Hoorzitting Tweede Kamer, 31.01.2018

Prof mr Tom Ottervanger, Leiden

*Vrije meningsuiting/pluriformiteit van de media*

De advertentiemarkt is in beweging *mede* als gevolg van de opkomst van nieuwe spelers als Google en Facebook (en menig ander platform). Dit heeft negatieve gevolgen voor het verdienmodel van "klassieke" media (pers, omroepen) en daarmee voor de pluriformiteit.

Mededingingsrecht is alleen relevant indien sprake is van collusie tussen de nieuwe techbedrijven (hetgeen niet het geval lijkt) of van misbruik van een dominante marktpositie op de advertentiemarkt. Noch de dominantie noch een misbruik ligt voor de hand. Vaststelling van een inbreuk vraagt hoe dan ook een langdurig en complex onderzoek.

Uit overwegingen van publiek belang (pluriformiteit)/consumentenbescherming (nepnieuws) kan de overheid met regelgeving ingrijpen. De ACM/CvdM doen onderzoek maar een Europese aanpak is te prefereren vanwege de "grenzeloosheid" van de bedrijven.

*(vermeende) concurrentieverstoring als gevolg van (mogelijke) marktmacht van Facebook, Apple en Google*.

Het mededingingsrecht kent vele voorbeelden van ondernemingen/sectoren die als oppermachtig werden gepercipieerd en op aandringen van kleine concurrenten/nieuwe toetreders (*free riders*) of afnemers onderwerp waren van mededingingsprocedures: spoorwegen, oliemaatschappijen, luchtvaart, staalbedrijven, "big pharma", ATT, IBM, Microsoft, enz.

Soms losten de gepercipieerde problemen zich "vanzelf" op door innovatie en marktwerking; soms is ingegrepen door de wetgever (sectorregulering); soms door de toezichthouder in het geval van "essential facilites" (bijv dmv verplichte licentiëring); of (zeer uitzonderlijk) als de marktmacht dusdanig was dat misbruik onvermijdelijk leek, door opsplitsing.

Dat laatste is een wens van het EP met betrekking tot Google. Echter, dit instrument is in de EU een *ultimum remedium* en er is niet nagedacht over de consequenties (vergoeding voor zoekopdrachten?).

Online platforms, Facebook en Google voorop maar niet uitsluitend, hebben nieuwe markten gecreëerd en bestaande markten verstoord door innovatie, efficiëntie, schaalvergroting, dataverzameling gekoppeld aan slimme algoritmes en *last but not least* optimale benutting van netwerkeffecten: een economisch model gebaseerd op meerzijdige markten en voor de consument "*zero priced services*" zodat snel een kritische massa kan worden verkregen. De consument vaart hier, tot op heden, wel bij, evenals de adverteerders.

De vragen van de vaste commissie gaan primair over de macht t.o.v nieuwe en kleinere spelers. Het mededingingsrecht is echter (volgens huidige opvattingen) slechts indirect bedoeld om de concurrenten te beschermen. Primair doel is de *consumentenwelvaart* te bevorderen door een gezonde concurrentie.

Een lastig dilemma bij de aanpak van grote internetbedrijven is dat de "macht” onmiskenbaar groot is; mogelijk is dat de (potentiële) concurrentie om adverteerders wordt geschaad omdat het vanwege netwerkeffecten en de hoeveelheid en kwaliteit van data die waardevol zijn voor adverteerders het moeilijk is voor derden een kritische massa te bouwen. Maar, daarmee is niet noodzakelijkerwijs gegeven dat sprake is van nadeel voor de consument.

*Criteria medediningsrecht*

Voor de toepassing van het verbod van "misbruik van machtpositie" (concentratiecontrole is in de Nederlandse situatie minder relevant) is allereerst van belang welke de relevante markt is. Kennen we de markt en de positie op die markt dan kunnen we vast te stellen of er al dan niet sprake is van een dominante positie én van misbruik.

De afbakening van de markt, of meerdere markten gelet op de netwerkeffecten, waarop online platforms zich bewegen, roept complexe vragen op.

Immers, de advertentiemarkt kan intens concurrentieel zijn (want platforms concurreren met elkaar én met andere media). De consumentenzijde, waar de diensten gratis zijn (hetgeen niet inhoudt dat er geen markt is) zal soms "enger" moeten worden afgebakend, nl. beperkt tot één speler omdat de aangeboden diensten qua functionaliteit wezenlijk verschillen (Google, Facebook, Netflix, YouTube, Spotify, nieuwssites, bookingssites, enz) en er geen offline alternatieven zijn.

De data die de platforms verzamelen liggen weliswaar aan de basis van de "macht" maar verouderen snel en vormen geen markt. De kwantitatieve testen die vaak worden gebruikt om de markt te definiëren, zoals de SNIPP test, zijn onbruikbaar wanneer het gaat om "*zero priced markets".*

Het is dus veeleer een meer kwalitatieve beoordeling die bepaalt dat (bij voorbeeld) Facebook en Google veruit de grootsten in hun soort zijn op hún specifieke markt(en), met nauwelijks nieuwe toetreders en een ongekende innovatiekracht en hoeveelheid data en netwerkeffecten en dat zij dus aan de consumentenzijde ieder voor zich dominant zijn.

Vervolgens moet "misbruik", een quasi-strafrechtelijke inbreuk met dus een zware bewijslast, worden aangetoond vanwege benadeling van dié consument die kosteloos gebruik kan maken van steeds snellere en meer effectieve sociale netwerken, zoekmachines, e-commerce platforms e.d. en *prima facie* dus geen schade lijkt te ondervinden door hoge prijzen/slechte kwaliteit.

De Commissie had in de Google zeven jaar nodig om de feiten te kwalificeren. En dat is één zaak. De complexiteit van de toepassing van het mededingingsrecht op online platforms doet de vraag rijzen of het mededingingsrecht een geschikt instrument is. Welke opties zijn er?

De Duitse toezichthouder (BKA) heeft onlangs een formele procedure gestart tegen Facebook - dominant omdat het een twee-derde marktaandeel heeft op de markt van sociale netwerken – omdat zij data vergaart niet alleen rechtstreeks van haar eigen gebruikers maar ook van andere diensten, zoals de dochters WhatsApp/Instagram en sites die de Facebook gebruikers bezoeken. De gebruikers hebben dit in de algemene voorwaarden geaccepteerd maar, zo stelt het BKA, zij hadden geen keuze juist vanwege de marktmacht van Facebook.

Het BKA kwalificeert oneerlijke voorwaarden (incl excessief hoge prijzen) als "misbruik". In de EU (anders dan in de VS) is dat inderdaad mogelijk ("exploitative" praktijken), zij het ongebruikelijk. In wezen betreft het een verwijt dat de consument onvoldoende geïnformeerd is en lijkt het eerder een zaak van consumentenbescherming (vgl de polisvoorwaarden van verzekeringrodukten) en privacy/databescherming. Toepassing van het mededingingsrecht heeft de voorkeur vanwege hogere sancties. Daar staat een meer complexe procedure en zwaardere bewijslast tegenover. Deze route is in Nederland niet aan te bevelen.

Een andere optie is "datadeling", de verplichting om cruciale data ter beschikking te stellen van concurrenten. Het is nogal wat om bedrijven die door veel vernuft en enorme investeringen groot zijn geworden te dwingen hun succes te delen met nieuwkomers. Als gezegd, het mededingingsrecht is niet bedoeld om concurrenten in het zadel te helpen tenzij er een evident consumentenbelang is.

Zijn consumenten ontevreden over de prijs of kwaliteit? Zijn zij afhankelijk van Google en Facebook of is het gemakzucht dat zij niet switchen? Wil het mededingingsrecht kunnen worden ingeroepen, zal er sprake moeten zijn van een "essentiële infrastructuur´( traditioneel bijv. spoorbruggen, havens, elektriciteit- of communicatienetwerken die *onmisbaar en niet reproduceerbaar* zijn voor een concurrent om te kunnen functioneren.

Dat de Big Data van Google of Facebook uniek zijn zodat toegang kan worden afgedwongen, verdient nader onderzoek. Het voor de ACM een hele opgave zijn zowel de dominantie van de bedrijven als de onmisbaarheid van de data vast te stellen. Een ingewikkelde strijd met onzekere afloop en bovendien beperkt tot Nederland, dus al met al geen aan te bevelen weg om te bewandelen.

*Conclusie*

In *theorie* is het mededingingsrechtelijk kader geschikt om, als de criteria zijn vervuld, de grote techbedrijven te dwingen tot "eerlijker" voorwaarden of tot het delen van data; concurrenten profiteren wel van het tweede, niet van het eerste. In de *praktijk* zijn dit moeizame routes.

Veel van de onvrede over de macht van de bedrijven is terug te voeren op zorgen over privacy, veiligheid, verslaving e.d. Terechte zorgen die evenwel niet eenvoudig zijn te redresseren zijn met het mededingingsrechtelijke instrumentarium. Zou datadeling de oplossing zijn, dan ligt wetgeving, op Europees niveau, het meest voor de hand, evenals terzake van consumentenbescherming en privacy (vgl de Algemene Verordening Gegevensbescherming).