



Het Signaal 2018

Ontwikkelingen digitale revolutie zowel kans als risico

1. Inleiding

Digitalisering wordt wel de vierde industriële revolutie genoemd. Revoluties bieden belangrijke doorbraken, maar verlopen meestal niet pijnloos. Ook in dit geval zien we veel voordelen voor consumenten en ondernemers, maar ook een waaier aan maatschappelijke zorgen¹.

Die lopen uiteen van de gevolgen van robotisering voor de arbeidsmarkt tot overlast in de wijk of de vraag wat digitale grondrechten zijn. En binnen het werkterrein van de ACM: zijn consumenten voldoende beschermd, is er voldoende toegang tot de telecominfrastructuur, is de concurrentie gezond? Bovendien verandert het beeld voortdurend door technologische vernieuwing.

De zorgen zijn niet alleen divers, maar hebben vaak ook meerdere oorzaken en dus ook meerdere oplossingen. Die liggen niet bij één toezichthouder of beleidsdepartement. Dat het eigenaarschap niet duidelijk is mag echter niet betekenen dat problemen tussen wal en schip belanden.

Toezichthouders, beleidsmakers en marktpartijen zullen in samenwerking de antwoorden moeten vinden, nationaal en internationaal. De snelle ontwikkelingen vragen ook dat toezichthouders alert zijn; om in te grijpen waar er problemen zijn, om risico's voor de nabije toekomst te identificeren, lacunes in de regelgeving aan te geven en om marktkennis op te bouwen, zodat als problemen zich voordoen er snel en adequaat kan worden opgetreden. Tegelijk kunnen beleid en toezicht gericht op toegang tot data in veel gevallen helpen om de kansen van de digitalisering nog beter te benutten. De ACM ziet risico's en kansen.

2. Risico's

De opkomst van ongekend grote ondernemingen leidt tot veel debat over de risico's van marktmacht in de digitale economie, in het bijzonder over de verhouding tussen regulering vooraf en toezicht achteraf. Daarnaast heeft de ACM zorgen rond de toepassing van algoritmes en vragen we aandacht voor de risico's van prijsdiscriminatie.

2.1 Marktmacht in de digitale economie

Grote internetplatforms zijn actief in veel Nederlandse markten. Het gaat daarbij niet alleen om de bekende grote Amerikaanse of Chinese ondernemingen. Op veel markten zijn ook relevante nationale of Europese platformondernemingen actief. Denk aan Booking.com, Thuisbezorgd.nl of Bol.com. Deze dienstverleners kunnen zeer snel groeien door investeringen, netwerkeffecten,

¹ <https://www.rathenau.nl/nl/publicatie/opwaarderen-borgen-van-publieke-waarden-de-digitale-samenleving>

schaalvoordelen of technologische innovaties. Die snelle groei veroorzaakt vaak ingrijpende veranderingen in bestaande markten. Dat roept vragen op, bijvoorbeeld omdat er druk komt op publieke belangen of omdat bestaande ondernemingen met gevestigde belangen hun markten snel en ingrijpend zien veranderen.

Het feit dat internetplatforms snel groot kunnen worden betekent niet automatisch dat er problemen als gevolg van marktmacht ontstaan. Zolang markten betwistbaar blijven voor concurrenten en nieuwkomers is dat niet aannemelijk. Juist in de digitale economie, waar sectoren volop in beweging zijn en er veel toetreding en innovatie is, zullen markten vaker betwistbaar zijn en consumenten keuzes bieden. Zo zien we bijvoorbeeld op de markt voor bezorgmaaltijden dat lokale en nationale initiatieven kansen zien met andere of goedkopere verdienmodellen, mede als reactie op een tariefsverhoging van Thuisbezorgd.nl. Waar misbruik van machtsposities wordt gemaakt, zal de ACM (of bij grensoverschrijdende markten de Europese Commissie) ingrijpen door op te treden tegen overtredingen. Die situaties kunnen zich zeker voordoen zoals de zaak van de Europese Commissie tegen Google illustreert. Waar de markt niet betwistbaar is, omdat er bijvoorbeeld maar één of twee fysieke of virtuele infrastructures zijn, kan regulering vooraf wenselijk zijn. In de telecomsector zorgt die regulering bijvoorbeeld voor betaalbare toegang voor bedrijven en consumenten tot een hoogwaardige infrastructuur, een basisvoorwaarde voor digitalisering. De ACM zorgt voor concurrentie op de markt voor vaste internetverbindingen, zodat bedrijven en consumenten kunnen kiezen voor de verbinding die bij hun behoefte past. De vier mobiele 4G-netwerken concurreren al stevig met elkaar en leveren een hoge kwaliteit in Nederland.

Waar marktgedrag van alle partijen, zowel dominante als minder dominante, ongewenste uitkomsten oplevert zijn daarnaast soms nieuwe, specifieke gedragsregels nodig. Een recent voorbeeld bieden de Europese regels om de zogenaamde netneutraliteit te bewaken. Die regels beschermen de rechten van eindgebruikers door te waarborgen dat internetproviders het internetverkeer gelijk en non-discriminatoir behandelen. Hierdoor kunnen bovendien ontwikkelaars van apps en andere diensten over het internet blijven innoveren, ook als dat tegen de belangen van gevestigde partijen in zou kunnen gaan. Regels tegen oneerlijke handelspraktijken zijn een langer bestaand voorbeeld van specifieke gedragsregels. Deze beschermen consumenten tegen misleiding, agressieve verkoopmethoden of ondeugdelijke producten en diensten, zowel in de oude als in de nieuwe economie.

Sommige toezichtinstrumenten kunnen alleen worden ingezet als een probleem zich al voordoet of heeft voorgedaan. En soms is dan ook de doorlooptijd van een maatregel nog lang, vanwege de noodzaak tot grondig onderzoek en de lengte van juridische procedures. Dat geldt bijvoorbeeld voor het mededingingstoezicht bij misbruik van marktmacht². Dat lost problemen op *nadat* – of op zijn best *zodra* - deze zich voordoen. Van deze instrumenten gaat naast een corrigerende werking ook een afschrikkende, preventieve werking uit. En toch zou het in een snel veranderende digitale economie kunnen betekenen dat een ingreep te laat is om het probleem op te lossen. De ACM pleit voor een evaluatie van het nu gekozen evenwicht tussen enerzijds regulering vooraf en anderzijds algemene en specifieke regels met handhaving achteraf. Recente ontwikkelingen suggereren dat soms ook zelfregulering een oplossing kan bieden, wanneer de reputatie van machtige marktpartijen serieus in het geding komt. Pasklare alternatieven zijn er op dit moment niet, maar dat mag in onze ogen geen

² Bij fusies en overnames wordt overigens wel vooraf getoetst of er een dominante positie kan ontstaan.

reden zijn dit signaal achterwege te laten. Een eventuele bijstelling of aanscherping zou uiteindelijk zoveel mogelijk op Europees niveau zijn beslag moeten krijgen.

2.2. De opkomst van algoritmes

Een specifieke zorg van markttoezichthouders heeft te maken met de verwachte ontwikkeling en toepassing van zelflerende algoritmes. Zoals zoveel ontwikkelingen in de digitale economie bieden deze algoritmes kansen, maar brengen ze ook risico's met zich mee.

Een algemeen risico bij zelflerende algoritmes is dat deze een *black box* kunnen vormen waarvan makers, eigenaars of afnemers de werking niet meer kunnen begrijpen of verifiëren. Inmiddels kunnen algoritmes bij bepaalde toepassingen betere keuzes of analyses maken dan mensen. Dat kan voordelen bieden maar roept ook de vraag op wie verantwoordelijk is als het verkeerd gaat, of hoe de stabiliteit van markten wordt gewaarborgd.

Een specifiek risico is dat zelflerende algoritmes geautomatiseerde kartels vormen. Dankzij de hoeveelheid data en de mogelijkheid om prijzen in hoog tempo aan te passen kunnen de algoritmes leren van scenario's en convergeren naar een evenwicht met hogere prijzen. De uitkomst daarvan kan vergelijkbaar zijn met de schade van klassieke kartelafspraken. Waarschijnlijk is dit niet in strijd met de huidige Nederlandse en Europese mededingingswetgeving, omdat er geen onderliggende afspraak is en geen intentie om een kartel te vormen. Daarmee is die situatie vergelijkbaar met stilzwijgende afstemming of "slim volgedrag".

De ACM onderzoekt, waar mogelijk ook empirisch, of deze situaties nu al in de praktijk voorkomen en welke risico's er zijn voor de toekomst. Zo doen wij een onderzoek naar de technieken die worden gebruikt bij het bouwen van de algoritmes en de theoretische effecten op concurrentie.

De risico's vereisen een tijdige beleidsmatige reactie met een overweging of aanpassing of aanvulling van het instrumentarium nodig is. Daarbij moet aanpassing van wettelijke regels worden meegenomen als optie, maar ook het structureel toepassen van oplossingen zoals het verplicht in algoritmes inbouwen van gedragsregels, transparantie en afspraken over wie verantwoordelijkheid draagt voor het algoritme.

2.3 Toenemende personalisering van aanbod en prijzen

In veel sectoren zien we dat prijzen afhangen van de situatie of de doelgroep. Vroeg geboekte vliegtuigstoelen zijn meestal, maar niet altijd, goedkoper dan late boekingen. Speciale prijzen voor bepaalde groepen consumenten zijn algemeen geaccepteerd, denk aan senioren- of studentenkortingen, maar een specifieke prijs voor één consument, bijvoorbeeld op basis van diens inkomen, niet.

Niet alleen de prijs, maar ook het aanbod dat de consument te zien krijgt wordt steeds persoonlijker. Zo bepalen algoritmes welke selectie uit het hotelaanbod het eerste getoond wordt of wat in de tijdlijn op sociale media verschijnt. Waarop die selectie is gebaseerd, is voor consumenten niet transparant zodat ook niet altijd goed te bepalen is in hoeverre de selectie aansluit bij de voorkeur van de consument.

De meest extreme vorm van personalisering in economische termen is individuele prijsdiscriminatie (iedere consument betaalt precies het maximale waar hij toe bereid is). Daarvan bestaan nu nog

nauwelijks concrete praktijkvoorbeelden, in tegenstelling tot vergelijkbare processen rond het 'microtargeten' van informatie. Het schandaal rond Cambridge Analytica liet zien waar dat toe kan leiden. Een bekend, maar oud voorbeeld in de economische sfeer is een experiment met individuele prijzen van Amazon.com in 2000. Dat werd razendsnel stopgezet na ophef op internet. De dreiging van reputatieschade was in dit geval groot, maar daarmee is niet gezegd dat het reputatiemechanisme altijd effectief zal zijn om ongewenste personalisering te voorkomen.

De technologie om dit soort dynamische prijzen, differentiatie en discriminatie toe te passen zal ongetwijfeld fijnmaziger worden en bredere toepassing vinden. Er zijn voor- en nadelen aan personalisering verbonden, die we nu lang niet allemaal kunnen overzien. Voor consumenten is het prettig als ze beter op hun interesses toegesneden informatie krijgen, minder irrelevante reclames zien of sneller kunnen zoeken en vergelijken. En (geautomatiseerde) dynamische energieprijzen kunnen bijdragen aan besparingen en daarmee aan klimaatdoelstellingen. Maar bij ver doorgevoerde individuele prijsdiscriminatie verschuift het consumentensurplus geheel naar producentensurplus. Los van dit verdelingsvraagstuk kan vergaande prijsdiscriminatie ook verdere negatieve gevolgen hebben, zoals het uitstellen van aankopen of het uithollen van beloningsprikkels omdat extra netto inkomen niet meer volledig tot extra koopkracht leidt.

Het huidige instrumentarium biedt weinig mogelijkheden om ongewenste vormen van personalisering tegen te gaan. Vanuit het consumentenperspectief is een basisvoorwaarde dat de consument duidelijk geïnformeerd wordt over de te betalen prijs. Zo mag hij achteraf niet opeens meer moeten betalen en moeten aanbiedingen ook echt aanbiedingen zijn. Zolang de consument duidelijk geïnformeerd wordt over de prijs die hij betaalt, ook al is die anders dan voor de buurman, is aan de vereisten van de huidige consumentenwetgeving voldaan. Daarnaast is in afwezigheid van marktmacht niet aannemelijk dat prijsdiscriminatie tot concurrentiebeperkingen leidt. Ook de inzet van het mededingingstoezicht is daarom waarschijnlijk niet vruchtbaar.

De verwachte ontwikkelingen en de bestaande onduidelijkheid bij consumenten en aanbieders vragen om een duidelijk kader over wat maatschappelijk wenselijk is. Dit vraagt eerst een beleidsmatig en politiek debat.

3. Benutten van kansen

Data zijn een belangrijke input voor de ontwikkeling van diensten en producten. In zijn nieuwjaarsartikel pleit de Secretaris Generaal van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat Maarten Camps³ voor het openstellen van data als nieuwe norm. Dat kan een goede manier zijn om nieuwe bedrijvigheid te stimuleren of marktmacht tegen te gaan. We pleiten voor een systematische verkenning van sectoren of toepassingen waar het beveiligd openstellen van geanonimiseerde data een impuls kan geven aan innovatieve bedrijvigheid of het bereiken van andere maatschappelijke doelen. Ook moet in kaart gebracht worden hoe relevante data het best beschikbaar kunnen worden gemaakt, rekening houdend met belangen als privacy, investeringsklimaat, verbetering van de datasets en uitvoerbaarheid.

De ACM verwacht dat in gereguleerde sectoren, zoals energie en openbaar vervoer, het anders of beter openstellen van datasets een impuls kan geven aan innovatie en daarmee het bereiken van maatschappelijke doelstellingen als de energietransitie of een duurzamere mobiliteitsmix. Relevante

³ <https://esb.nu/esb/20036698/nieuwjaarsartikel-2018-scherp-zijn-bij-vervagende-grenzen>

data kunnen in deze sectoren vaak maar door één partij worden verzameld. De data zijn immers onlosmakelijk gekoppeld aan een infrastructuur die een natuurlijk of wettelijk monopolie is. Bovendien is de rechtvaardiging van verplichte openstelling vanwege het publieke karakter minder problematisch.

Data worden wel de nieuwe olie genoemd, maar hebben duidelijk andere kenmerken; de hoeveelheid data groeit iedere dag exponentieel. Data kunnen ook door meerdere partijen meer dan één keer worden gebruikt. Schaarste of exclusiviteit zijn dus niet altijd aan de orde.

Verplicht openstellen van datasets hoeft niet de eerste keuze te zijn. Door het bevorderen van (open) standaarden en goed werkende interfaces en het wegnemen van wettelijke belemmeringen of onduidelijkheden over bijvoorbeeld eigendom van data kan het delen van data een verdere impuls krijgen. Als consumenten controle hebben over hun data kunnen zij die ook voor concurrerende aanbieders beschikbaar maken. Dat kan innovatief ondernemerschap stimuleren. De ACM ziet dan ook met belangstelling uit naar de gevolgen van het van kracht worden van het recht van overdraagbaarheid van gegevens als onderdeel van de Algemene Verordening Gegevensbescherming⁴.

In andere gevallen kan een verplichting tot openstellen van datasets nodig zijn. Bijvoorbeeld als ondernemingen data die een cruciale input zijn voor nieuwe diensten of producten niet kunnen of willen delen. In de systematische verkenning moet worden vastgesteld welke data voor welke toepassingen belangrijk zijn of worden. Criteria als omvang en variëteit van de dataset, exclusiviteit, de waarde van de data en het eventuele belang van wederkerigheid (niet alleen profiteren, maar ook bijdragen) spelen mee bij de afweging of verplichte openstelling nodig is. Waar meerdere marktpartijen zelf vergelijkbare of alternatieve data kunnen verzamelen ligt een verplichting minder voor de hand dan wanneer er sprake is van een unieke dataset. In het publieke domein ziet die afweging er waarschijnlijk anders uit dan in het private.

Een voorbeeld waarbij de Europese Commissie toegang tot data oplegt via regulering vooraf, is te vinden in de financiële sector. De herziene Payment Services Directive (PSD2) verplicht banken toegang aan derde partijen te verlenen tot de betaalrekening van hun klanten. Die klant moet daar dan eerst uitdrukkelijk toestemming voor hebben verleend. Met de toegang tot de betaalrekening kunnen derde partijen betaaldiensten aanbieden zoals mobiele betaalapps en digitale huishoudboekjes. In een eigen onderzoek hebben we geconcludeerd dat banken een prikkel hebben om derde partijen uit te sluiten. De PSD2 lost dit probleem mogelijk niet helemaal op, onder andere omdat er onduidelijkheid bestaat over de precieze toegangsvoorwaarden. Daarom kan aanvullend inzet van het mededingingstoezicht nodig zijn, wanneer toegang tot de betaalrekening wordt gezien als een *essential facility*.

Binnen de energiesector ziet de ACM het belang van data sterk toenemen⁵, met kansen voor de energietransitie en innovatieve diensten. Een verdere uitrol van de slimme meter is een eerste basisconditie om de mogelijkheden te benutten. Dienstverlenende partijen zoals prijsvergelijkers,

⁴ Artikel 20 van 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 en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)

⁵ Voor data op het gebied van energieconsumptie heeft de Europese Commissie nieuwe regels in de maak (Clean Energy Package).

Onafhankelijke Dienstaanbieders en op enig moment ook *aggregators*, lopen in het huidige stelsel echter tegen beperkingen aan. Zij kunnen niet beschikken over de juiste data op het juiste moment, ook als dat wel de wens van de consument is en dat in overeenstemming is met de Algemene Verordening Gegevensbescherming. De ACM steunt het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat bij zijn initiatieven om de regelgeving rond data governance in de energiesector te herijken zodat innovatieve bedrijvigheid ruimte krijgt. Daarbij zijn aandacht voor privacy, het eigenaarschap van data en een gelijk speelveld voor toegang belangrijk.

4. Conclusie

Wij zien dat de digitalisering vraagt om duidelijke nieuwe (publieke) kaders voor nieuwe situaties. Binnen die kaders kan aanvullende regelgeving gewenst zijn, specifiek als het gaat om reguleren van duurzame marktmacht waar geen sprake is van misbruik en voortschrijdende personalisering van aanbod en prijzen. Het toenemend gebruik van algoritmes zal in de toekomst waarschijnlijk wel tot aanvullende regelgeving moeten leiden. Gezien de snelle ontwikkelingen en de complexiteit van deze digitaliseringsvraagstukken vraagt dit nu aandacht van de politiek. Het verzilveren van de vele kansen van digitalisering en van het grootschalig gebruik van data in het bijzonder vraagt een complexe belangenafweging, die per toepassing of sector anders kan uitvallen. Met dit signaal roept de ACM eenieder op – wetgever, beleidsmaker, marktpartij en toezichthouder - om zijn bijdrage te leveren aan het beperken van de risico's van digitalisering en het benutten van de kansen. En aan het publieke debat daarover.