

Ministerie van Economische Zaken
en Klimaat

> Retouradres Postbus 20401 2500 EK Den Haag

De Voorzitter van de Tweede Kamer
der Staten-Generaal
Binnenhof 4
2513 AA DEN HAAG

Chief Economist

Directie Mededinging en
Consumenten

Bezoekadres

Bezuidenhoutseweg 73
2594 AC Den Haag

Postadres

Postbus 20401
2500 EK Den Haag

Overheidsidentificatienr

00000001003214369000

T 070 379 8911 (algemeen)

F 070 378 6011 (algemeen)

www.rijksoverheid.nl/ezk

Ons kenmerk

CE-MC / 19063887

Datum 17 mei 2019
Betreft Reactie op initiatiefnota van het lid Verhoeven

Geachte Voorzitter,

Er komt steeds meer aandacht voor de vraag of de mededingingsregels nog wel aansluiten bij de ontwikkelingen in het digitale domein. Ik ben dan ook verheugd dat het lid Verhoeven (D66) de urgentie van dit onderwerp erkent en in zijn initiatiefnota aandacht vraagt voor mededinging in de digitale economie. Zijn inzet draagt bij aan de discussie over de toekomstbestendigheid van het mededingingsbeleid doordat het de uitdagingen adresseert die ontstaan bij de toepassing van het mededingingsinstrumentarium in de digitale economie.

Om tot een beleidsinzet te komen over de toekomstbestendigheid van het mededingingsinstrumentarium in relatie tot online platforms, heb ik de afgelopen maanden een analyse verricht, een discussienotitie geconsulteerd en diverse gesprekken gevoerd met belanghebbenden en experts. Over die inzet heb ik uw Kamer in een aparte brief geïnformeerd.¹ In die brief komen verscheidene punten die het lid Verhoeven noemt aan de orde. Middels onderhavige brief ga ik specifiek in op de voorstellen die het lid Verhoeven doet in zijn initiatiefnota. Ten opzichte van de brief over mijn beleidsinzet, bevat de onderhavige brief geen aanvullende maatregelen.

Herzien toepassing huidig instrumentarium

Het lid Verhoeven doet in zijn initiatiefnota verschillende voorstellen voor aanpassing van de mededingingsregels.

- Allereerst stelt hij dat de regering zich moet inspannen om de verdragsartikelen van het VWEU te herzien en/of nieuwe toe te voegen, om ze toe te spitsen op internet- en technologiebedrijven.
- Verder stelt hij voor om de criteria voor marktafbakening en het vaststellen van marktaandeel te herijken.
- Daarnaast pleit het lid Verhoeven voor uitbreiding van de SSNIP-test met andere mogelijkheden om markten af te bakenen.
- Ten slotte stelt hij voor om data in de mededingingsregels aan te merken als essentiële faciliteit.

¹ De brief "Toekomstbestendigheid van het mededingingsinstrumentarium in relatie tot online platforms" is tegelijkertijd met onderhavige brief aan de Kamer verstuurd.

Ik ben het met het lid Verhoeven eens dat het mededingingsinstrumentarium goed toepasbaar moet zijn, ook op internet- en technologiebedrijven. Dat het mogelijk is de mededingingsregels te gebruiken in de digitale economie blijkt uit een aantal recente zaken van de Europese Commissie, zoals die over Google. Dit neemt niet weg dat meer helderheid kan worden gecreëerd ten aanzien van de toepassing. De toepassing van het mededingingsrecht is op Europees niveau uitgewerkt in richtsnoeren, bijvoorbeeld over marktafbakening, die in de praktijk vaak maatgevend zijn voor de toepassing van het mededingingsrecht. Deze richtsnoeren lijken onvoldoende toegespitst op de aanpak van mededingingsvraagstukken omtrent platforms en digitale markten. Ik deel daarom de opvatting van het lid Verhoeven dat de huidige richtsnoeren moeten worden aangepast zodat ze ook op de realiteit van online markten toepasbaar zijn. Het is belangrijk dat toezichthouders handvatten krijgen over hoe het mededingingsinstrumentarium kan worden ingezet op online markten. Het vastleggen van die handvatten in richtsnoeren zorgt ervoor dat duidelijker wordt hoe dit instrumentarium in de digitale economie kan worden ingezet. Bij aanpassing van de richtsnoeren kan onder meer gedacht worden aan het opnemen van aanvullende criteria en modellen voor marktafbakening in aanvulling op de SSNIP-test, zoals ook door het lid Verhoeven wordt voorgesteld.²

In de richtsnoeren is momenteel niet opgenomen hoe toezichthouders de rol van data een plek kunnen geven in hun analyse. Het lid Verhoeven noemt in dit verband in zijn initiatiefnota het aanmerken van data als een essentiële faciliteit. In een mededingingszaak kan toegang tot een zogenaamde essentiële faciliteit worden afgedwongen als deze faciliteit noodzakelijk is om te kunnen concurreren en een onderneming zijn machtspositie misbruikt omdat hij geen toegang geeft tot deze faciliteit. De richtsnoeren kunnen meer duiding geven over de rol van data en onder welke omstandigheden het afdwingen van toegang tot data mogelijk is.

Het aanpassen van bestaande of uitbrengen van nieuwe richtsnoeren, waarin de Europese Commissie de toepassing van de mededingingsregels uitlegt, zal bijdragen aan een goede toepassing van de mededingingsregels in de digitale economie. Ik zie naast aanpassing van de richtsnoeren geen aanleiding om de Europese verdragsregels zelf aan te passen. De artikelen in het VwEU zijn namelijk functioneel en flexibel gedefinieerd. Juist dit maakt dat zij toepasbaar zijn en blijven, ook bij nieuwe (markt)ontwikkelingen en nieuwe soorten bedrijven zoals technologiebedrijven.

Concentratietoezicht

Het lid Verhoeven stelt in zijn initiatiefnota een aantal maatregelen voor die zien op het concentratietoezicht.

- Zo stelt hij dat sommige techconcentraties eerder bij de toezichthouder gemeld moeten worden. In dat kader noemt hij het aanmerken van data als waardedrempel in het concentratietoezicht.

² De SSNIP-test is een manier voor toezichthouders om te beoordelen wie met wie concurreert. Er wordt bij die test gekeken wat de gevolgen van een potentiële prijsverhoging zouden zijn, om precies te zijn of klanten bij een kleine, maar significante prijsstijging overstappen naar een ander bedrijf. Op online markten betalen consumenten vaak met hun data in plaats van met geld, waardoor de SSNIP-test in die situaties niet toepasbaar is.

- Verder stelt hij voor een verplichting op te leggen tot het *real-time* delen van data of het toegang bieden tot essentiële infrastructuur als voorwaarde voor goedkeuring van een fusie.
- Tot slot pleit het lid Verhoeven voor het verbieden van concentraties met een toekomstig marktaandeel van meer dan 50%.

Ik deel de opvatting van het lid Verhoeven dat goed concentratietoezicht in de digitale economie belangrijk is. Hierbij is het vooral belangrijk dat fusies of overnames die de concurrentie beperken in het vizier van een toezichthouder komen. Daarom ben ik met het lid Verhoeven van mening dat data mee moet wegen bij beoordeling door een toezichthouder van een fusie. De reden hiervoor is dat de data waarover de fuserende ondernemingen beschikken mogelijk een grote impact kunnen hebben op de marktmacht die ontstaat na de fusie of overname. Wanneer dit het geval is, kan de transactiewaarde van een overname aanzienlijk zijn, ook als het bedrijf dat wordt overgenomen te weinig omzet maakt om boven de huidige mededingingsdrempels uit te komen. Ik ga mij dan ook op Europees niveau inzetten voor het aanpassen van de drempels van het Europese concentratietoezicht zodat toezichthouders zicht krijgen op alle relevante concentraties, bijvoorbeeld door de transactiewaarde van de concentratie mee te nemen in de beoordeling of een concentratie bij de Commissie gemeld moet worden. Dit leidt ertoe dat, zoals terecht door Verhoeven bepleit, sommige techconcentraties eerder bij de toezichthouder gemeld moeten worden dan nu geldt.

In zijn initiatiefnota pleit het lid Verhoeven voor de mogelijkheid een verplichting op te leggen tot het *real-time* delen van data of het toegang bieden tot essentiële infrastructuur als voorwaarde voor goedkeuring van een fusie. Ik deel de analyse van het lid Verhoeven dat data die essentieel is om te kunnen concurreren, door een fusie of overname exclusief in handen van één partij kan komen. In bepaalde gevallen zou dit de daadwerkelijke mededinging significant kunnen beperken. In zo een geval zal de toezichthouder zijn mededingingsbezwaren bij de fusie kenbaar maken. Het is vervolgens de verantwoordelijkheid van de fuserende partijen om die bezwaren weg te nemen door zogenaamde remedies aan te dragen, om goedkeuring te krijgen voor de in oorspronkelijke vorm ongewenste concentratie. Wanneer de partijen aandragen dat zij na de fusie of overname de essentiële data zullen gaan of blijven delen, kan de toezichthouder de concentratie goedkeuren als met het delen van de data het mededingingsprobleem is opgelost.

Het lid Verhoeven pleit er bij het concentratietoezicht ten slotte voor om concentraties met een toekomstig marktaandeel van meer dan 50% te verbieden, om zo het bezit van een machtspositie te voorkomen. Concentraties moeten de concurrentie en keuzevrijheid niet beperken. Tegelijkertijd ben ik geen voorstander van een generieke drempel in de mededingingswetgeving waarboven geen fusie zou mogen plaatsvinden.

Mededingingstoezichthouders kijken al kritisch naar concentraties die tot een marktaandeel van meer dan 50% leiden.³ Er zijn echter situaties denkbaar waarbij een concentratie met een toekomstig marktaandeel van meer dan 50% geen probleem oplevert voor concurrentie en keuzevrijheid voor consumenten en ondernemers. Daarnaast zal een overname van een heel kleine marktpartij en/of een partij waarmee niet wordt geconcurrereerd, niet snel tot een concurrentieprobleem leiden. Tevens kunnen fusies tot verbeteringen leiden die juist goed zijn voor de consument en andere ondernemers. Zo heeft een groot bedrijf dat een product van een kleine bedrijf overneemt, over het algemeen meer middelen om dit product door te ontwikkelen. Hierdoor kunnen consumenten en ondernemers profiteren van een beter product. Het zonder meer verbieden van concentraties met een marktaandeel boven de 50% schaadt bovendien prikkels voor bedrijven om door te groeien en te blijven innoveren.

Datadelen

In de digitale economie kan toegang tot data van grote waarde zijn en data wordt daarmee steeds belangrijker om te kunnen concurreren. Dit komt ook naar voren uit de analyse en consultatie die ik heb uitgevoerd voor mijn beleidsinzet omtrent de digitale economie, waarover ik uw Kamer apart heb geïnformeerd.⁴

Het lid Verhoeven betoogt dat datadeling generiek verplicht moet worden gesteld om marktdominantie tegen te gaan. Het kabinet heeft haar visie op datadelen recent uiteengezet in de Nederlandse Visie op Datadelen.⁵ In deze visie geeft het kabinet aan in te zetten op datadeling die vrijwillig tot stand komt, eventueel door de overheid gefaciliteerd in de vorm van financiële of organisatorische ondersteuning. Onder strikte voorwaarden kan datadeling worden verplicht. Een verplichting tot datadelen kan bijvoorbeeld nodig zijn om marktdominantie tegen te gaan, maar zoals uiteengezet in de Visie op Datadelen moet deze verplichting niet generiek worden ingevuld.

Aan een generieke verplichting tot datadeling kleven namelijk belangrijke nadelen. Zo kan een verplichting tot datadelen innovatie- en investeringsprikkels schaden. Een generieke plicht kan bovendien, zoals het lid Verhoeven zelf al benoemt in zijn initiatiefnota, de privacy van consumenten in het geding brengen. Bovendien kan het voor het mkb relatief meer kosten om hun bedrijfsvoering geschikt te maken voor datadeling. Daarmee zou een generieke verplichting tot datadelen een averechts effect kunnen hebben. Gerichtte regulering, zoals op Europees niveau is gebeurd met de Payment Service Directive 2 (PSD2), is hier meer geschikt voor.

Zoals ik uiteenzet in mijn brief over de toekomstbestendigheid van het mededingingsinstrumentarium wil ik inzetten op een bevoegdheid voor een toezichthouder op Europees niveau om verplichtingen op te kunnen leggen aan

³ Zo staat in het richtsnoer voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen dat marktaandelen van meer dan 50 procent op zichzelf al voldoende bewijs vormen voor het ontstaan van een machtspositie.

⁴ De brief "Toekomstbestendigheid van het mededingingsinstrumentarium in relatie tot online platforms", tegelijkertijd met onderhavige brief aan de Kamer verstuurd.

⁵ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/02/20/kamerbrief-over-de-nederlandse-visie-op-datadeling-tussen-bedrijven>

grote platforms met een poortwachtersfunctie om concurrentiemogelijkheden te vergroten. Dit kan ook een verplichting zijn om toegang te geven tot data.

Bevoegdheden toezichthouders & handhaving

Het lid Verhoeven doet in zijn initiatiefnota tot slot voorstellen omtrent handhaving en bevoegdheden van toezichthouders.

- Zo stelt hij voor om toezichthouders de bevoegdheid te geven om technologische transparantie af te dwingen en via een structurele maatregel in te grijpen in de ondernemingsstructuur.
- Daarnaast stelt hij voor om het verzamelen van data door derden te laten onderzoeken en verbieden door de ACM.
- Tot slot pleit het lid Verhoeven voor het verhogen van de huidige boetemaxima,⁶ en voor een plicht voor de toezichthouder om bij een marktaandeel van meer dan 50% te onderzoeken of dit aandeel eerlijk verworven is.

De bevoegdheden die de heer Verhoeven voorstelt zien vooral op effectief optreden door toezichthouders bij platforms. Het gaat hierbij allereerst om het effectief kunnen ingrijpen bij overtredingen van het mededingingsrecht. De aanpassingen in de richtsnoeren, zoals hierboven beschreven, helpen toezichthouders hierbij. Tegelijkertijd moeten toezichthouders toegang hebben tot de informatie die nodig is voor de uitvoering van hun taken, bijvoorbeeld wanneer ze een concrete misbruikzaak onderzoeken. Hierbij is in de digitale economie ook inzicht in de data die een onderneming bezit, belangrijk. Op grond van de toezichtsbevoegdheden in de Algemene Wet Bestuursrecht (Awb) hebben toezichthouders de mogelijkheid om inzage te vorderen van relevante stukken, voor zover dat redelijkerwijs nodig is voor de vervulling van hun taak.⁷ Daarmee kan de ACM in dergelijke gevallen ook stukken opvragen die bijdragen aan technologische transparantie.

Verder is het, zoals de heer Verhoeven aangeeft, goed dat toezichthouders bij overtredingen van het mededingingsrecht of bij fusies kunnen ingrijpen in de ondernemingsstructuur als dit nodig is om voldoende concurrentie en keuzevrijheid te borgen. De ACM en de Europese Commissie hebben hier reeds mogelijkheden voor. Zo kunnen ze een fusie of concentratie goedkeuren op voorwaarde dat de fuserende ondernemingen een bepaald bedrijfsonderdeel afstoot. Dezelfde soort structurele maatregelen kunnen in principe worden opgelegd wanneer een bedrijf zijn dominante marktpositie misbruikt. Wanneer noodzakelijk, zou de ACM of de Commissie in een concrete casus het verzamelen van data door derden kunnen onderzoeken en eventueel kunnen verbieden.

Dit ingrijpen in de ondernemingsstructuur wordt in de praktijk ook door mededingingstoezichthouders gebruikt. Een voorbeeld hiervan zijn maatregelen, die de Europese Commissie heeft geëist in een zaak tegen Google.⁸ Zo heeft

⁶ Het lid Verhoeven betoogt in zijn initiatiefnota dat de boetemaxima in het mededingingstoezicht verhoogd zouden moeten worden. De boete voor een eerste overtreding zou volgens het lid Verhoeven 25% van de jaaromzet moeten bedragen, een tweede overtreding 50% en na een derde overtreding zou een onderneming niet meer op de Europese interne markt actief mogen zijn.

⁷ Art 5:13, 5:17, 5:18, 5:20 Awb.

⁸ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40099

Google naar aanleiding van ingrijpen door de Europese Commissie aangekondigd dat gebruikers van Android wordt gevraagd of ze andere browsers of zoekmachines dan die van Google willen installeren. Hiermee grijpt de Europese toezichthouder in op het bedrijfsbeleid. Dit is vaak effectiever dan het opleggen van hoge boetes. Een dergelijke maatregel leidt tot aanpassing van het ongewenste marktgedrag. Daarnaast kan dit evenzeer ingrijpen op de winst van een onderneming en tot aanpassing van het ongewenste marktgedrag leiden.

Verder zijn in Nederland de wettelijke boetemaxima per 1 juli 2016 verhoogd. De maximale boetes die de ACM kan opleggen, zijn daarmee in veel gevallen hoger dan de boetes die toezichthouders in andere Europese landen kunnen opleggen. Verdere verhoging van de Nederlands boetemaxima acht ik dan ook niet noodzakelijk. Daarnaast kan het volledig weren van een platform na de derde mededingingsovertreding zeer negatieve gevolgen hebben voor zowel ondernemers als consumenten die van het platform gebruik maken. Ondernemers profiteren van platforms doordat ze gemakkelijk toegang hebben tot een groot publiek en consumenten kunnen veel producten op één plaats gemakkelijk vergelijken. Het weren van platforms kan deze voordelen teniet doen.

Naast handhaving via het mededingingsrecht vind ik net als de heer Verhoeven het voor het effectief optreden van toezichthouders belangrijk dat extra eisen kunnen worden opgelegd aan platforms waar ondernemers en/of consumenten niet meer omheen kunnen. Het lid Verhoeven stelt voor om de toezichthouder te verplichten om bij een marktaandeel van meer dan 50% te onderzoeken of dit aandeel eerlijk verworven is. In mijn brief over de toekomstbestendigheid van het mededingingsinstrumentarium in relatie tot online platforms stel ik een iets andere uitwerking voor. Mij staat een aanvullende bevoegdheid voor ogen, op basis waarvan een toezichthouder aan bedrijven met een poortwachtersfunctie extra eisen zoals toegang tot data op kan leggen. De toezichthouder zal kritisch gaan kijken naar platforms waar ondernemers en/of consumenten niet omheen kunnen. Daarmee kijken toezichthouders naar de grote platforms en worden de problemen die het lid Verhoeven in zijn initiatiefnota signaleert, effectief aangepakt.

Tot slot

Het is belangrijk om een heldere Nederlandse beleidsinzet ten aanzien van een toekomstbestendig mededingingsinstrumentarium uit te dragen in Europa. In de brief "Toekomstbestendigheid van het mededingingsbeleid in relatie tot online platforms" die ik uw Kamer heb gestuurd – de basis voor mijn beleidsinzet.

Hoogachtend,

mr. drs. M.C.G. Keijzer
Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat