



Griffier Tijdelijke commissie Digitale Toekomst Tweede Kamer
R Jansma
Postbus 20018
2500 EA Den Haag

Den Haag, 11 februari 2020

Aantal bijlagen : -
Uw kenmerk : -
Ons kenmerk : ACM/UITNZP/000645
Contactpersoon : drs. B.J. Noé | Bart.Noë@acm.nl
Onderwerp : Beantwoording ACM vragen Commissie Digitale toekomst

Geachte heer Jansma,

Bijgaand zend ik u de beantwoording van de ACM op de vragen die u stelde ter voorbereiding van het rondetafelgesprek 'Wettelijk kader en toezicht' op 19 februari.

Vragen voor het blok 'Toezicht'

Hoofdvraag:

Wie voert welk toezicht uit en in hoeverre is er sprake van overlappen dan wel leemtes in het huidige toezicht?

De Autoriteit Consument & Markt (ACM) draagt bij aan een gezonde economie door markten goed te laten werken voor mensen en bedrijven. In goed functionerende markten concurreren bedrijven eerlijk met elkaar en benadelen zij niemand met oneerlijke praktijken.

De ACM laat markten goed werken door:

- de spelregels voor vrije en gereguleerde markten te handhaven en brede naleving te bevorderen;
- voorlichting te geven zodat iedereen deze spelregels kent en voor zijn rechten kan opkomen;
- energie-, telecom-, vervoer- en postmarkten te reguleren om de betaalbaarheid, kwaliteit, continuïteit en toegankelijkheid te beschermen.

Deelvragen

1. Op grond van welke wettelijke bevoegdheden kunt u toezicht houden op de toepassing van digitale technologieën (zoals AI, gezichtsherkenning en Internet of Things) door de overheid, bedrijven en burgers? Houdt u hier ook toezicht op? Zo ja, hoe lang al en waaruit blijkt dat (activiteiten, toezichtsvisie)? Zo nee, waarom niet?

De ACM houdt op grond van onder meer de Europese en nationale mededingingsregels, consumentenwetgeving en telecomregulering toezicht op bedrijven die digitale technologieën toepassen grond van onder meer de Europese en nationale mededingingsregels, consumentenwetgeving en telecomregulering. De ACM houdt geen specifiek toezicht op het gebruik van een bepaalde technologie, maar wel op de gevolgen van de toepassing ervan. Het gebruik van digitale technologieën door overheden valt buiten het toezicht van de ACM.

Deze regelgeving is veelal gebaseerd op open technologie neutrale normen. Ze kunnen dus worden toegepast op nieuwe of veranderende technologieën. Daarbij is het soms nodig om als toezichthouder te verduidelijken hoe je de open normen toepast op die nieuwe of veranderende technologieën of marktomstandigheden. Zo heeft de ACM onlangs zoals aangekondigd in haar Signaal 2019 een leidraad gepubliceerd waarin ze uiteenzet hoe zij de wettelijke normen over oneerlijke handelspraktijken toepast op nieuwe online beïnvloedingstechnieken van bedrijven.¹²

De ACM heeft dit gedaan omdat zij ziet dat bedrijven, door het gebruik van data en algoritmen, keuzes die mensen online maken steeds effectiever kunnen beïnvloeden. Dat maakt het nodig om duidelijk te maken waar, in de online omgeving, geoorloofde verleiding van consumenten overgaat in verboden misleiding.

Niet alle consumentenbeschermingsregels zijn technologieneutraal. In de afgelopen jaren zijn verschillende Europese richtlijnen op het gebied van consumentenbescherming aangepast aan nieuwe technologische ontwikkelingen: zo zijn in 2013 de regels voor kopen op afstand gemoderniseerd naar aanleiding van de groeiende rol van online verkoop. Medio vorig jaar zijn de richtlijnen Consumentenkoop en Digitale inhoud aangenomen. Hierin wordt onder meer geregeld dat bedrijven consumenten gedurende een redelijke termijn van software updates moeten voorzien.

En in de recent aangenomen Omnibus richtlijn worden bepaalde informatieverplichtingen opgelegd voor bedrijven, bijvoorbeeld wanneer zij op basis van algoritmen een gepersonaliseerd aanbod doen, of wanneer zij zoekresultaten rangschikken op basis van betalingen. Verder vallen door aanpassingen in de richtlijnen producten en digitale inhoud die niet in geld maar met gegevens worden "betaald" expliciet onder de reikwijdte van de consumentenbeschermingsregels.

¹ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-signaal-2019-consumentenbescherming-een-veranderende-maatschappij>

² <https://www.acm.nl/nl/publicaties/leidraad-bescherming-online-consument>

Binnen de telecomregulering geldt het sectorspecifieke principe van netneutraliteit, dat er voor zorgt voor dat internetaanbieders alle verkeer gelijkwaardig moeten behandelen. Recent heeft ACM een handleiding traffic management, waarin we duidelijk maken wat dat betekent met komst van de nieuwe 5G technologie.

De ACM geeft de komende periode extra aandacht aan online platforms en digitale “ecosystemen”, zoals die van Apple, Google, Facebook en Amazon. Nationaal zijn daar ook voorbeelden van. In een ecosysteem kunnen verschillende applicaties of platforms samenwerken door onderling te communiceren. Ook kunnen bedrijven hierin gezamenlijk optrekken bij het verlenen van hun diensten. De snelle opkomst en groei van online platforms en ecosystemen biedt mensen en bedrijven veel vernieuwing en voordelen. Mondiaal opererende bedrijven treden succesvol toe tot nieuwe en bestaande markten, binnen en buiten de digitale economie. De manier waarop sommige markten hierdoor in korte tijd opgeschud worden geeft soms aanleiding voor onrust.

Een specifiek risico van de digitale economie is dat online platforms en ecosystemen door netwerkeffecten en schaalvoordelen zo snel kunnen groeien dat er een “*winner takes most*” dynamiek ontstaat. Het gevolg is kan zijn dat niemand meer om deze platforms heen kan. Platforms kunnen deze poortwachterfunctie op oneerlijke manieren gebruiken richting afnemers en leveranciers om hun eigen positie te versterken. De ACM is daarom extra alert op situaties waarin grote online platforms oneerlijke voorwaarden voor toegang hanteren. Grote en kleine aanbieders moeten de kans hebben om mensen en bedrijven te bereiken.

Een andere, gerelateerde ontwikkeling is dat in bijna alle sectoren bedrijven steeds meer gebruik maken van algoritmes en kunstmatige intelligentie. Dit kan bijdragen aan snellere productieprocessen, een efficiëntere logistiek of meer op de persoon toegespitste selecties en aanbiedingen. In de manier waarop dit gebeurt en in de selectie van de data, kunnen echter ook risico's schuilen voor mensen. Denk bijvoorbeeld aan discriminatie of het bewust inspelen op de kwetsbare situatie waarin iemand zich bevindt, zoals ziekte, ontslag of het overlijden van een naaste.

In een steeds verder digitaliserende economie zorgt de ACM ervoor dat zij de normen waar zij op toeziet ook kan handhaven wanneer bedrijven algoritmes gebruiken om hun marktgedrag te bepalen en handelspraktijken vorm te geven. Alleen dan kunnen mensen en bedrijven erop vertrouwen dat digitale markten goed blijven werken voor hen. De ACM heeft daarmee praktijkervaring, bijvoorbeeld door een studie naar de mogelijkheid dat zelflerende algoritmes van concurrenten prijzen onderling afstemmen en daarmee uitkomen boven het niveau van de prijzen in een concurrerende markt³.

³ Nog niet gepubliceerd

Vanwege de snelle ontwikkelingen en het toenemend gebruik van algoritmes in markten doet de ACM momenteel ook een onderzoek naar de werking van een concreet algoritme van de nieuwste generatie. De lessen en ervaringen vormen de basis voor toekomstige onderzoeken en handhaving van de ACM. De ACM zal dit jaar duidelijk maken op welke wijze zij algoritmes in de praktijk zal gaan onderzoeken zodat bedrijven weten wat zij op dit gebied van de ACM kunnen verwachten

Voor de verzameling van dit bewijs is voldoende grondslag omdat de Algemene Wet Bestuursrecht en de Instellingswet ACM techniekneutraal zijn, er is geen aanvullende grondslag nodig voor algoritmes of kunstmatige intelligentie. Het gaat er dus om te verduidelijken hoe de ACM die bevoegdheden in de praktijk zal inzetten.

2. In hoeverre overlappen de bevoegdheden van de toezichthouders elkaar? Zijn er gebieden waar u in de praktijk ook andere toezichthouders tegenkomt? Zo ja, worden werkzaamheden en beoordelingen dan op elkaar afgestemd?

Digitalisering heeft een impact op de hele maatschappij en economie, inherent daaraan is dat de ontwikkelingen ook de werkterreinen van alle toezichthouders raken.

De ACM werkt in Nederland samen met ministeries, toezichthouders, overheidsorganisaties en organisaties die de belangen behartigen van bijvoorbeeld consumenten en bedrijven, wetenschappelijke instellingen en geschillencommissies. De samenwerking met andere markttoezichthouders is belangrijk om kennis uit te wisselen en ervaringen te delen. We lopen tegen vergelijkbare vragen aan in het toezicht. In 2009 is daarom het Markttoezichthoudersberaad opgericht. Dit is een samenwerkingsverband van de ACM met andere toezichthouders:

- Autoriteit Financiële Markten (AFM)
- Autoriteit Persoonsgegevens (AP)
- Bureau Financieel Toezicht (BFT)
- Commissariaat voor de Media (CvdM)
- De Nederlandsche Bank (DNB)
- Kansspelautoriteit (KSA)
- Nederlandse Zorgautoriteit (NZa)

De overlap tussen de meeste toezichthouders is beperkt, omdat er een duidelijke afbakening is van de normen die worden gehandhaafd en de bevoegdheden die daarbij horen. Bovendien zijn met alle relevante nationale toezichthouders samenwerkingsprotocollen gesloten om conflicten en dubbel werk te voorkomen.

Het is inherent dat er soms een samenloop optreedt, maar die is niet problematisch. In de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) zijn bijvoorbeeld zaken geregeld over de rechten van een persoon wanneer hij onderworpen is aan geautomatiseerde (algoritmische) besluitvorming, zoals het “recht op menselijke tussenkomst”. De geautomatiseerde besluitvorming in de zin van de AVG is vervolgens ook weer aangrijpingspunt voor het stellen van informatieverplichtingen aan bedrijven die gepersonaliseerde aanbiedingen doen. Dit gebeurt dan weer onder de consumentenbeschermingsregels. Dit is een mooi voorbeeld van complementariteit, met eigen bevoegdheden van respectievelijk AP en ACM, maar wel een gedeeld begrippenkader zodat ondernemingen niet aan twee verschillende standaarden hoeven te voldoen. Goede samenwerkingsprotocollen en consistente begrippenkaders zijn daarvoor belangrijk.

In de praktijk kan er in een concrete zaak een afweging nodig zijn tussen de belangen die verschillende toezichthouders dienen. Zo kan het delen of “poolen” van data enerzijds voor meer concurrentie zorgen maar tegelijk ook risico’s voor privacy van consumenten geven. In zulke gevallen wordt daar binnen de samenwerkingsprotocollen per geval een oplossing voor gezocht.

De Autoriteit Consument & Markt (de ACM) werkt ook veel samen met buitenlandse collega-toezichthouders op bilaterale basis en binnen Europese of wereldwijde netwerken van toezichthouders. Nederland heeft een open economie en problemen van consumenten en bedrijven houden niet op bij de landsgrenzen. Onze economie wordt sterk beïnvloed door internationale ontwikkelingen en grote internationaal opererende ondernemingen. Vaak is een oplossing op Europees niveau daarom het beste voor Nederlandse bedrijven en consumenten.

Een goed voorbeeld van internationale samenwerking is de manier waarop in Europa het toezicht op de mededingingsregels is georganiseerd. De Europese Commissie is primair verantwoordelijk voor grote grensoverschrijdende zaken (zowel onderzoeken naar kartels of misbruik van een economische machtspositie als controle op fusies en overnames). Recente voorbeelden binnen het domein van de digitale economie zijn de afgeronde onderzoeken van de Europese Commissie naar Google en lopende onderzoeken naar Amazon en Apple.

Maar nationale autoriteiten zoals de ACM zijn subsidiair verantwoordelijk voor handhaving op nationaal niveau, ook van grensoverschrijdende zaken. Zo heeft de ACM in 2019 een marktstudie gedaan naar de positie van appstores op de Nederlandse markt. De marktstudie gaf aanleiding tot een vervolgonderzoek naar de vraag of Apple misbruikt heeft gemaakt van de positie van haar Appstore. Binnen het European Competition Network werken de Europese Commissie en de verschillende nationale mededingingsautoriteiten samen en informeren zij elkaar over aanstaande en lopende onderzoeken. Daardoor kan op Europees niveau effectief worden opgetreden en wordt dubbel werk of een divergerende uitkomst voorkomen.

Bij het toezicht op de consumentenbescherming is geen centrale Europese toezichthouder met eigen bevoegdheden maar een systeem (Consumer Protection Cooperation Network) waarin nationale autoriteiten gezamenlijk onderzoeken kunnen doen waarbij een of meerdere autoriteiten het voortouw hebben. Tevens kunnen landen bij elkaar handhavingsverzoeken indienen die behandeld moeten worden, waarbij het ontvangende land de *lead* heeft. De ACM denkt dat voor consumentenbescherming een vorm van Europees toezicht een efficiënte en effectieve aanvulling is, bijvoorbeeld via de Europese Commissie die kan optreden in pan-Europese situaties waar mondiale bedrijven bij zijn betrokken.

Een voorbeeld van bilaterale samenwerking is een samenwerkingsprogramma met de Competition and Markets Authority in het Verenigd Koninkrijk waarin gedragsspecialisten en data experts samen werken aan issues op het snijvlak van data economie en de beïnvloeding van gedrag van consumenten en bedrijven.

3. *Zijn er gebieden waar toezichthouders geen of ontoereikende bevoegdheden hebben en waar dat wel nodig zou zijn? Hoe wordt hier in de praktijk mee omgegaan?*

De bevoegdheden die de ACM op grond van bestaande en aanstaande regelgeving heeft zijn in grote lijnen toereikend. In haar Signaal 2018 stelde de ACM echter ook dat de snelheid van de toepassing van de mededingingsregels in dynamische online markten met een “*winner takes most dynamiek*” een kwetsbaarheid is.⁴ Het risico bestaat dat een interventie te laat komt, bijvoorbeeld door langgerekte juridische procedures, en schade aan een markt onherstelbaar is.

De ACM onderschrijft in dat verband de brief over de mededingingsregels die het kabinet in 2019 aan de Tweede Kamer stuurde en ondersteunt het voorstel van het kabinet om in Europees verband voor die situaties preventief ingrijpen mogelijk te maken, voordat de concurrentie geschaad is⁵. Samen met haar Belgische en Luxemburgse collega's heeft de ACM hierover een *position paper* gepubliceerd.⁶

Bovendien heeft de Europese Commissie aangekondigd in een nieuwe Digital Services Act de regels voor de aansprakelijkheid en veiligheid van digitale platforms, diensten en producten te actualiseren.

In 2020 treedt de *Platform to Business* Verordening in werking die de verhouding tussen zakelijke gebruikers en platforms regelt, in het bijzonder op het gebied van transparantie en

⁴ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-signaal-2018>

⁵ Kamerstukken: Tweede Kamer, vergaderjaar 2018-2019, 27 879 nr. 71

⁶ <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2019-10/benelux-memorandum-over-toezicht-mededinging-in-digitale-economie.pdf>

geschilbeslechting. We denken dat dit een goed voorbeeld is van aanvullende regels die nodig zijn in een platform economie vanwege de afhankelijkheid die kleinere gebruikers kunnen hebben ten opzichte van een platform.

4. Hoe zorgt u ervoor dat uw organisatie voldoende geëquipeerd is om het toezicht op de toepassing van digitale technologieën door de overheid, bedrijven en burgers te kunnen uitvoeren? Beschikt u momenteel over voldoende middelen, capaciteit en expertise? Zo nee, wat is er nodig om dat te hebben?

De ACM heeft voldoende ruime bevoegdheden om adequaat toezicht te houden. Er is de afgelopen jaren geïnvesteerd in ICT, data-gedreven toezicht en relevante expertise van bijvoorbeeld datawetenschappers, gedragsexperts op het gebied van online beïnvloeding, games en digitaal forensisch onderzoekers. De ACM werkt daarvoor onder andere samen via een gezamenlijk datatraining met de AFM en de NZa en met universiteiten, maar ook daarbuiten heeft de ACM de expertise op dit punt fors uitgebreid. Daarnaast werkt de ACM binnen de infobox Crimineel en Onverklaarbaar Vermogen (iCOV) samen met een groot aantal opsporingsinstanties in het ontwikkelen van digitale tools bij de opsporing en analyse van signalen.

In navolging van het Regeerakkoord, waarin wordt opgeroepen een speciaal team te formeren, worden alle activiteiten binnen de digitale economie op ACM-niveau (zowel vanuit consumentenbescherming, mededinging als regulering) centraal gecoördineerd. Dat waarborgt dat er ruim capaciteit vrijgemaakt wordt voor dit belangrijke thema en dat optimaal gebruik wordt gemaakt van expertise en ervaring. Voor de ACM als geïntegreerde, marktbrede en multidisciplinaire toezichthouder is het daarbij een voordeel marktproblemen in de digitale economie vanuit meerdere disciplines te kunnen onderzoeken en op te lossen. Immers, problemen manifesteren zich niet netjes afgebakend als bijvoorbeeld concurrentie- of consumenten probleem. Juist in meerzijdige platform markten kan een combinatie van interventies vanuit die verschillende disciplines effectiever zijn.

Markten en technologieën ontwikkelen zich evenwel razendsnel en de invloed en impact van digitalisering zal alleen maar toenemen. Nieuwe investeringen in technologie, expertise en capaciteit zullen daarom nodig blijven.

5. Hoe zou volgens u het toezicht in Nederland er over tien jaar uit moeten zien? Zou het toezicht op digitalisering gecentraliseerd moeten worden? Zouden bepaalde toezichthouders een prominentere rol moeten krijgen?

Dat digitalisering voor alle toezichthouders aan belang zal winnen staat vast. Het is een gegeven dat door deze transitie iedereen vaardiger zal moeten worden in het digitale domein, van

consument tot toezichthouder. De ACM denkt dat het verstandig is dat toezichthouders vanuit hun eigen doelstellingen de relevante kennis, ervaring en expertise verder opbouwen, of het nu gaat om bijvoorbeeld concurrentie, consumentenbescherming, privacy of gezonde financiële markten. Centralisatie van het toezicht op een bepaalde technologie bij één toezichthouder lijkt ons minder voor de hand te liggen. Immers, een onderzoek naar bijvoorbeeld een mededingingsprobleem verlangt niet alleen technologische, maar ook gespecialiseerde economische en juridische kennis en expertise. De combinatie daarvan binnen één organisatie voorkomt afstemmingsproblemen.

Technologieneutrale regelgeving en open normen helpen toezichthouders om in markten waarin de technologie razendsnel verandert relevant te blijven. Niettemin kan aanvullende regelgeving en toezicht voor het gebruik van bepaalde technologie nodig zijn, zoals nu bijvoorbeeld in de EU wordt gesproken over het gebruik van gezichtsherkenningsoftware in openbare ruimtes. En het kan nodig zijn te verduidelijken hoe open normen zullen worden toegepast in nieuwe gevallen. En omdat digitale technologieën zich niet beperken tot het domein van een toezichthouder is intensieve samenwerking en kennisuitwisseling cruciaal. Een voorbeeld daarvan is een bijeenkomst van het Markttoezichthoudersberaad die de AP en de ACM dit jaar gezamenlijk zullen organiseren over toezicht op algoritmes.

Hoofdvraag:

Welk normenkader hanteren toezichthouders bij het beoordelen van toepassingen van nieuwe technologie en hoe ontwikkelt dit normenkader zich?

Het normenkader is voor de ACM gegeven in het EU Verdrag, de EU mededingingswetgeving, het zogenaamde consumentenacquis en sectorspecifieke regulering die in zeer belangrijke mate ook een Europese grondslag heeft. Dit betreft veelal open, technologie-neutrale normen waarvan de invulling en precisering zich in de praktijk ontwikkelt door onderzoek, zaken en jurisprudentie. Ook toezichthouders dragen daaraan bij, in het geval van de ACM bijvoorbeeld door te laten zien hoe zij deze open normen hanteert. Waar het uitleggen en interpreteren van die normen geen soelaas biedt of beter zou kunnen, pleit de ACM, onder andere in haar jaarlijkse Signaal, voor aanvullingen en wijzigingen door de wetgever.

Deelvragen:

6. Kunt u een voorbeeld noemen van een situatie waarin de inzet van technologie (zoals AI, gezichtsherkenning en Internet of Things) leidde tot aanpassing van het normenkader dat u, impliciet of expliciet, hanteert bij uw toezicht?

Het meest recente voorbeeld is de Leidraad voor de bescherming van de Online Consument die bij de antwoorden van de vragen hierboven is beschreven.

Een voorbeeld binnen het mededingingstoezicht kan worden gevonden bij de beoordeling van de overname van Iddink (met onder meer het bij een grote meerderheid van de scholen gebruikte digitale leerplatform Magister) door Sanoma (met onder meer de uitgeverij van (digitale) leermiddelen Malmberg). De ACM heeft de overname toegestaan onder de voorwaarde dat na de overname concurrenten onder gelijke voorwaarden (en uiteraard privacy-waarborgen) toegang krijgen tot Magister en tot data uit Magister. Uitgevers hebben deze toegang en data nodig om hun producten en diensten aan te blijven bieden en te blijven verbeteren. Hierdoor behouden andere uitgevers de prikkel om te blijven innoveren, maar blijft er ook een gelijk speelveld voor uitgevers bestaan. Een vergelijkbare situatie kan zich voor gaan doen bij platforms en eco-systemen die binnen ziekenhuizen worden gebruikt. Toegang tot deze systemen en datadeling kunnen noodzakelijk zijn voor de ontwikkeling van e-health systemen. De ACM doet hier dan ook onderzoek naar.

7. *Kunt u, in dat voorbeeld, toelichten hoe dat normenkader zich ontwikkelde? Wie waren hierbij betrokken? Welke vragen werden gesteld? Welke publieke waarden spelen hierbij een rol?*

Bij de leidraad voor de bescherming van de online consument is niet zozeer het normenkader aangepast. Het onderliggende doel van het normenkader voor oneerlijke handelspraktijken is dat de consument door een bedrijf in staat moet worden gesteld een weloverwogen beslissing te nemen over een transactie. Het normenkader en het overgrote deel van de zaken en jurisprudentie is gecreëerd voordat sprake was van een online consument. De ACM heeft in de leidraad dit normenkader en de zaken en jurisprudentie toegepast op de online wereld en in het bijzonder op vormen van online misleiding.

Publieke waarden als transparantie, opheffen van informatieasymmetrie en bescherming van kwetsbare consumenten zijn één op één doorgezet. Dat heeft de ACM niet alleen gedaan. Aan het opstellen van de Leidraad gingen verschillende consultatierondes vooraf waarbij experts, belangengroeperingen, consumentenorganisaties en bedrijven de gelegenheid kregen om ideeën aan te reiken en commentaar te geven op eerste gedachten. Nu is de ACM begonnen aan voorlichting aan bedrijven en consumenten. Nog dit jaar zal de ACM de leidraad ook actief gaan handhaven.

8. *Biedt het huidige wettelijk kader voldoende houvast om het toezicht op nieuwe toepassingen van digitale technologieën te kunnen uitvoeren? Zo nee, wat is hiervoor nodig?*

Zoals uit de bovenstaande antwoorden blijkt is de ACM van mening dat het wettelijk kader, inclusief de aanpassingen die daar van tijd tot tijd mede op haar verzoek aan worden gedaan, voldoende houvast biedt voor de uitvoering van haar toezicht. Het is flexibel genoeg om normen adequaat in te

vullen als veranderende omstandigheden daar toe leiden. Er is bovendien voldoende aandacht van de Nederlandse wetgever voor de wensen tot aanpassing van het kader.

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze:

w.g.

mr. T.M. Snoep
bestuursvoorzitter