieknelpunt kunnen wegnemen. Bijvoorbeeld een verbod om minder interoperabiliteit met diensten van derden te bieden dan met eigen diensten, als de toezichthouder vaststelt dat dit het potentiële concurrentieknelpunt wegneemt. Interoperabiliteitsverplichtingen kunnen met name nodig zijn als er sterke netwerkeffecten zijn. Daardoor zullen gebruikers minder snel overstappen naar een dienst die eigenlijk beter bij hun voorkeuren past, maar waar minder gebruikers aanwezig zijn. Een oplossing kan in dat geval zijn om ervoor te zorgen dat verschillende diensten met elkaar kunnen communiceren. Dan maakt het aantal gebruikers op een dienst minder uit, want iedereen kan bereikt worden, ongeacht of ze van dezelfde of van een andere dienst gebruik maken. Dat geeft gebruikers meer keuzevrijheid om de dienst die aan hun specifieke voorkeuren voldoet te gebruiken en zo is er dus meer concurrentie tussen diensten mogelijk.

¹⁶ Kamerstuk 35 300 XIII, nr. 98.

¹⁷ Kamerstuk 35 134, nr. 5.

¹⁸ Interoperabiliteit is de mogelijkheid van systemen of apparaten om met elkaar te communiceren en interacteren. Zo zijn verschillende telecoomaanbieders bijvoorbeeld interoperabel; je kunt met een KPN-nummer naar een Vodafone-nummer bellen.

¹⁹ Een «interpersoonlijke communicatiedienst» is een gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst die directe persoonlijke en interactieve uitwisseling van informatie via elektronische-communicatienetwerken tussen een eindig aantal personen mogelijk maakt, waarbij de personen die de communicatie starten of eraan deelnemen, bepalen welke de ontvangers zijn, en die geen diensten omvat die persoonlijke en interactieve communicatie mogelijk maken als een louter bijkomstig kenmerk dat onlosmakelijk verbonden is met een andere dienst.

Gewijzigde motie Sjoerdsma c.s.

In de gewijzigde motie van het lid Sjoerdsma c.s. wordt de regering verzocht de Nederlandse mededingingsregels te moderniseren met elementen uit de initiatiefnota, waaronder het concentratietoezicht, het ex ante ingrijpen bij poortwachters, datadeling ten behoeve van het mkb en de toegang van de toezichhouders. Tevens verzoekt de motie de regering om bij de Europese Commissie te pleiten voor modernisering van de Europese richtsnoeren over mededinging. Veel van de elementen uit de motie van het lid Sjoerdsma c.s. zullen op Europees niveau gerealiseerd worden. Zoals ik eerder uiteenzette komt de Europese Commissie eind dit jaar met voorstellen voor een ex-ante instrument voor poortwachters en heeft zij aangekondigd de richtsnoeren over marktafbakening te gaan herzien.

De motie van het lid Sjoerdsma c.s. verzoekt om ook nationaal aanpassingen te doen. Zoals ik in mijn brief van mei 2019 heb aangegeven – evenals in mijn appreciatie van de motie tijdens het notaoverleg van 16 december 2019 over de initiatiefnota van het lid Verhoeven – pleit ik voor een Europese aanpak, eventueel aangevuld met nationale doorwerking van het Europese kader. Daar zijn verschillende redenen voor. Allereerst opereren de machtigste platforms mondiaal. Het is daarbij nog maar de vraag of een platform dat in één lidstaat veel strengere regels krijgt opgelegd dan in andere, nog wel onder dezelfde voorwaarden zaken wil doen in die lidstaat. Er moet daarom ook worden voorkomen dat er fragmentatie tussen lidstaten ontstaat. Dan zouden poortwachtersplatforms door te gaan «shoppen» tussen regelgevende kaders lidstaten tegen elkaar uit kunnen spelen. Dan ontvangen consumenten en zakelijke gebruikers verschillende niveaus van bescherming. Dat belemmert bijvoorbeeld Nederlandse ondernemers die zaken willen doen op buitenlandse platforms. Tegelijkertijd is de Europese eenge-maakte markt de grootste markt van de wereld²⁰, waarbij het voor platforms niet voor de hand ligt deze te passeren als Europese regelgeving wordt opgesteld. Daardoor kan er veel minder effectief tegen deze spelers worden opgetreden met nationale regelgeving die alleen op een nationale markt ziet.

Bovendien ligt louter nationaal aanpassingen doen niet voor de hand in de wetenschap dat er eind dit jaar voorstellen op Europees niveau komen. Als er nu nationaal een wetsvoorstel zou worden opgesteld en een wetstraject gestart, bestaat de kans dat dit tijdens het traject moet worden aangepast of teruggetrokken als het Europese voorstel niet helemaal aansluit bij het nationale kader. Dat is ondoelmatig. Ik zal me er dan ook vooral verder voor inzetten om mijn beleidsinzet op Europees niveau te realiseren. Zoals ik hierboven aangaf, heeft deze aanpak succes en zal de Commissie ook met regelgeving komen.

Er kan wel toegevoegde waarde zijn van een nationale doorwerking van het Europese kader, indien dat nodig blijkt. Naast een Europese toezichthouder zouden ook nationale toezichthouders een bevoegdheid kunnen krijgen voor situaties waarbij een platform een poortwachtersfunctie heeft in een specifieke lidstaat en niet in de hele EU, in aanvulling op de Europese bevoegdheid. Dit is vergelijkbaar met hoe het toezicht op het mededingingsrecht is geregeld. In hoeverre dit noodzakelijk is, hangt af van de uiteindelijke vormgeving van een Europees voorstel. Het ligt dan ook voor de hand om naar nationale regelgeving te kijken nadat de inmiddels aangekondigde Europese regelgeving tot stand is gekomen.

²⁰ <https://ec.europa.eu/trade/policy/eu-position-in-world-trade/>.

De motie gaat ook in op datadeling ten behoeve van het mkb. In de Nederlandse Visie op Datadeling die het kabinet in februari 2019²¹ naar uw Kamer heeft gestuurd, staat dat het kabinet de voorkeur heeft voor vrijwillige datadeling. Tegelijkertijd met de digitale strategie heeft de Europese Commissie ook een Datastrategie²² uitgebracht, die in grote lijnen aansluit bij de Nederlandse visie op Datadeling. Een generieke plicht tot datadelen kan innovatie- en investeringsprikkel schade en de privacy in het geding brengen. Bovendien kan het voor het mkb relatief meer kosten om de bedrijfsvoering geschikt te maken voor datadeling. Maar ik onderken ook dat data belangrijke effecten op de concurrentie kan hebben, vooral als data die noodzakelijk is om mee te doen op de markt in handen van één poortwachter is. Daarom wil ik dat met het ex ante instrument de toezichthouder het delen van specifieke data die nodig is om mee te kunnen concurreren op kan leggen aan platforms met een poortwachtersfunctie.

De motie vraagt verder om de voorstellen voor de toegang voor toezichthouders over te nemen. Zoals ik in mei aangaf, vind ik ook dat toezichthouders toegang moeten hebben tot alle informatie die ze nodig hebben voor de uitvoering van hun taken, inclusief de data van een onderneming of inzicht in hun algoritmes. De Algemene wet bestuursrecht voorziet in een dergelijke bevoegdheid om inzage te vorderen in relevante stukken. De ACM kan daarmee de informatie opvragen die zij nodig heeft voor de uitoefening van haar taken.

In de passages hierna ga ik in meer detail in op het aanpassen van richtsnoeren en het concentratietoezicht.

Kader 1: Voorbeeldsituaties poortwachters

Er kan een poortwachterspositie zijn omdat een platform een dataset heeft die nodig is voor andere ondernemingen om te concurreren of toe te treden op een markt. Dit kan bijvoorbeeld om data gaan over transacties en online gedrag van consumenten op het platform of op locaties waar het platform data van krijgt, bijvoorbeeld als onderdeel van een advertentiesysteem. Met deze data kan vervolgens het aanbod worden toegespitst op persoonlijke voorkeuren van consumenten. Hiermee kan de situatie ontstaan dat het platform een dusdanig groot voordeel behaalt, dat andere ondernemingen niet meer in staat zijn te concurreren. In dat geval zou de toezichthouder kunnen afdwingen dat toegang tot die data tegen redelijke voorwaarden wordt georganiseerd. Het ligt voor de hand dat het daarbij alleen gaat om die data die nodig is om mee te doen op de markt en die niet op een andere manier dan via het platform te verkrijgen is. Hierbij geldt ook dat wanneer data als bijproduct zijn verkregen, «redelijke voorwaarden» behelst dat er kosteloos toegang wordt geboden tot de data. Als er veel in de datasets geïnvesteerd is door het platform, kan voor toegang een prijs worden gevraagd, zolang als die redelijk en niet prohibitief hoog is. Door gericht in te grijpen en alleen toegang tot deze noodzakelijke data af te dwingen, wordt tegemoet gekomen aan de zorg in de motie van de leden Palland en Sjoerdsma dat prikkels om te innoveren en te investeren in het ontwikkelen van hoogwaardige datasets te hard worden geraakt. Als de data persoonsgegevens bevatten, moet zeker worden gesteld dat de privacy van de betrokken personen wordt beschermd, in lijn met de Algemene Verordening Gegevensbescherming.

²¹ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2019/02/20/nederland-digitaal--de-nederlandse-visie-op-datadeling-tussen-bedrijven>.

²² Mededeling «A European strategy for data» COM(2020) 66.

Poortwachtersposities kunnen ook ontstaan als een specifieke groep gebruikers single-homen, zoals hierboven is uitgelegd. De meeste mensen gebruiken bijvoorbeeld steeds dezelfde zoekmachine. Dat betekent dat als een ondernemer die groep gebruikers via een zoekmachine wil bereiken, dit enkel via dat ene platform kan. Dan kan de ondernemer niet om het platform heen en zal de ondernemer akkoord moeten gaan met de voorwaarden die het platform stelt om klanten te bereiken. In deze situatie zou de toezichthouder vooraf eisen kunnen stellen aan specifieke voorwaarden die gesteld worden door het platform. Gedacht kan worden aan rechten voor zakelijke gebruikers over hun data die lijken op de rechten die voor persoonsgegevens gelden op grond van de AVG, zoals het recht op dataportabiliteit en een verplichting voor het platform om de data niet voor andere doeleinden te verwerken dan de verwerkingsgrond waar instemming voor is gegeven.

Een poortwachterspositie kan ook bestaan wanneer de eigen diensten van een platform in hogere mate interoperabel zijn met de dienst waarvoor een platform een machtspositie heeft dan geldt voor diensten van derden. Denk bijvoorbeeld aan een platform – met machtspositie – dat een besturingssysteem heeft en ook zelf applicaties aanbiedt. Als die applicaties beter aansluiten op en technisch samenwerken met de functionaliteit van het besturingssysteem, dan wordt die applicatie aantrekkelijker voor gebruikers, ook als die zelf strikt genomen niet van een hogere kwaliteit is. In deze situatie zou de toezichthouder kunnen afdwingen dat eenzelfde mate van interoperabiliteit wordt geboden aan soortgelijke applicaties van derde partijen.

2. Richtsnoeren aanpassen

Naast vooraf ingrijpen in specifieke gevallen, is het belangrijk dat het reguliere mededingingstoezicht ook in de digitale economie goed toepasbaar blijft. Ik vind dat toezichthouders effectief moeten kunnen optreden. Daarom pleit ik bij de Europese Commissie voor aanpassing van de Europese richtsnoeren, waarin de methodes staan die toezichthouders gebruiken bij de toepassing van het mededingingsrecht. De ACM gebruikt deze richtsnoeren ook bij de toepassing van het Nederlandse mededingingsrecht. Zo moet bijvoorbeeld de steeds grotere rol van data goed kunnen worden meegenomen in de mededingingsanalyse, zowel bij het handhaven van het kartelverbod en het verbod op misbruik van een machtspositie als in het concentratietoezicht. In kader 2 geef ik een aantal specifieke voorbeelden van aanpassingen die ik nodig acht.

Zoals ik hierboven aangaf, is de Europese Commissie op dit moment bezig met herzieningen op het gebied van horizontale en verticale afspraken en marktafbakening. Hiernaast pleit ik ervoor dat ook de richtsnoeren over horizontale en verticale fusies en overnames en die over misbruik van een machtspositie worden herzien om toepasbaar te blijven in de digitale economie.

3. Additionele concentratiedrempel

Data is op nog een manier relevant voor het concentratietoezicht. Momenteel moeten bedrijven een fusie of overname bij de toezichthouder melden als ze allebei genoeg omzet maken om boven de meldingsdrempels uit te komen. Maar een bedrijf dat wordt overgenomen omdat een gevestigd platform zo een waardevolle dataset in handen krijgt, maakt niet altijd een hoge omzet. Hetzelfde geldt voor overnames van een bedrijf dat in de toekomst een uitdager voor een gevestigd platform kan vormen.

Met de huidige op omzet gebaseerde drempels kunnen zulke overnames mogelijk aan het toezicht ontsnappen.

Daarom pleit ik voor een additionele drempel die zulke concentraties in het vizier van de toezichthouder brengen. Drempels die gebaseerd zijn op de transactiewaarde – het bedrag waarvoor een bedrijf wordt overgenomen – kunnen de waarde van data en potentiële concurrentie weergeven. Als een platform namelijk een bedrijf dat weinig omzet maakt voor een grote som geld wil overnemen, kan dit een signaal zijn dat het bedrijf data heeft die waardevol voor het platform is, of dat het platform vermoedt dat het bedrijf kan uitgroeien tot een toekomstige concurrent. Dan is het goed als de Europese toezichthouder kan kijken of de concentratie ingrijpende mededingingseffecten heeft. Dat kan bijvoorbeeld als er nieuwe drempels worden geïntroduceerd, die gebaseerd zijn op de transactiewaarde of de verhouding tussen de omzet en de transactiewaarde. Het ligt voor de hand dat dit op Europees niveau gebeurt, zodat de grootste digitale fusies door de Europese Commissie kunnen worden beoordeeld.

Kader 2: voorbeelden van benodigde aanpassingen in de Europese richtsnoeren

Het belang van toegang tot data in het concurrentieproces moet kunnen worden meegenomen in het concentratietoezicht. We zien dat dit ook kan en gebeurt. Zo heeft de ACM op 28 augustus 2019 besloten dat een overname van Sanoma (Malmberg) door Iddink (Magister) mag doorgaan op voorwaarde dat concurrenten van Malmberg na de overname onder gelijke voorwaarden toegang krijgen tot Magister en tot data uit Magister, binnen de door de AVG gestelde grenzen aan het verspreiden van persoonsgegevens. Uitgevers hebben deze data namelijk nodig om hun producten en diensten te verbeteren. Sanoma Learning moet ook zorgen dat er geen commercieel gevoelige informatie van concurrerende uitgevers via Iddink bij Malmberg terecht komt. Hierdoor behouden andere uitgevers de prikkel om te blijven innoveren en blijft er een gelijk speelveld voor uitgevers bestaan. Ik vind het belangrijk dat de manier waarop data kan worden meegenomen in het concentratietoezicht, zoals de manier waarop de ACM vaststelde welke mededingingseffecten een fusie kan hebben op toegang tot data zoals bij Iddink/Sanoma, wordt opgenomen in de richtsnoeren over horizontale en verticale concentraties. Zo wordt voorkomen dat er fragmentatie tussen lidstaten ontstaat en is er meer rechtszekerheid over de toepassing van het concentratietoezicht.

In de huidige richtsnoeren staan methodes om markten af te bakenen opgenomen. Daarbij kijkt een toezichthouder of producten tot dezelfde markt behoren door te kijken wat er gebeurt als de prijs van een bepaald product met 5–10% zou stijgen. Als consumenten hierdoor overstappen naar een ander product, dan oefenen de twee producten blijkbaar concurrentiedruk op elkaar uit en behoren ze dus tot dezelfde markt. Zo is het voorstelbaar dat als de prijs van appelsap stijgt, sommige consumenten zullen overstappen naar perensap. Maar niet naar tafels. Zo kan de toezichthouder dus vaststellen dat er een markt voor fruitsappen is, maar dat tafels niet tot die markt behoren. In de digitale economie worden veel diensten echter niet tegen een monetaire prijs aangeboden, maar in ruil voor data of aandacht. En als een prijs van nul met 5–10% stijgt, blijft de prijs nul. Dan werkt de traditionele methode voor marktafbakening (ook wel bekend als de SSNIP-test) niet. Er zijn andere methodes, die bijvoorbeeld zijn gebaseerd op de kwaliteit (de zogeheten SSNDQ-

test), maar die staan momenteel niet in de richtsnoeren. Ik vind het belangrijk dat de methodes die toezichhouders gebruiken ook werken als er geen monetaire prijs wordt betaald. De alternatieve methodes moeten daarom worden toegevoegd aan de richtsnoeren.

Ik verwelkom ook het gebruik van de Europese Commissie van instrumenten uit haar ex-post gereedschapskist om met uitdagingen in de digitale economie om te gaan. Inzichten over toepassing van het mededingingsrecht in de digitale economie uit mededingingszaken die de Europese Commissie en nationale toezichhouders hebben opgepakt, kunnen worden opgenomen in de aangepaste richtsnoeren. Denk bijvoorbeeld aan de ervaringen die de Europese Commissie heeft opgedaan op het gebied van het voortrekken van eigen diensten in rangordes, zoals in de Google Shopping zaak.

Vervolgstappen

Ik ben verheugd dat de Europese Commissie in lijn met mijn ideeën opties voor een ex ante instrumentarium zal verkennen en gaat uitwerken in concrete voorstellen. De komende periode zal ik doorgaan met het uitdragen van mijn inzet in Europa. Mijn verdere inhoudelijke uitwerking zal ik hierbij gebruiken. Ik zal de uitwerking van mijn voorstellen ook voortzetten, bijvoorbeeld in discussies met experts, belanghebbenden en andere lidstaten. Hierbij hou ik zoals gezegd rekening met het borgen van een goede balans tussen rechtszekerheid en flexibiliteit en maatwerk. Ik deel relevante inzichten die daaruit voortkomen eveneens met de Europese Commissie. Wanneer de Europese Commissie haar voorstel heeft gepubliceerd, zal ik in de Europese Raad zorgen dat het Nederlandse standpunt goed vertegenwoordigd is in de onderhandelingen. Daarover zal uw Kamer te zijner tijd zoals gebruikelijk worden geïnformeerd via een BNC-fiche.

De Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat,
M.C.G. Keijzer