

Vergaderjaar 2016–2017

24 036

Marktwerving, deregulering en wetgevingskwaliteit

Nr. 418

BRIEF VAN DE MINISTER VAN ECONOMISCHE ZAKEN

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 10 juli 2017

In deze brief geef ik invulling aan een aantal toezeggingen op het terrein van mededingingsbeleid en -toezicht. Het betreft de toezegging die ik gedaan heb in het AO Raad voor Concurrentievermogen van 23 mei jl. (Kamerstuk 21 501-30, nr. 405) om uw Kamer een overzicht te geven van de bevoegdheden van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) in relatie tot het richtlijnvoorstel versterken bevoegdheden nationale mededingingsautoriteiten. Voorts betreft het de toezegging om in te gaan op de mogelijkheid om beleidsregels te kunnen blijven opstellen voor de ACM indien hetzelfde richtlijnvoorstel als wetgeving van kracht zou worden. Daarnaast geef ik in deze brief invulling aan de toezegging die ik aan het voormalige lid Mei-Li Vos (PvdA) heb gedaan in het AO Ondernemen en Bedrijfsfinanciering van 7 december 2016 (Kamerstuk 32 637, nr. 272) om met de ACM in gesprek te gaan over de verhouding tussen grote en kleine ondernemingen op online markten. Verder bied ik u met deze brief een onderzoeksrapport aan dat ik heb laten opstellen naar «big data» en mededinging¹, voorzien van mijn reactie. Daarmee geef ik tevens invulling aan het genoemde voornemen in de brief «Aanbieding rapport expertgroep big data en privacy» om nader onderzoek te verrichten naar marktimperfecties die kunnen ontstaan bij toenemend gebruik van data.²

Richtlijnvoorstel versterken bevoegdheden nationale mededingingsautoriteiten

De Europese Commissie heeft in maart 2017 voorgesteld de bevoegdheden van nationale mededingingsautoriteiten te versterken. In het BNC-fiche dat mijn collega van Buitenlandse Zaken uw Kamer 26 april jl. over dit onderwerp heeft laten toekomen, schreef het kabinet dat het nog

¹ Raadpleegbaar via www.tweedekamer.nl

² Kamerstuk 33 009, F.

onduidelijk is wat dit voorstel betekent voor nationale regelgeving.³ Naar aanleiding van de eerste besprekingen tussen de lidstaten en de Commissie over het voorstel is die duidelijkheid toegenomen.

De bestaande bevoegdheden van de ACM lijken door het voorstel hooguit in beperkte mate geraakt te zullen worden. In de bijlage bij deze brief vindt u een overzicht van de voorgestelde bepalingen uit de richtlijn en mijn huidige inschatting of hier voor Nederland (materieel) gevolgen uit voort zouden kunnen vloeien⁴. Als gevolg van de besprekingen over het voorstel en de daarop volgende onderhandelingen is het goed mogelijk dat de uiteindelijke richtlijnbevestigingen er wat anders uit zullen zien. Ik vind het van belang dat het voorstel niet leidt tot een inperking van de huidige bevoegdheden van de ACM. Ook vind ik het van belang dat we nationaal bevoegd blijven om te beslissen over de organisatorische en institutionele inrichting van de ACM. Daar blijf ik in de loop van het verdere proces scherp op.

De vraag of het met het richtlijnvoorstel mogelijk blijft om generieke beleidsregels voor de ACM vast te stellen, heb ik aan de Commissie voorgelegd. De Commissie heeft mij verzekerd dat de richtlijn geen afbreuk doet aan de bevoegdheid van lidstaten algemene beleidsregels voor mededingingsautoriteiten op te stellen, zolang die maar in lijn zijn met de Europese mededingingsregels waar ook het voorliggende richtlijnvoorstel bij aanhaakt. Hoewel bemoedigd door de verzekering door de Commissie heb ik nog wel enige twijfels of het betreffende artikel in het voorstel ook zo gelezen zal worden door de rechter. Ik ga daarom deze zomer verder het gesprek hierover aan met de Commissie.

Verder heb ik met diverse andere landen, waaronder Duitsland en Frankrijk, bij de Commissie aangegeven dat het minimumkarakter van de voorgestelde bepalingen niet altijd even duidelijk uit het richtlijnvoorstel blijkt. Enkele bepalingen lijken de bewegingsruimte van de lidstaten dusdanig sterk in te perken, dat het de vraag is in hoeverre er nog sprake is van een minimumkarakter. Het brede verzoek aan de Commissie is daar in het voorstel duidelijkheid over te geven. De verwachting is dat de Commissie hier aan tegemoet zal komen.

De komende maanden zullen de artikelen van het richtlijnvoorstel verder besproken worden tussen de lidstaten en de Commissie. Het Estse voorzitterschap heeft aangegeven dat er op basis van die besprekingen dit najaar een aangepast voorstel zal komen.

Onderzoek big data en mededinging

In de digitale economie zijn er ondernemingen die beschikken over veel data. Naast het beschikbaar komen van veel data, nemen ook de verscheidenheid en analyse- en gebruiksmogelijkheden van data toe. Hierbij wordt ook wel gesproken over «big data». Deze data maken het mogelijk voor ondernemingen om consumenten gerichter te bedienen, bijvoorbeeld door producten en diensten te tonen die aansluiten op de behoefte van de consument. Deze data zouden echter ook invloed kunnen hebben op het concurrentieproces in de digitale economie. Om meer te weten te komen over de relatie tussen data en mededinging, heb ik onderzoek laten doen. Het onderzoek is verricht door onderzoeksbureau Ecorys. Met deze brief informeer ik uw Kamer over de uitkomsten van het onderzoek, voorzien van mijn reactie.

³ Kamerstuk 22 112, nr. 2339

⁴ Raadpleegbaar via www.tweedekamer.nl

Resultaten

In het onderzoek is achtereenvolgens gekeken naar de factoren die bepalen of data bijdragen aan marktmacht, de mogelijke schadelijke gevolgen van datagerelateerde marktmacht voor de mededinging en voor consumenten, en de rol van het mededingingsbeleid en -toezicht.

Data en marktmacht

Ecorys concludeert dat data kunnen bijdragen aan marktmacht en geeft aan dat marktmacht waarschijnlijker is als:

1. Data exclusief in bezit van een enkele partij zijn, waardoor concurrenten er niet over kunnen beschikken.
2. Data tot leereffecten leiden, waardoor meer data betekent dat het product of de dienst verbetert. Dit maakt het product of de dienst aantrekkelijker voor consumenten en, in geval van een platform, voor aanbieders die gebruikmaken van het platform.
3. Data worden gebruikt om interacties te faciliteren. Hoe beter dit lukt, des te meer bedrijven kunnen profiteren van zogeheten netwerkeffecten: een sneeuwbal effect waarbij meer gebruikers en interacties leiden tot een nuttiger netwerk, dat weer tot meer gebruikers en interacties leidt.
4. Naast data ook schaarse kennis en middelen zoals een goed algoritme nodig zijn om de data te kunnen verwerken. Als de onderneming de enige is met een goed algoritme, dan is het voor concurrenten ook mét geschikte data lastig om te concurreren.
5. Het onmogelijk is via een ander bedrijfsmodel dan op basis van de data te concurreren met de onderneming die over de data beschikt.

Gevolgen voor mededinging

Marktmacht is volgens Ecorys niet per se schadelijk. Als marktmacht substantieel en langdurig is, dan kan marktmacht als gevolg van data echter tot schadelijke effecten leiden. Zo kan marktmacht in datagedreven markten net als in andere markten leiden tot hoge prijzen en minder innovatie en kunnen concurrenten worden uitgesloten. Specifiek voor datagedreven markten is dat marktmacht kan leiden tot minder privacy- en consumentenbescherming. Verder noemt Ecorys de mogelijkheid dat een onderneming als gevolg van de data die hij over consumenten bezit, aan elke consument een persoonlijke prijs vraagt. Tot slot kunnen data kartelvorming vergemakkelijken, bijvoorbeeld door algoritmen zo te programmeren dat prijzen op elkaar worden afgestemd.

Ecorys geeft echter aan dat er weinig mededingingszaken zijn geweest waarin schade voor consumenten en concurrenten door datagerelateerd misbruik van marktmacht is aangetoond. In de praktijk lijkt persoonlijke prijsstelling en algoritmische kartelvorming volgens Ecorys (nog) vrijwel niet of niet voor te komen. Ook zijn de welvaartseffecten van persoonlijke prijzen van tevoren niet duidelijk. Voor bepaalde consumenten kan de prijs lager zijn waardoor ze een product dat ze eerst niet kochten nu wel kopen. Voor andere consumenten kan de prijs juist hoger zijn.

Rol mededingingsbeleid en -toezicht

Mochten de bovengenoemde problemen zich echter wel voordoen, dan is volgens Ecorys het mededingingsrecht flexibel genoeg om toe te passen op misbruik van marktmacht verkregen door data. Er is geen aanleiding om het mededingingsbeleid aan te passen. Uitzondering zijn volgens Ecorys de drempels die worden gehanteerd waarboven ondernemingen een fusie moeten melden bij de Europese Commissie (hierna:

Commissie). Deze drempels zijn gebaseerd op de omzet van de fuserende ondernemingen. Maar ondernemingen in de digitale economie kunnen een ander verdienmodel hebben waarbij ze bijvoorbeeld over veel waardevolle data beschikken maar (nog) een relatief lage omzet hebben. Fusies tussen dergelijke ondernemingen worden nu mogelijk te weinig beoordeeld door de Commissie omdat de ondernemingen de omzetdrempels voor aanmelding van de fusie niet overschrijden. Ecorys acht dit onwenselijk en beveelt daarom aan de drempels ook te baseren op de waarde van een fusie.

Niet alleen het mededingingsrecht kan worden gebruikt om mogelijke problemen aan te pakken. Een aantal van de mogelijke problemen kan worden aangepakt via privacy- en consumentenbeschermingsreggeving. Veel instrumenten zijn dus al voorhanden, waarbij er een interactie kan ontstaan tussen de verschillende typen regelgeving. Ecorys concludeert dan ook dat vraagstukken vanuit verschillende perspectieven kunnen worden bekeken en regelgeving op het ene gebied het andere kan beïnvloeden. Zo kan privacyregelgeving effect hebben op de mededinging en andersom. Dit vergt ook samenwerking tussen de verschillende toezichthouders.

Marktmacht zou volgens de onderzoekers in specifieke markten ook kunnen worden verminderd via ex ante regelgeving zoals verplichte datadeling. Dit kan echter ook nadelige effecten hebben. Ecorys geeft aan dat dergelijke maatregelen innovatie juist kunnen belemmeren en hoge uitvoeringslasten kunnen opleveren. Ex ante regelgeving behoeft daarom zorgvuldige verkenning voordat dit wordt overwogen.

Ecorys stelt dat het belangrijk is dat digitale markten betwistbaar blijven en dat dit het doel van beleid moet zijn. Belangrijk hierbij is om kennis op te blijven bouwen om bedrijven in de digitale economie die veel gebruik maken van data en algoritmen te kunnen doorgronden. Om toetreding te stimuleren noemt Ecorys de optie om startups experimenteerterruimte te geven, bijvoorbeeld via een «regulatory sandbox» waarbij kleine ondernemingen en toezichthouders gezamenlijk afspraken maken over de toepassing van regelgeving.

Beleidsreactie

Het onderzoek toont aan dat data kunnen bijdragen aan marktmacht. Het onderzoek geeft echter ook aan dat marktmacht op zich niet per se schadelijk is en dat er nog weinig bewijs is voor misbruik van marktmacht met data. Het aanpakken van misbruik kan reeds via het mededingingsrecht, en soms ook via consumentenbeschermings- en privacyregelgeving. Het rapport geeft dan ook geen directe aanleiding om het beleid aan te passen. Wel wordt door Ecorys in overweging gegeven de meldingsdrempels voor fusies te veranderen. Op dit moment wordt het nut en de noodzaak daarvan door de Commissie onderzocht. Nederland heeft eerder per brief aan de Commissie laten weten de Commissie te steunen in haar voorstel de effectiviteit van de op omzet gebaseerde drempels te onderzoeken.⁵ Eventuele maatregelen rondom de meldingsdrempels moeten in Europees verband worden genomen. Ik wacht dan ook de analyse en eventuele voorstellen van de Commissie op dit terrein af.

Om een goede toepassing van bestaand beleid in de digitale economie te realiseren is ook interactie tussen de verschillende beleidsterreinen nodig, zoals mededinging en consumentenbescherming. Samenwerking zowel in

⁵ Kamerstuk 22 112, nr. 2259.

beleid als toezicht is belangrijk om problemen effectief aan te kunnen pakken. Nederland heeft hierbij het voordeel dat met de ACM de mededingings- en consumentenbeschermingstoezichthouder onder één dak zitten. Ook samenwerking tussen de ACM en de Autoriteit Persoonsgegevens (hierna: AP) is in deze context van belang. De ACM en AP hebben ook een samenwerkingsprotocol ten behoeve van een effectieve samenwerking, o.a. waar toezichtsbevoegdheden kunnen overlappen.

Tot slot deel ik de opvatting van Ecorys dat startups een belangrijke rol kunnen spelen in het betwisten van dominantie posities die op markten kunnen ontstaan. Naast het huidige beleid dat startups kan helpen, zie ik in het rapport echter geen aanleiding extra beleid daartoe te maken. Hoewel het onderzoek dus geen concrete aanleiding geeft voor beleidsveranderingen, is het van belang de snelle ontwikkelingen in de markt te volgen en om kennis op dit gebied te blijven opdoen. In het onderzoek zie ik dan ook aanleiding om verder in gesprek te gaan met specialisten op dit gebied. Snel veranderende digitale markten vergen blijvende aandacht van beleidsmakers en toezichthouders om het belang van betwistbaarheid van markten te borgen. Betwistbare markten dragen bij aan innovatie en goede prijs-kwaliteitverhouding van producten en diensten voor consumenten. Ik zet me ervoor in het mededingingsbeleid en het toezichtinstrumentarium houdbaar te houden zodat ook in nieuwe markten ondernemingen hun positie niet misbruiken en zo de consument benadelen.

Verhouding grote en kleine online spelers

Het voormalige lid Mei-Li Vos (PvdA) vroeg in het AO Ondernemen en Bedrijfsfinanciering van 7 december 2016 (Kamerstuk 32 637, nr. 272) aandacht voor de verhouding tussen grote en kleine ondernemingen op online markten. Zij vroeg of de overheid iets aan de macht van grote spelers zou moeten doen. Tijdens het AO Ondernemen en Bedrijfsfinanciering heb ik aangegeven dat ACM als onafhankelijk toezichthouder op de naleving van de Mededingingswet primair aan zet is als zich concurrentieproblemen voordoen. Voorts heb ik toegezegd dit vraagstuk met de ACM te bespreken.

Online platforms bieden kansen voor kleine ondernemers. Zo kan een ondernemer via een platform een veel groter publiek bereiken dan via zijn offline verkoopkanaal of eigen website. Dergelijke platforms zijn aantrekkelijker voor consumenten en aanbieders als er meer andere consumenten en aanbieders gebruikmaken van het platform. Dit kan ervoor zorgen dat deze platforms een hoog marktaandeel verkrijgen en steeds meer kleine ondernemers zich bij het platform willen aansluiten. De Europese Commissie heeft recentelijk in haar «E-commerce sector inquiry» (COM 2017, 229) gekeken naar de rol van platforms voor het online aanbieden van goederen of diensten. Uit dit onderzoek blijkt dat, hoewel de rol van platforms toeneemt, de eigen website door ondernemers als het belangrijkste online verkoopkanaal wordt gezien. Specifiek voor Nederland verkoopt 21 procent van de ondervraagde retailers via een platform. In zijn algemeenheid geldt niet dat platforms te veel macht hebben en voor een concurrentieprobleem zorgen. In specifieke gevallen kan dat anders zijn. De ACM heeft daar de mogelijkheid om op basis van de Mededingingswet op te treden tegen misbruik van een economische machtspositie. Het verbod op misbruik van een machtspositie geldt ook op online markten. De ACM kijkt in de beoordeling naar de effecten van misbruik op de concurrentie tussen bedrijven en de effecten op de consument. Er kunnen volgens de ACM met name problemen ontstaan als consumenten nadeel ondervinden door gebrekkige concurrentie.

Naast de mogelijkheden die het mededingingsrecht biedt om misbruik van marktmacht aan te pakken, onderzoekt de Europese Commissie momenteel verdere acties om oneerlijke handelspraktijken tussen platforms en ondernemers die het platform gebruiken om goederen of diensten aan te bieden te voorkomen. Door de opkomst van platforms en het toenemende belang daarvan voor het aanbieden van goederen of diensten ontstaan steeds meer relaties tussen ondernemers die gebruikmaken van platforms met het platform. In haar mededeling inzake een evaluatie van de Digitale Interne Markt Strategie (COM 2017, 228) geeft de Commissie aan dat sommige platforms handelspraktijken hanteren die een nadelig effect hebben op de positie van aanbieders op het platform. Het is nog onduidelijk aan welke verdere acties de Commissie denkt.

De Minister van Economische Zaken,
H.G.J. Kamp