

Digitale economie en mededingingsrecht: *plus est en vous?*

Pieter Van Cleynenbreugel¹

I. Inleiding	896
II. De digitale economie en de grenzen van het materiële mededingingsrecht	898
A. De digitale economie vraagt meer nuance in de toepassing van het bestaand mededingingsrecht	898
a. <i>Uitgangspunt: flexibele mededingingsrechtelijke normen geënt op (te?) klassieke economische principes</i>	899
b. <i>Nuance I: digitale economiespelers als meerzijdige markten vereisen bijzondere aandacht</i>	900
c. <i>Nuance II: meer mededinging “voor” in plaats van “op” de markt heeft impact op het belang van marktaandelen in mededingingsanalyses</i>	900
d. <i>Nuance III: onduidelijkheid over de omstandigheden waarin concurrentie voor een markt verhinderd, beperkt of vervalst wordt</i>	901
e. <i>Nuance IV: groter gevaar voor “marktdodende” (killer) praktijken die thans niet door het mededingingsrecht aangepakt kunnen worden</i>	901
f. <i>Nuance V: online platformen zijn steeds vaker gebruikers, maar ook hoeders van “big data” en dat vereist mogelijk meer regulering</i>	901
g. <i>Uitdagingen voor de toepassing van het klassiek mededingingsrecht in de digitale economie?</i>	902
B. Misbruik van een dominante positie in de praktijk van de digitale economie: recht in beweging?	903
a. <i>Problemen van marktafbakening en marktdominantie</i>	903
i. <i>Marktafbakening</i>	904
ii. <i>Parameters van dominantie op een markt</i>	905
b. <i>Problemen van misbruik van machtspositie</i>	906
c. <i>Problemen van toekomstig mogelijk misbruik: de concentratiecontroleregels</i>	907
C. De eerder traditionele praktijk van mededingingsbeperkend gedrag in de digitale economie	908
a. <i>Mededingingsbeperkende afspraken in de digitale economie?</i>	908
b. <i>Blokketentechnologieën en artificiële intelligentie: nieuwe grenzen aan artikel 101 VWEU?</i>	909
D. Naar aanvullend aangepaste handhavingsskaders?	909
III. Besluit	910

SAMENVATTING

De digitale economie beïnvloedt onze manier van leven steeds sterker. Online platformen zoals zoekmachines en sociale netwerken worden door steeds meer mensen gebruikt en verzamelen op die manier op ongeziene schaal data. Daardoor verwerven die spelers ook een aanzienlijke hoeveelheid invloed. Het hoeft dan ook niet te verbazen dat ook het mededingingsrecht steeds meer aandacht besteedt aan het marktgedrag van deze ondernemingen. Google, Amazon, Booking.com maar ook kleinere digitale spelers komen steeds prominenter in het vizier van mededingingsautoriteiten overal ter wereld omwille van hun vermoed mededingingsbeperkende praktijken en misbruik van een economische machtspositie. Daardoor worden ook fundamentele vragen gesteld over de geschiktheid van de bestaande rechtsregels en handavingsstructuren om mededingingsbeperkend gedrag in de digitale economie adequaat aan te pakken. Voorstellen tot aangepaste regelgeving, nieuwe toezichtstructuren en sanctiemechanismen zien dan ook in toenemende mate het licht. Deze bijdrage analyseert de (soms problematisch geachte) toepassing van het (Europees) mededingingsrecht in de digitale economie en geeft een overzicht van de voorstellen tot hervorming die thans voorliggen.

¹ Professor Europees economisch recht en Directeur, Liège Competition and Innovation Institute, Universiteit van Luik ; gasthoogleraar mededingingsrecht, Université Paris-Dauphine, pieter.vancleynenbreugel@uliege.be. De auteur schreef samen met Nicolas Petit (Europees Universitair Instituut, Firenze) in opdracht van de Fédération Internationale pour le Droit Européen (FIDE) een algemeen rapport over “Competition law and the digital economy” naar aanleiding van het 19de FIDE-Congres dat zal doorgaan in 2021 te Den Haag. Dat Engelstalig rapport is gratis beschikbaar online via de volgende link: www.boomdenhaag.nl/webshop/eu-competition-law-and-the-digital-economy-protecting-free-and-fair-competition-in-an-age-of-technological-revolution.

RÉSUMÉ

L'économie numérique a véritablement conquis nos habitudes quotidiennes. Des plateformes en ligne, y compris des moteurs de recherche et des réseaux sociaux, sont utilisées par un nombre croissant de particuliers. Une telle croissance permet à ces plateformes de récolter des données à une échelle préalablement inimaginable, ce qui leur permet également d'influencer profondément le comportement des utilisateurs. Il ne peut dès lors pas étonner que le droit de la concurrence se soit intéressé aux comportements de ces entreprises. Par conséquent, Google, Amazon, Booking.com mais également de plus petits acteurs de l'économie numérique ont fait l'objet d'enquêtes et de décisions ciblant des comportements anticoncurrentiels ou abusifs, menées par des différentes autorités de la concurrence en Europe et dans le reste du monde. Ces enquêtes et décisions ont suscité de nouveaux débats doctrinaux quant à la pertinence des règles de droit de la concurrence en vigueur et des mécanismes de leur mise en œuvre adéquate. Sont issues de ces débats plusieurs propositions de modification des règles ou modalités de sanction en vigueur. Cet article a pour objectif de synthétiser et d'analyser l'application (considérée comme problématique) du droit (européen) de la concurrence dans le contexte de l'économie numérique, tout en dressant le panorama des propositions de réforme actuellement en cours à cet égard.

I. INLEIDING

Het kan moeilijk ontkend worden dat de digitale economie onze manier van leven grondig beïnvloedt.² De aantrekkingskracht van sociale netwerken, online zoekmachines en online aankopen speelt daarbij een belangrijke rol. Sinds 2015 besteedt de Europese Commissie dan ook bijzondere aandacht aan deze nieuwe spelers. Dat is nodig volgens de Commissie, omdat die actoren een potentieel sterke invloed kunnen uitoefenen op het (markt- of koop)gedrag van hun gebruikers.³

Gelet op de verscheidenheid aan actoren en activiteiten, is het moeilijk gebleken de digitale economie onder een algemene definitie te vatten. In de context van deze bijdrage begrijpen wij onder digitale economie het geheel van economische actoren en transacties die verband houden het aanbieden van goederen en diensten langs online weg, waarbij bovendien rechtstreeks of onrechtstreeks persoonsgegevens verzameld worden van de gebruikers van die diensten.⁴ Die diensten worden vaak – maar zeker niet exclusief – aangeboden door zogeheten online platformen. Online platformen strekken zich uit over zoekmachines (zoals Google) tot online koopplatformen (waaronder Amazon) en sociale netwerken (met Facebook als bekendste voorbeeld) en omvatten zowel grote Amerikaanse bedrijven als kleinere, lokale actoren.⁵

In het kader van haar strategie voor de Digitale Interne Markt heeft de Commissie zich voorgenomen de activiteiten van online platformen nauw te volgen en in te grijpen in geval van mededingingsbeperkend gedrag. Het instrument bij uitstek om dat te doen is het mededingingsrecht. Het mededingingsrecht bestaat traditioneel zowel uit regels die de vrije als de eerlijke mededinging moeten garanderen.⁶ De eerste categorie omvat een verbod op restrictieve gedragingen en op het maken van misbruik van een economische machtspositie. Artikelen 101 en 102 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) alsook artikelen IV.1 en IV.2 van het Belgisch Wetboek economisch recht (WER) omvatten dergelijke verboden. Daarnaast kennen zowel het Europees als het Belgisch mededingingsrecht bijzondere bepalingen met betrekking tot concentraties (fusies, splitsingen en andere wijzigingen in de controle over een onderneming): dergelijke transacties moeten voorafgaand aan hun uitvoering worden aangemeld bij de Europese Commissie of de bevoegde nationale mededingingsautoriteit, die vervolgens de transactie zal moeten beoordelen op basis van het eventuele toekomstige gevaar voor een vermindering van de mededinging. Slechts na goedkeuring ervan mag de transactie doorgezet worden.⁷ Het Belgisch recht vult deze bovendien aan met verbodsbepalingen inzake het misbruik maken van economische

² Aldus J. VAN DIJCK, T. POELL en M. DE WAAL, *The platform society – public values in an interconnected world*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 240 p.

³ Mededeling van de Europese Commissie van 25 mei 2016 aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's, Online platforms en de digitale eengemaakte markt Kansen en uitdagingen voor Europa, COM/2016/0288 final, punt 4, beschikbaar op www.eur-lex.eu.

⁴ Cf. de analyse van digitale markten van de Europese Commissie in de context van het voorstel om een belasting te heffen op bepaalde digitale diensten, www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_17_3341.

⁵ Zie voor die definitie overw. 3 van de Commissiebeschikking van 26 april 2018 on setting up the group of experts for the Observatory on the Online Platform Economy, enkel in het Engels beschikbaar via www.ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/commission-decision-group-experts-observatory-online-platform-economy.

⁶ Zie daarvoor, J. STUYCK, "Eerlijke handelspraktijken en kartelrecht", *Jb.Hand.* 1987, 26.

⁷ Zie, op Europees niveau, verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de "EG-concentratieverordening") (*Pb.* L. 29 januari 2004, afl. 24, p. 1). De Belgische concentratiecontrolewetgeving is terug te vinden in art. IV.6 tot IV.11 WER.

afhankelijkheid van ondernemingen (art. IV.2/1 WER). Die laatste categorie sluit zich al meer aan bij een tweede categorie van rechtsregels, die de eerlijke mededinging tussen ondernemingen moeten garanderen. Die bepalingen omvatten in de eerste plaats regels betreffende eerlijke marktpraktijken (zie Boek VI WER).

De Europese Commissie hanteert als uitgangspunt van haar platformstrategie dat de bestaande regels inzake bescherming van de mededinging voldoende ruim en flexibel zijn om ook zonder problemen toepassing te vinden op ondernemingen actief in de digitale economie. Niettemin houdt de Commissie de mogelijkheid open om bijkomende regels op te stellen indien noodzakelijk. Vooralsnog maakte de Commissie enkel in de context van de eerlijke mededinging gebruik van haar bevoegdheden in dat verband. Zo werden nieuwe regels opgelegd aan platformen en zoekmachines om transparantie van hun activiteiten te garanderen door middel van verordening nr. 2019/1150. Die bepalingen dienen te vermijden dat platformen oneerlijk handelen jegens professionele gebruikers van hun diensten.⁸

In tegenstelling tot de regels inzake eerlijke mededinging, worden de regels inzake vrije mededinging tot nog toe onverkort toegepast op de digitale economie. Op het eerste gezicht lijkt die toepassing ook weinig tot geen problemen op te leveren en net zeer nuttig en nodig te zijn. Gebruik makend van haar bevoegdheden heeft de Europese Commissie niet gearzeld hoge boetes op te leggen aan online marktspelers die de Europese mededingingsregels niet respecteerden. Voornamelijk Google mocht het in dat verband ontgelden. De Commissie legde maar liefst drie boetes op voor het misbruik maken van een dominante positie. In 2017 werd Google een boete opgelegd van 2,42 miljard euro omdat het de eigen online koopservice bewust bevoordeelde in de

zoekresultaten, ten nadele van andere online koopplatformen (*Google Shopping*).⁹ In 2018 kreeg Google een boete van 4,34 miljard euro wegens het verplicht opleggen van het android besturingssysteem en de internetbrowser Chrome aan fabrikanten van smartphones, dit ten nadele van andere browsers en besturingssystemen (*Google Android*).¹⁰ In 2019 kreeg Google ten slotte een boete opgelegd van 1,49 miljard euro voor het misbruik maken van haar dominante positie bij het onderhandelen van exclusiviteitsvereisten in publiciteitscontracten met adverteerders die hun product via de Google zoekmachine online wensten te promoten (*Google AdSense*).¹¹ Google ging tegen deze beslissingen in beroep bij het Gerecht van de Europese Unie, waar het nu wachten is op een uitspraak.¹² Ook Amazon maakt tegenwoordig het voorwerp uit van een onderzoek door de Europese Commissie en zou daarbij een boete riskeren van 25 miljard euro.¹³ Daarnaast werd Facebook beboet door de Commissie voor het geven van misleidende informatie naar aanleiding van het onderzoek van de verwerving van de controle door Facebook van Whatsapp.¹⁴ Bovendien verplichtte de Duitse Mededingingsautoriteit – het *Bundeskartellamt* –, geruggesteund door het *Bundesgerichtshof*¹⁵ – Facebook om persoonsgegevens niet langer op bepaalde manieren te verwerven, te combineren en te gebruiken omdat dit een misbruik van machtspositie naar Duits mededingingsrecht zou uitmaken.¹⁶ Niet alleen de platformen zelf, maar ook producenten van platformtechnologie werden op die manier beboet. Het technologiebedrijf Qualcomm werd eveneens beboet voor 997 miljoen euro en 242 miljoen euro, telkens voor misbruik van een dominante economische positie in de markt voor chips gebruikt in de productie van smartphones.¹⁷ Deze boetes en onderzoeken laten zien dat de Commissie – evenals de nationale mededingingsautoriteiten – zich bewust zijn van mededingingsbeperkende praktijken

- ⁸. Zie verordening (EU) nr. 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten (*Pb. L.* 11 juli 2019, afl. 186, p. 59).
- ⁹. Besluit van de Commissie van 27 juni 2017 inzake een procedure op grond van artikel 102 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en artikel 54 van de EER-overeenkomst (zaak AT.39740, *Google Search (Shopping)*) (*Pb. C.* 12 januari 2018, afl. 9, p. 11). De authentieke Engelstalige beschikking is beschikbaar via www.ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf (hierna *Google Shopping*).
- ¹⁰. Besluit van de Commissie van 18 juli 2018 inzake een procedure op grond van artikel 102 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en artikel 54 van de EER-overeenkomst (zaak AT.4009, *Google Android*) (*Pb. C.* 28 november 2019, afl. 402, p. 19). De authentieke Engelstalige beschikking is beschikbaar via www.ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40099/40099_9993_3.pdf (hierna *Google Android*).
- ¹¹. Besluit van de Commissie van 20 maart 2019 inzake een procedure op grond van artikel 102 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en artikel 54 van de EER-overeenkomst (zaak AT.40411, *Google Search (AdSense)*), nog niet gepubliceerd. Een synopsis van de beslissing kan gevonden worden via www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/nl/IP_19_1770 (hierna *Google AdSense*).
- ¹². Zie Ger.EU, hangende zaken T-612/17 (*Google Shopping*), T-604/18 (*Google Android*) en T-334/19 (*Google AdSense*), te volgen op www.curia.eu.
- ¹³. Zie voor de aankondiging van de opening van het onderzoek naar Amazon, www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/nl/IP_19_4291.
- ¹⁴. Zie daarvoor www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1369.
- ¹⁵. Bundesgerichtshof (BGH), Beschluss des Kartellsenats vom 23 Juni 2020 – KVR 69/19, ook beschikbaar via www.juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2020&nr=107197&linked=bes&Blank=1&file=dokument.pdf.
- ¹⁶. Zie de beslissing van het Bundeskartellamt via www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=8; een Engelstalige samenvatting is tevens beschikbaar via www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=4.
- ¹⁷. Besluit van de Commissie van 24 januari 2018 inzake een procedure op grond van artikel 102 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en artikel 54 van de EER-overeenkomst (zaak AT.40220, *Qualcomm (exclusiviteitsbetalingen)*) (*Pb. C.* 31 juli 2018, afl. 269, p. 25); de authentieke Engelstalige versie van de beschikking is beschikbaar via www.ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40220/40220_2702_4.pdf. Besluit van de Commissie van 18 juli 2019 inzake een procedure op grond van artikel 102 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en artikel 54 van de EER-overeenkomst (zaak AT.39711, *Qualcomm (afbraakprijzen)*) (*Pb. C.* 6 november 2019, afl. 375, p. 25). De volledige beschikking is nog niet openbaar gemaakt.

in de digitale economie en daarbij niet aarzelen om technologiegiganten indien nodig op hun verplichtingen te wijzen en te bestraffen.

Mede door die ontwikkelingen en de hoge boetes die worden opgelegd, is er in belangrijke mate kritiek gerezen op deze aanpak. Vanuit de rechtsleer wordt betoogd dat de manier waarop de mededingingsregels geïnterpreteerd werden, ertoe zou kunnen leiden dat praktijken die niet mededingingsbeperkend zijn, toch verboden zouden worden.¹⁸ Volgens diezelfde rechtsleer zijn de bestaande rechtsregels in hun huidige interpretatie onvoldoende geschikt om de specificiteit van de digitale economie te vatten.¹⁹ Aangepaste of bijkomende rechtsregels zouden dan ook nodig kunnen zijn.²⁰ Om aan die kritieken tegemoet te komen werden dan ook, zowel op nationaal als op Europees niveau, reflectiegroepen opgezet die bepaalde voorstellen tot verfijning of aanpassing van het rechtskader verder uitwerkten.

Deze bijdrage heeft tot doel deze debatten in kaart te brengen en te duiden welke ontwikkelingen thans plaatsvinden

inzake de toepassing en eventuele aanpassing van de rechtsregels met betrekking tot de vrije mededinging. Daartoe wordt vooreerst uiteengezet waarom de traditionele toepassing van het mededingingsrecht *in abstracto* als moeilijk of problematisch beschouwd wordt in de context van de digitale economie. Vervolgens wordt nagegaan of en in welke mate ook de concrete toepassing van het Europees mededingingsrecht zich bewust is van die moeilijkheden en problemen en welke voorstellen tot verbetering van het recht daarbij gedaan worden of werden. Daarbij kijken we in het bijzonder naar de problemen van marktafbakening en misbruikbepaling enerzijds en nieuwe vormen van restrictieve gedragingen anderzijds. De voorgestelde of reeds aangenomen wijzigingen of verfijningen aan het materiële rechtskader of aan handhavingsprocedures worden daarbij toegelicht. De bedoeling is om op die manier een overzicht te geven zowel van de problemen als de thans voorziene oplossingen die de toepassing van regels inzake vrije mededinging oproept in de context van de digitale economie.

II. DE DIGITALE ECONOMIE EN DE GRENZEN VAN HET MATERIËLE MEDEDINGINGSRECHT

De opkomst van de digitale economie en de invloed die grote online platformen uitoefenen in die context doet de vraag rijzen of het mededingingsrecht als zodanig wel voldoende aangepast is om eventuele mededingingsbeperkende activiteiten van deze online platformen tijdig te detecteren en te verhinderen. Ofschoon het mededingingsrecht getuigt van een grote flexibiliteit dankzij algemene verbodsbepalingen en open normen, worden steeds vaker argumenten geopperd dat mededingingsregels in huidige vorm alleen niet langer volstaan. Dat is grotendeels te wijten aan vijf bijzondere nuances die kenmerkend zijn voor de digitale economie en die haar zouden onderscheiden van meer klassieke marktstructuren (A.). Dat leidt ertoe dat de bestaande rechtsregels en methodes van marktafbakening en misbruikbepaling (B.) en inzake het verbod op restrictieve praktijken anderzijds (C.) weliswaar nog steeds toegepast, maar niet langer als helemaal up-to-date beschouwd worden. Het hoeft dan ook niet te verbazen dat voorstellen tot aanpassing of hervorming van het materiële mededingingsrecht het levenslicht zagen. Daarnaast gaan ook vaker stemmen op om de handhavingskaders verder uit te breiden om zo ook een meer gefocuste

toepassing van het mededingingsrecht in de digitale economie te kunnen verzekeren (D.).

A. De digitale economie vraagt meer nuance in de toepassing van het bestaand mededingingsrecht

De rechtsregels inzake vrije mededinging zijn ruim geformuleerd en uitermate flexibel in hun toepassing. Niettemin kan terecht geargumenteed worden dat hun huidige toepassing sterk geënt is op klassieke economische principes. Die principes gaan uit van een markt die functioneert op basis van vraag en aanbod en waarbij verschillende aanbieders met elkaar concurreren om op die markt te kunnen overleven en klanten aan te trekken of te behouden. Een dergelijke structuur wordt voorgesteld als de meest efficiënte manier om schaarse middelen te verdelen (a.). De digitale economie, en meer bepaald de activiteiten van online platformen, laten niettemin toe dat traditionele beeld op vijf manieren te nuanceren. Ten eerste is de marktstructuur gecreëerd door platformen als Google, Amazon of Facebook complexer dan

¹⁸ N. PETIT en P. VAN CLEYNENBREUGEL, "General Report Topic 3: EU competition law and the digital economy" in D. MANDRESCU (ed.), *EU Competition Law and the Digital Economy: Protecting Free and Fair Competition in an Age of Technological (R)evolution. The XXIX FIDE Congress in The Hague, 2020 Congress Publications*, Vol. 3, Den Haag, Eleven International Publishers, 2020, p. 56.

¹⁹ Voor een helder overzicht van de verschillende posities in dat verband, zie V. ROBERTSON, "Antitrust Law and Digital Markets: A Guide to the European Competition Law Experience in the Digital Economy", *Working Paper*, juli 2020, beschikbaar via www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3631002.

²⁰ De discussie is enigszins vergelijkbaar met debatten die aan het einde van de jaren 1990 gevoerd werden over telecommunicatie; zie in dat verband, P. LAROCHE, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Oxford, Hart, 2000, 165-283 en P. NIHOUL, *Les télécommunications en Europe. Concurrence ou organisation de marché?*, Louvain-la-Neuve, Presses Universitaires de Louvain, 2005, 197-312. Ook in die context werd aangevoerd dat mededingingsrecht alleen niet voldoende was. Het belangrijkste verschil met de huidige debatten is evenwel dat in die sector weinig tot geen concurrentie aanwezig was. In de digitale economie daarentegen zijn de concurrentiedynamieken bovenal anders.

een gewone klassieke markt (b.). Ten tweede is het zo dat concurrentie op platformmarkten niet zozeer op een gegeven markt, maar veeleer voor een bepaalde markt plaatsgrijpt, waardoor het belang van marktaandeelen in de mededingingsanalyse vermindert (c.). Ten derde is er onduidelijkheid over de omstandigheden waarin concurrentie voor in plaats van op een bepaalde markt mededingingsbeperkend is (d.). Ten vierde hebben die eigenheden tot gevolg dat bepaalde mededingingsbeperkende praktijken niet door het huidige mededingingsrecht aangepakt kunnen worden (e.). Ten vijfde zijn online platformen verzamelaars, gebruikers en hoeders van steeds grotere hoeveelheden persoonsgegevens. Door die rol hebben platformen potentieel veel macht om bepaalde marktgedragingen te beïnvloeden, hetgeen specifieke regelgeving zou rechtvaardigen die verder gaat dan alleen het mededingingsrecht (f.). Die vijf nuances doen ernstige vragen rijzen over de onverkorte toepasbaarheid van de bestaande mededingingsregels (g.).

a. Uitgangspunt: flexibele mededingingsrechtelijke normen geënt op (te?) klassieke economische principes

Op het eerste gezicht doet niets vermoeden dat de artikelen 101 en 102 VWEU evenals hun nationale equivalenten²¹ niet onverkort toepasbaar zouden zijn op actoren in de digitale economie. Ondanks het feit dat deze bepalingen meer dan 60 jaar geleden geschreven werden op maat van een sterker geïndustrialiseerde samenleving, staat dat niet in de weg aan hun toepassing in modernere economische sectoren. Artikel 101 verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Dergelijke overeenkomsten zijn nietig, maar kunnen als verenigbaar met de interne markt beschouwd worden indien zij bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, zonder aan de betrokken ondernemingen beperkingen

op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn en zonder hen de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.²² Op dezelfde manier verbiedt artikel 102 op algemene wijze dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan.

De artikelen 101 en 102 VWEU geven vervolgens niet-exhaustieve voorbeelden van wat als mededingingsbeperkende of misbruikmakende praktijken kunnen worden. Het gaat daarbij voornamelijk om prijs- en hoeveelhedsafspraken alsmede het opleggen van onbillijke contractuele voorwaarden. In de praktijk en de rechtspraak werden andere vormen van restrictief gedrag vastgesteld en werden de bestaande categorieën slechts beperkt gebruikt.²³ De Europese Commissie vaardigde in de context van artikel 102 VWEU bovendien richtsnoeren uit die een beter beeld schetsen van wat hoofdzakelijk als verboden beschouwd wordt.²⁴ Zo worden bepaalde marktuitsluitende gedragingen en praktijken die tot gevolg hebben dat de mededinging op de markt vermindert verboden. Om dergelijk gedrag sluitend vast te stellen, wordt steeds sterker op economische analyses vertrouwd. Er zijn nog enkele gedragingen die altijd verboden zijn, zonder dat markteffecten moeten worden bewezen (zoals prijsafspraken), maar die categorieën worden minder talrijk.²⁵ In het algemeen moet eerst nauwkeurig aangetoond worden dat een bepaalde gedraging *in concreto* mededingingsbeperkende gevolgen met zich brengt.²⁶

Bij het maken van die economische analyses gaat het mededingingsrecht klassiek uit van het beeld dat voor een product of dienst een zekere vraag bestaat die de hoogte van de prijs ervan bepaalt. De ideale vorm van mededinging bestaat in de aanwezigheid van een groot aantal aanbieders van dezelfde of vergelijkbare goederen en diensten. Voor die goederen of diensten bestaat bovendien voldoende vraag. Vraag en aanbod leiden tot een efficiënte markt, waarbinnen de ideale mededingingsvoorwaarden gevrijwaard kunnen worden. Zowel artikel 101 als artikel 102 gaan uit van deze ideale markttoestand en beteugelen praktijken die gedrag op dergelijke markten verstoren. Het hoeft dan ook niet te verbazen dat de bestaande praktijken om een markt te definiëren voornamelijk geënt zijn op het analyseren welke producten of diensten tot dezelfde markt behoren. Er wordt evenwel wei-

²¹. Ook nationale mededingingsautoriteiten dienen het Europees recht, desnoods parallel met het nationaal recht toe te passen; zie art. 3 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het verdrag (*Pb. L.* 4 januari 2003, afl. 1, p. 1).

²². Zie art. 101, 3. VWEU. De Europese Commissie nam bovendien richtsnoeren aan om de toepassing van die bepaling enigszins te vergemakkelijken; zie mededeling van de Commissie — Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3 van het verdrag (*Pb. C.* 27 april 2004, afl. 101, p. 97). Die richtsnoeren binden enkel de Europese Commissie en niet de nationale mededingingsautoriteiten; zie daarvoor HvJ ???

²³. Voor een overzicht hiervan kan verwezen worden naar A. JONES, B. SUFRIN en N. DUNNE, *Jones & Sufrin's EU competition law*, Oxford, Oxford University Press, 8ste uitgave, 2019.

²⁴. Zie de mededeling van de Commissie — Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, COM/2008/0832 def, beschikbaar via www.eur-lex.eu (hierna Commissierichtsnoeren inzake art. 102 VWEU).

²⁵. Zie ook N. PETIT, "Intel and the rule of reason in abuse of dominance cases", *European Law Review* 2018, p. 728-750.

²⁶. Zie A. WITT, *The more economic approach to EU antitrust law*, Oxford, Hart, 2016, p. 193-228.

nig aandacht besteed aan de wijze waarop die markten tot stand kwamen en aan condities die extern zijn aan het functioneren van die markt als zodanig.²⁷

Die vooronderstellingen beïnvloeden de manier waarop het mededingingsrecht traditioneel toegepast wordt en hoe over mededingingsrecht nagedacht wordt. De digitale economie brengt echter vijf belangrijke nuances aan op het marktbeeld dat aan het klassiek mededingingsrecht ten grondslag ligt. Die nuances zijn van belang omdat ze de manier waarop online platformen mededingingsrechtelijk behandeld dienen te worden, rechtstreeks kunnen beïnvloeden.

b. Nuance I: digitale economiespelers als meerzijdige markten vereisen bijzondere aandacht

Binnen de digitale economie spelen online platformen van verschillende aard (zoekmachines, sociale netwerken, online koopplatformen) een bijzondere rol. Als tussenpersonen dragen zij ertoe bij dat verschillende groepen van platformgebruikers (verkopers en kopers of adverteerders en toekomstige kopers) makkelijker met elkaar in contact komen. Een dergelijke activiteit wordt door economen dan ook als een twee- of meerzijdige markt aangeduid. In een dergelijke markt zijn verschillende groepen gebruikers afhankelijk van elkaar.²⁸ Daardoor is sprake van belangrijke directe of indirecte netwerkeffecten, die door de Nederlandse Autoriteit Consument en Markt als volgt worden samengevat:

“[E]en indirect netwerkeffect houdt in dat een platform aantrekkelijker is voor gebruikers aan de ene zijde (consumenten) naarmate er meer gebruikers aan de andere zijde (aanbieders) van het platform zijn. [...] Een direct netwerkeffect betekent dat het platform aantrekkelijker is naarmate er meer gebruikers aan dezelfde zijde zijn, zoals bij een sociaal netwerk. Netwerkeffecten zorgen voor een aparte concurrentiedynamiek: platforms kunnen snel uitgroeien tot grote marktspelers doordat het aantal gebruikers exponentieel groeit. Platforms proberen zo snel mogelijk een kritieke massa gebruikers aan te trekken om zodoende netwerkeffecten aan te jagen.”²⁹

De twee- of meerzijdigheid van markten kan van belang zijn voor de manier waarop de markt afgebakend wordt voor de toepassing van het mededingingsrecht. Normaal gezien

wordt een markt gedefinieerd aan de hand van een eenvoudig model waarbij ondernemingen diensten aanbieden aan anderen. Vraag en aanbod beperken zich daarbij tot die ene markt. Vanuit dat oogpunt zou een online platform echter actief moeten zijn op minstens twee markten door het aanbieden van diensten aan verschillende categorieën gebruikers. Zo biedt Google enerzijds zoekdiensten aan aan gebruikers van haar zoekmachine. Tezelfdertijd biedt het adverteerders de mogelijkheid om hun producten te promoten bij de gebruikers van de zoekmachine. Gelet op de nauwe verwevenheid van beide markten, rijst dan ook de vraag of zij als een markt beschouwd dienen te worden.³⁰ Indien dat het geval is, rijst de vraag of de manier waarop markten traditioneel afgebakend worden, wel bruikbaar is in deze meerzijdige context.

c. Nuance II: meer mededinging “voor” in plaats van “op” de markt heeft impact op het belang van marktaandeelen in mededingingsanalyses

De aanwezigheid van netwerkeffecten leidt ertoe dat online platformen erop gebrand zijn zo veel mogelijk gebruikers van een categorie aan te trekken. Door bepaalde functionaliteiten kan een platform er zeer snel in slagen om heel veel gebruikers voor zich te winnen. Google en Facebook zijn succesvoorbeelden van deze strategie. Dankzij de netwerkeffecten slagen platformen erin een markt min of meer voor zich te winnen, waarna er weinig tot geen concurrentie op die markt overblijft. Tezelfdertijd kan het ontwikkelen van een nieuw en beter platform gebruikers snel doen overschakelen naar dat betere alternatief. Daardoor is de concurrentiedynamiek van online platformen anders dan op een klassieke markt. Verschillende spelers zijn niet met elkaar in concurrentie op een gegeven markt, maar net voor een gegeven markt.³¹

Een dergelijke vaststelling heeft een belangrijk gevolg. Vermits concurrentie tussen online platformen zich er eerder toe richt een bepaalde, betere markt te creëren dan concurrerende platformen, is een onderneming die vandaag een hoog marktaandeel heeft, niet noodzakelijk altijd een dominante marktspeler. Immers, dat marktaandeel kan zeer snel sterk verminderen wanneer een nieuwe, betere markt gecreëerd wordt. Het bestaan van een sterkere concurrentie voor een nieuwe, betere markt kan daarom aanleiding zijn om markt-

²⁷ Zie voor een algemeen argument in die richting, J. MARCOS RAMOS, *Firm Dominance in Eu Competition Law: The Competitive Process and the Origins of Market Power*, Den Haag, Kluwer Law International, 2020, 360 p.

²⁸ Zie vanuit economisch perspectief ook J. ROCHET en J. TIROLE, “Two-Sided Markets: A Progress Report”, *The RAND Journal of Economics* 2006, p. 645-667.

²⁹ Zie AUTORITEIT CONSUMENT EN MARKT (ACM) (ed.), *Grote platforms, grote problemen? Een beschouwing van online platforms vanuit mededingingsperspectief*, paper beschikbaar via www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/16333_toezicht-online-platforms.pdf, p. 2-3.

³⁰ Volgens de Supreme Court van de Verenigde Staten in het arrest van 25 juni 2018, *Ohio et al / American Express et al.*, beschikbaar via www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1454_5h26.pdf, is er sprake van een markt wanneer de activiteit van een platform ertoe leidt dat een transactie tussen verschillende groepen van gebruikers van het platform gesloten wordt (zie p. 2 van het arrest). Zie tevens L. FILISTRUCCHI, D. GERADIN, E. VAN DAMME en P. AFFELDT, “Market Definition in Two Sided Markets: Theory and Practice”, *Journal of Competition Law & Economics* 2014, p. 293-339.

³¹ Zie voor die vaststelling tevens J. VAN REENEN, “Increasing differences between firms: market power and the macroeconomy”, LSE Centre for Economic Performance Discussion Papers, Discussion Paper 1576, 2018, beschikbaar op www.cep.lse.ac.uk/pubs/download/dp1576.pdf, p. 3.

aandelen als minder belangrijk te beschouwen en te kijken naar andere elementen die de structuur van een bepaalde markt beïnvloeden. De klassieke manier om marktdominantie te bepalen, gaat evenwel nog steeds sterk uit van marktaandelen als parameter.³² Die klassieke parameters zouden niet altijd meer automatisch relevant zijn in de context van de digitale economie.

d. Nuance III: onduidelijkheid over de omstandigheden waarin concurrentie voor een markt verhinderd, beperkt of vervalst wordt

Het feit dat concurrentie zich meer voor in plaats van op een markt voordoet, betekent niet automatisch dat er niet langer praktijken zouden zijn die erop gericht zijn de totstandkoming van dergelijke nieuwe, betere markten te verhinderen. Vooralsnog heerst er evenwel nog onduidelijkheid over welke factoren dergelijke verandering veroorzaken. Zeker is dat bepaald marktgedrag aanleiding kan geven tot het kantelen van een markt naar een dominante speler (het zogeheten “market tipping”³³). Dat kantelen hoeft niet noodzakelijk het gevolg van mededingingsbeperkend gedrag te zijn, maar het is niet uit te sluiten dat zulk gedrag hiertoe kan bijdragen.

De huidige rechtsnormen die misbruik verbieden, zijn vooral gericht op het uitsluiten van bepaalde ondernemingen van een bepaalde, duidelijk afgebakende markt. Die normen lenen zich slechts beperkt tot het beteugelen van praktijken die erop gericht zijn de totstandkoming van een nieuwe, betere markt te verhinderen. Vanuit dat oogpunt kan een uitgebreider rechtskader dat nieuwere vormen van marktmisbruik kan verbieden en op voorhand kan verhinderen dat dergelijke kanteling ten voordele van een bepaalde speler zich voordoet, nuttig of zelfs nodig blijken.

e. Nuance IV: groter gevaar voor “marktdodende” (killer) praktijken die thans niet door het mededingingsrecht aangepakt kunnen worden

De vernieuwde concurrentiedynamiek die online platformen met zich brengen, heeft ook tot gevolg dat ondernemingen “marktdodende” transacties kunnen doorvoeren, die aan de aandacht van het mededingingsrecht en meer bepaald het toezicht op voorgenomen concentraties ontsnappen. Het valt niet uit te sluiten dat een gevestigd online platform een kleiner, maar mogelijk performanter platform zal verwerven om de eigen (dominant wordende) marktpositie veilig te

stellen. Wanneer een dergelijke verwerving plaatsvindt in een vroeg stadium, is het marktaandeel van het verworven platform nog zeer klein. Door dat beperkte marktaandeel hoeft een dergelijke transactie ofwel niet aangemeld te worden bij de Europese Commissie of nationale mededingingsautoriteiten, of kan snel worden geconcludeerd dat deze transactie geen mededingingsproblemen stelt op de markt waarop beide platformen actief zijn. De verwerving van Instagram en Whatsapp door Facebook worden als voorbeeld van dergelijke potentieel “marktdodende” transacties (killer acquisitions) beschouwd.³⁴ Een dergelijke verwerving kan immers mogelijk tot gevolg hebben dat hierdoor de creatie van een betere, nieuwe markt waarnaar platformgebruikers zouden kunnen overschakelen, vertraagd of uitgeschakeld wordt.

Het risico op dergelijke zogeheten “killer acquisitions” is inherent aan een omgeving waarin concurrentie steeds meer voor in plaats van op een markt plaatsvindt. Het hoeft daarom niet te verbazen dat het gevaar van dergelijke killer praktijken ook in de context van de digitale economie opgeworpen werd.³⁵ Het bestaande rechtskader biedt weinig mogelijkheden om dergelijke verwervingen te verbieden. Op het ogenblik waarop een groter platform een kleinere speler verwerft, is het immers nog niet zeker dat de kleinere speler ooit een nieuwe, betere markt zal creëren ten nadele van het thans grote platform. Omdat mededingingsautoriteiten geen bewijs in die zin kunnen vinden, hebben ze weinig andere keuze dan de verwerving toe te laten. Omdat het vooralsnog onduidelijk is wanneer een verwerving een dergelijke killer status heeft, blijft het introduceren van striktere regels of verboden in dat verband controversieel.

f. Nuance V: online platformen zijn steeds vaker gebruikers, maar ook hoeders van “big data” en dat vereist mogelijk meer regulering

Naast de eigenheid van de markten waarop online platformen opereren, staat het bovendien vast dat die platformen bijzonder veel persoonsgegevens verzamelen en controleren van de verschillende gebruikers van hun diensten. Die data worden gebruikt om het marktgedrag van de betrokken gebruikers te beïnvloeden. Omdat platformen over veel data beschikken en die data ook grotendeels hun marktmacht verklaren, is de vraag gerezen of het houden van een dergelijke hoeveelheid persoonlijke data ook bijkomende mededingingsrechtelijke verantwoordelijkheden met zich moet brengen. Twee reflecties voeren daarbij thans de hoofdtoon.

³². Zie bij wijze van voorbeeld de Commissierichtsnoeren inzake art. 102 VWEU, 13.

³³. Over de omstandigheden waarin zulke kanteling kan plaatsvinden, zie T. HOSSAIN en J. MORGAN, “When Do Markets Tip? A Cognitive Hierarchy Approach”, *Marketing Science*, 2013, p. 365-531.

³⁴. Over killer acquisitions, C. CUNNINGHAM, F. EDERER en S. MA, “Killer Acquisitions”, *Working Paper*, versie van 19 april 2020, beschikbaar via www.ssrn.com/abstract=3241707.

³⁵. Zie in dat verband M. BOURREAU en A. DE STREEL, “Big Tech Acquisitions: Competition and Innovation Effects and EU Merger Control”, CERRE Issue Paper februari 2020, beschikbaar via www.cerre.eu/sites/cerre/files/cerre_big_tech_acquisitions_2020.pdf.

Ten eerste rijst de vraag in welke mate platformen een bijzondere verantwoordelijkheid dienen te hebben om andere ondernemingen toegang te verlenen tot (een deel van) de data die zij zelf controleren. In de mate dat die data een zogeheten essentiële faciliteit zijn voor de ontwikkeling van een nieuw product, kan artikel 102 VWEU in uitzonderlijke gevallen het weigeren van toegang ertoe als een misbruik van een economische machtspositie beschouwen. De vraag rijst dan ook of een dergelijke toegang veralgemeend dient te worden en of bepaalde grenzen aan het verwerken of gebruiken van data kunnen worden opgelegd.³⁶

Ten tweede vergemakkelijkt de concentratie van data bovendien het manipuleren van die data door middel van technieken van artificiële intelligentie. Gevoed door data kan een computerprogramma automatisch beslissingen nemen en zelfs gedragingen afstemmen op andere marktactoren. Er is daarom gewaarschuwd in de rechtsleer voor het risico van zogeheten algoritmische mededingingsbeperkingen (algorithmic collusion).³⁷ In de huidige staat van het recht wordt een expliciete of impliciete wilsovereenstemming vereist om van een restrictieve mededingingspraktijk te kunnen spreken onder artikel 101 VWEU. Artificiële intelligentietechnieken zouden het evenwel mogelijk kunnen maken dat computerprogramma's gedragingen op elkaar afstemmen zonder menselijke interventie. Dergelijke gedragingen vallen mogelijk buiten het toepassingsgebied van artikel 101 VWEU.³⁸ Hoewel de mogelijkheid tot volledig gecomputeriseerde gedragsafstemming vooralsnog toekomstmuziek is³⁹, bestaat ook hier het risico dat het mededingingsrecht niet volledig in staat is hoogtechnologische mededingingsbeperkende gedragingen tegen te houden.

g. Uitdagingen voor de toepassing van het klassiek mededingingsrecht in de digitale economie?

Uit het voorgaande volgt dat de opkomst van de digitale economie en online platformen het mededingingsrecht voor vier uitdagingen stelt.

Ten eerste lijkt het noodzakelijk om de parameters van marktafbakening in vraag te stellen en te verfijnen of aan te passen aan de meerzijdige realiteit van online platformen. We zullen evenwel zien in de volgende onderdelen dat de Europese Commissie zich in de praktijk Google-zaken grotendeels op de meer klassieke parameters is blijven baseren.

Ten tweede rijst tevens de vraag of de bestaande focus op marktaandeelen als parameters van een dominante positie nog wel even relevant blijft in de context van concurrentie voor de markt in plaats van op een markt. Desondanks heeft de Commissie nog sterk op marktaandeelen vertrouwd om de dominante positie van Google vast te stellen. Een dergelijke vaststelling is essentieel gebleken om Google de betreffende miljardenboetes te kunnen opleggen.

Ten derde is het nodig om beter te bepalen welke gedragingen mededingingsbeperkend zijn in de context van de digitale economie. De bestaande categorieën hebben nut en kunnen nog steeds worden aangewend, maar behoeven wellicht verfijning of aanvulling. In de *Google Android*- en *AdSense*-zaken beriep de Europese Commissie zich op gekende misbruiken van machtspositie (koppeling van producten en exclusiviteitsverplichtingen) om Google boetes op te leggen. In de *Google Shopping*-zaak daarentegen diende de Commissie een nieuwe vorm van misbruik te identificeren. Hierop kwam in belangrijke mate kritiek en de beslissing van de Commissie vormt thans het voorwerp van een annulatieberoep voor het Gerecht van de Europese Unie.⁴⁰ Op dezelfde manier identificeerde het Duitse Bundeskartellamt een nieuwe vorm van misbruik die bestaat in het verwerven en samenbrengen van persoonsgegevens.⁴¹ Ook hier rijst de vraag of dergelijke gedragingen effectief binnen de toepassing van het misbruikbegrip uit artikel 102 VWEU of de nationale equivalente bepalingen vallen.

Ten vierde lijkt het nodig na te gaan of bepaalde gebruiken van data in de context van nieuwe technologieën zoals artificiële intelligentie mededingingsbeperkend kunnen zijn. Ook daar lijkt het bestaand mededingingsrecht potentieel te kort te schieten, wat de toename aan rapporten en studies over deze onderwerpen lijkt te verklaren.

In het licht van die verschillende uitdagingen hoeft het niet te verbazen dat wijzigingen aan het mededingingsrechtelijk kader voorgesteld worden. Niet geheel onverwacht hebben die reflecties dan ook vorm gekregen in verschillende studies en rapporten uitgevoerd door nationale mededingingsautoriteiten en de Europese Commissie. Op het Europese continent⁴² kunnen de volgende belangrijkste studies en voorstellen aangestipt worden:

- een rapport uit 2018 opgemaakt door experts uit het Verenigd Koninkrijk, getiteld “Unlocking Digital Competition – Report of the Digital Competition Expert Panel”⁴³;

³⁶ Hierover, I. GRAEF, *EU Competition law, Data Protection and Online Platforms: data as Essential Facility*, Den Haag, Kluwer Law International, 2016, 422 p.

³⁷ Pioniers in dat verband zijn A. EZRACHI en M. STUCKE, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Cambridge, Harvard University Press, 2016, 368 p.

³⁸ Voor een argument dat dit niet noodzakelijk het geval is, zie P. VAN CLEYNENBREUGEL, “Article 101 TFEU’s Association of Undertakings Notion and Its Surprising Potential to Help Distinguish Acceptable from Unacceptable Algorithmic Collusion”, *The Antitrust Bulletin* 2020, 1-22.

³⁹ Zoals aangetoond in A. GAUTIER, A. ITTOO en P. VAN CLEYNENBREUGEL, “AI algorithms, price discrimination and collusion: a technological, economic and legal perspective”, *European Journal of Law and Economics* 2020, te verschijnen.

⁴⁰ Ger.EU, hangende zaak T-612/17.

⁴¹ Zie *supra*, vn. 16.

- een rapport uit 2018 opgemaakt door Duitse experts voor het Duitse federale ministerie van Economische Zaken, getiteld “Modernising the Law on Abuse of Market Power”⁴⁴;
- een rapport uit 2019 van een groep bijzondere adviseurs van de Europese Commissie, getiteld “Competition policy for the digital era”⁴⁵;
- een rapport uit 2019 van een bijzondere commissie ingesteld door het Duitse federale ministerie van Economische Zaken, getiteld “A new competition law framework for the digital economy”⁴⁶;
- een rapport uit 2019 van het Duitse Bundeskartellamt en de Franse Autorité de la concurrence over algoritmes en mededinging, getiteld “Algorithms and Competition”⁴⁷;
- een plan van de Europese Commissie om de richtsnoeren betreffende de afbakening van markten te verfijnen⁴⁸;
- een voorstel van de Europese Commissie uit 2020 tot ontwikkeling van een nieuw mededingingsinstrument, waarvoor een publieke consultatie thans loopt.⁴⁹

De verschillende rapporten en voorstellen vertrekken allen vanuit de idee dat het huidige mededingingsrechtelijke kader onvoldoende aandacht schenkt aan het hierboven samengevatte genuanceerde marktbeeld waarin de digitale economie opereert. Om het mededingingsrecht meer conform die nuances te laten opereren, werden belangrijke wijzigingen voorgesteld.

Vooralsnog zijn er, op Duitsland na, evenwel weinig aanpassingen aan de betreffende rechtsregels doorgevoerd. Het is dan ook opmerkelijk vast te stellen dat voorafgaand aan deze rapporten en in afwachting van daadwerkelijke wetgevende wijzigingen, het bestaande mededingingsrecht enigszins flexibel of extensief toegepast werd op de activiteiten van online platformen. Die toepassing heeft bovendien aanleiding gegeven tot het opleggen van boetes aan Google en verplichtingen aan Facebook. Als gevolg daarvan zijn de genomen beslissingen vaak controversieel, omdat ze vermoed

worden onvoldoende rekening te hebben gehouden met die nuances en voorstellen.

De volgende onderdelen analyseren daarom in welke mate de beslissingspraktijk in de digitale economie bewust is van de hierboven samengevatte nuances, hoe het mededingingsrecht daarmee is omgegaan in eerdere beslissingen en welke voorstellen tot wijziging of verfijning thans concreet voorliggen of ingevoerd werden.

B. Misbruik van een dominante positie in de praktijk van de digitale economie: recht in beweging?

In de praktijk zijn bovenstaande nuances en uitdagingen erkend, zonder evenwel automatisch aanleiding te geven tot aangepaste rechtsnormen. Dat is bovenal duidelijk in de context van marktafbakening (a.) en het bepalen van wat misbruik van een dominante economische positie uitmaakt in de context van artikel 102 VWEU en nationale equivalenten bepalingen (b.). Ook in de context van concentratiecontrole is het risico van zogeheten “killer acquisitions” erkend. In Duitsland en Oostenrijk leidde dat al tot aangepaste wetgeving (c.).

a. Problemen van marktafbakening en marktdominantie

Opdat artikel 102 VWEU succesvol ingeroepen kan worden, dient in de eerste plaats aangetoond te worden dat een onderneming een dominante positie heeft op een relevante markt. Het hebben van een dominante positie als zodanig is niet verboden, maar brengt een bijzondere verantwoordelijkheid in hoofde van de betrokken onderneming met zich.⁵⁰ Bepaalde gedragingen die in normale marktomstandigheden toegelaten zouden zijn, zoals het geven van getrouwheidskortingen, worden in dat geval immers verboden. Het is daarom cruciaal om te bepalen of een onderneming inderdaad een dominante positie heeft op een bepaalde markt.

⁴². Ook buiten Europa werden soortgelijke studies uitgevoerd. De Australische Competition and Consumer Commission (ACCC) deed aanbevelingen in dat verband in 2019; zie www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-%20final%20report.pdf. In de Verenigde Staten maakte het Stigler Committee on Digital Platforms, geassocieerd met de University of Chicago, ook belangrijke aanbevelingen in dat verband, zie www.research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committeereport---stigler-center.pdf?la=en.

⁴³. Dat rapport wordt ook het Furman-rapport genoemd naar de hoofdauteur ervan (Jason Furman); het is beschikbaar online via www.assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf.

⁴⁴. Zie hiervoor, www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Studien/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen-zusammenfassung-englisch.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

⁴⁵. Dat rapport werd geschreven door Jacques Crémer, Heike Schweitzer en Alexandre de Montjoye, www.ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf (hierna genoemd *Expertenrapport uit 2019 inzake de digitale economie*).

⁴⁶. Beschikbaar via www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (hierna genoemd *Duits expertenrapport*).

⁴⁷. Dat rapport is beschikbaar via www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/algorithms-and-competition.pdf.

⁴⁸. Zie daarvoor de speech van Commissaris Margrethe Vestager die dit project aankondigt, beschikbaar via www.ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/defining-markets-new-age_en.

⁴⁹. Zoals aangegeven in het persbericht van de Europese Commissie van 2 juni 2020, beschikbaar via www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/nl/ip20977.

⁵⁰. Zoals vastgesteld in HvJ 9 november 1983, nr. 322/81, *Michelin / Commissie*, EU:C:1983:313, r.o. 57.

Zoals hierboven aangegeven, leidt het twee- of meezijdige karakter van online platformen tot mogelijke problemen van marktafbakening. In de praktijk heeft de Commissie evenwel weinig problemen ondervonden met marktafbakening in de zaken betreffende Google (i.). Bovendien vindt concurrentie meer voor in plaats van op een markt plaats, waardoor marktaandeelen mogelijk niet meer de beste parameters van marktmacht zijn. Opvallend hierbij is dat, in tegenstelling tot wat in de verschillende studies wordt aangehaald, de Europese Commissie in de *Google*-zaken haar analyse toch in belangrijke mate op marktaandelen gegrond heeft. Die analyse heeft toegelaten Google als dominante marktspeeler te beschouwen. In tegenstelling tot de beschikkingspraktijk van de Commissie, lijken de recent voorgestelde rapporten en studies evenwel een gewijzigde aanpak voor de toekomst in te houden (ii.).

i. Marktafbakening

Volgens de richtsnoeren van de Commissie uit 1997 wordt een markt afgebakend door vooreerst de relevante productenmarkt en geografische markt te bepalen.⁵¹ Op die afgebakende markt kan vervolgens het al dan niet bestaan van een machtspositie bepaald worden. Bij het bepalen van de relevante productenmarkt, wordt uitgegaan van een klassiek model waarbij kopers een prijs betalen om een dienst of product te verkrijgen. De Commissie kijkt daarom na hoe elastisch de vraag naar (en, indien nodig, het aanbod van) een bepaald product (bv. bananen). Anders gesteld wordt zo nagegaan hoe vervangbaar een product is door een ander in de ogen van de kopers van dergelijke producten. De test die traditioneel gebruikt wordt om tot die conclusie te komen is de SSNIP-test (small but significant and non-transitory increase in price).⁵² In de mate dat bij een kleine doch merkbare prijsverhoging kopers naar andere producten (bv. appels of peren) overstappen, behoren die andere producten samen met het eerste product tot eenzelfde productenmarkt (bv. de markt van bepaalde soorten fruit). In het geval dat kopers geen andere producten kopen, blijft de productenmarkt beperkt tot het eerste bepaalde product (bv. bananen⁵³).⁵⁴ Ook voor de geografische markt wordt gekeken naar de mate waarin consumenten producten of diensten elders gaan aankopen. Opnieuw speelt het prijselement een belangrijke rol.⁵⁵

In de context van online platformen rijzen evenwel twee problemen in dat verband. Ten eerste gaat het marktafbake-

ningsmodel uit van een klassieke vraag- en aanbodmarkt en dus niet van een twee- of meezijdige markt. De vraag rijst dan ook of en hoe de meezijdigheid van de markt in de marktafbakening in rekening moet worden genomen. Ten tweede is het vaak zo dat bepaalde diensten niet voor een formele “prijs” aangeboden worden. Het gebruik maken van de zoekmachine Google kost de consument geen geld. Ook het aanmaken van een profiel op sociaal netwerk Facebook is gratis. Economen stellen dan ook dat er in dat geval sprake is van een zogeheten nulprijsmarkt of “zero price market”.⁵⁶ De vraag rijst in de eerste plaats of een dergelijke markt afbakenbaar is naar Europees mededingingsrecht, nu het gebruik van de SSNIP-test niet mogelijk is, vermits er geen prijs is om te verhogen.

In de beslissingen genomen tegen Google, heeft de Commissie beide problemen vermeden. Ten eerste ging de Commissie in de reeds gepubliceerde *Google Shopping*-en *Android*-zaken (de *Google AdSense*-zaak is nog niet volledig gepubliceerd) impliciet uit van het bestaan van een markt die beide zijden omvatte. De Commissie vermeldt weliswaar het concept tweezijdige markten, maar gebruikt het niet als zodanig om de markt af te bakenen. Veeleer worden meer klassieke manieren van marktafbakening gebruikt.⁵⁷ Ten tweede vermeed de Commissie de toepassing van de SSNIP-test, door een andere analyse voorop te stellen. In *Google Shopping* stelde de Commissie vast dat het gebruikmaken van Google weliswaar op het eerste gezicht gratis is, maar dat gebruikers niettemin onrechtstreeks de dienstverlening van Google betalen met hun persoonsgegevens, die Google aan adverteerders linkt. Op die manier kwam de Commissie tot de vaststelling dat een markt in mededingingsrechtelijke zin bestond. Om die markt verder af te bakenen, ging de Commissie evenwel niet naar de prijs kijken, maar veeleer naar andere structurelementen op die markt: zo werd gekeken naar de vraag van gebruikers voor shoppingdiensten (user demand) en de functionaliteit van andere vergelijkbare dienstverleners.⁵⁸ Die structurelementen deden de Commissie besluiten dat Google actief was op de markt voor algemene zoekopdrachten.⁵⁹ In *Google Android* kwam de Commissie tot de vaststelling dat Google actief was op verschillende markten. In tegenstelling tot in *Google Shopping*, besteedde de Commissie meer aandacht aan de klassieke marktafbakeningsanalyse. Bij het bepalen van de markt voor webbrowsers die op mobiele telefoons gebruikt worden, leek de Commissie een variante van de SSNIP-test genegen: de zogeheten SSNIQ-test, die nagaat wat consumenten doen bij

^{51.} Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (*Pb. C.* 9 december 1997, afl. 372, p. 5 (hierna Bekendmaking relevante markt), punt 2).

^{52.} Bekendmaking relevante markt, punt 18.

^{53.} De bananenillustratie is gebaseerd op HvJ 14 februari 1978, nr. 27/76, *United Brands / Commissie*, EU:C:1978:22, r.o. 34.

^{54.} Bekendmaking relevante markt, punt 15.

^{55.} Bekendmaking relevante markt, punt 17.

^{56.} Zie voor die problematiek, J. NEWMAN, “Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations”, *University of Pennsylvania Law Review* 2015, 149-206.

^{57.} *Google Shopping*, punt 159; *Google Android*, punt 328; zie ook V. ROBERTSON, *supra*, vn. 19, p. 6.

^{58.} *Google Shopping*, punt 151.

^{59.} *Google Shopping*, punt 167.

een tijdelijke vermindering van de kwaliteit (Quality) van een product.⁶⁰

Uit beide beslissingen blijkt evenwel dat de Commissie geen geëigende, op online platformen geënte marktafbakenings-test toepast. Het blijft bovendien afwachten of het Gerecht de manier van marktafbakening door de Commissie over-eind zal laten. Indien dat niet het geval is, komt het vaststaan van een dominante positie van Google op losse schroeven te staan. Dat zou ook kunnen betekenen dat de boetes die werden opgelegd onterecht of onwettig zijn. Artikel 102 VWEU laat immers enkel toe ondernemingen die misbruik maken van een dominante positie te beboeten. Indien een onderneming niet dominant is, kan er ook geen misbruik gemaakt worden van een dominante positie en kunnen derhalve geen boetes voor dat gedrag worden opgelegd op basis van het klassiek mededingingsrecht.

In het licht van de bijzondere eigenschappen van online platformmarkten is niettemin de vraag gerezen of een aangepaste test niet nodig zou zijn. Naar Duits mededingingsrecht werd reeds een expliciete bepaling opgenomen dat nul-prijzmarkten mededingingsrechtelijk geanalyseerd kunnen worden.⁶¹ Het hoeft dan ook niet te verbazen dat de commissaris verantwoordelijk voor mededinging, Margrete Vestager, aangekondigd heeft de richtsnoeren over marktafbakening te zullen herzien.⁶² Vooralsnog blijft het evenwel afwachten hoe die aangepaste richtsnoeren er zullen uitzien en hoe de Europese Commissie ze zal toepassen.

ii. Parameters van dominantie op een markt

Traditioneel wordt marktafbakening in het mededingingsrecht gebruikt als een eerste, logische stap naar het vaststellen van een dominante positie op die markt. Eenmaal de markt afgebakend, blijkt duidelijker welke ondernemingen erop actief zijn en hoe zij zich tot elkaar verhouden. Klassiek vertrouwt het mededingingsrecht in de eerste plaats op marktaandelen om de relatieve machtspositie van ondernemingen vast te stellen. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat een onderneming die minder dan 40% marktaandeel heeft, moeilijker als dominant beschouwd kan worden.⁶³ Markt-

aandelen zijn evenwel niet alleenzalmakend. Om te kunnen bepalen of een onderneming dominant is op een bepaalde markt, is het tevens noodzakelijk andere elementen in overweging te nemen. De Commissie kijkt daarbij vooral naar de structuur van de markt en eventuele toegangsbarrières, de naam- of merkbekendheid van bepaalde producenten, de sterkte van product- of dienstafnemers.⁶⁴

Marktaandelen blijven in de praktijk van de Europese Commissie evenwel de belangrijkste indicator in die analyse. Het hoeft dan ook niet te verbazen dat, ondanks eerdere bevestigingen van het Gerecht van de Europese Unie dat marktaandelen in de context van concentratiecontrole wellicht niet de beste indicatoren van marktmacht zijn in de digitale economie⁶⁵, Googles dominantie voornamelijk op basis van haar marktaandeel tot 96% vastgesteld werd.⁶⁶ Zowel in *Google Shopping* als in *Google Android* speelde het hoge marktaandeel van Google een belangrijke rol in het vaststellen van een dominante positie van de betrokken onderneming. Hoewel het gebruik van marktaandelen in deze context aan kritiek onderhevig is, is het op dit ogenblik niet zeker dat het Gerecht de Commissie hierop zou terugfluiten.

De Duitse wetgever heeft hier weerom een pioniersrol gespeeld. In 2017 werd § 18, paragraaf (3a) van de Duitse mededingingswet ingevoerd. Als gevolg daarvan dienen bij het vaststellen van een dominante positie op meerzijdige markten en bij online platformen bovenal vijf andere indicatoren tevens in rekening te worden genomen. Het gaat daarbij om (1) de aanwezigheid van directe of indirecte netwerkeffecten, (2) de mogelijkheid voor gebruikers om vergelijkbare parallele diensten door andere aanbieders tegelijk te gebruiken alsmede de mogelijkheid voor die gebruikers om van dienst te veranderen, (3) de aanwezigheid van schaalvoordelen die voortvloeien uit de netwerkeffecten, (4) de toegang van de onderneming tot data die relevant zijn voor de mededinging met andere aanbieders en (5) de aanwezigheid van concurrentiedruk om producten blijvend te innoveren.⁶⁷ Met een thans voorliggend wetsontwerp wenst de Duitse federale Regering nog toe te voegen dat bij een meerzijdige markt dominantie ook afhankelijk is van de belangrijkheid van de diensten van de online tussenpersoon voor de eigenlijke onderliggende aan- of verkooptransacties.⁶⁸ Meer

^{60.} *Google Android*, punt 549 en 552.

^{61.} § 18 (2a) van de Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), *Bundesgesetzblatt* Teil I, 9 juni 1957, zoals aangepast in 2017, beschikbaar via www.bgbl.de (hierna GWB).

^{62.} *Zie supra*, vn. 48.

^{63.} Commissierichtsnoeren inzake art. 102 VWEU, punt 15; zie tevens § 18 (4) GWB.

^{64.} Commissierichtsnoeren inzake art. 102 VWEU, punten 16-18.

^{65.} Ger.EU 11 december 2013, T-79/12, *Cisco Systems / Commissie*, EU:T:2013:635, r.o. 69.

^{66.} *Google Shopping*, punten 273-284; *Google Android*, punten 676-685.

^{67.} De originele Duitse tekst van het artikel luidt als volgt: "Insbesondere bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken sind bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens auch zu berücksichtigen: (1) direkte und indirekte Netzwerkeffekte, (2) die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer, (3) seine Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten, (4) sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten, (5) innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck."

^{68.} Voorgestelde § 18 (3b) aan de GWB. Het wetsontwerp is beschikbaar via www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gwb-digitalisierungsgesetz-referentenentwurf.pdf. Bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens, das als Vermittler auf mehrseitigen Märkten tätig ist, ist insbesondere auch die Bedeutung der von ihm erbrachten Vermittlungsdienstleistungen für den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten zu berücksichtigen.

algemeen zou toegang tot relevante data tevens een indicatie van marktmacht vormen.⁶⁹

Op het niveau van de Europese Unie worden thans geen dergelijke wijzigingen aan het regelgevend kader voorgesteld. Het valt evenwel niet uit te sluiten dat de Europese Commissie met de aanname van nieuwe richtsnoeren voor marktdefinitie, meteen ook de indicatoren van marktmacht hernieuwde aandacht zal schenken. Het is bovendien niet uit te sluiten, maar nog lang niet zeker, dat de Europese Commissie deze elementen meeneemt in haar ontwerp van verordening voor een nieuw mededingingsinstrument in de digitale economie, dat thans op de tekentafel ligt.

b. Problemen van misbruik van machtspositie

Het hebben van een dominante positie brengt met zich dat bepaalde gedragingen als misbruik gekwalificeerd kunnen worden. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie is “het door artikel 102 VWEU verboden misbruik van een machtspositie een objectief begrip [...] dat betrekking heeft op gedragingen van een onderneming met een machtspositie die, op een markt waar de mededinging juist door de aanwezigheid van deze onderneming reeds is verzwakt, de instandhouding of de ontwikkeling van de nog op deze markt aanwezige mededinging verhinderen door het gebruik van andere middelen dan die welke bij een normale, op ondernemersprestaties berustende mededinging van goederen of diensten gebruikelijk zijn”.⁷⁰ Doorheen de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie en de rechtspraak van de Europese hoven werd duidelijk dat bepaalde gedragingen als misbruikmakend beschouwd kunnen worden. Het gaat daarbij voornamelijk om uitbuiting van afnemers of uitsluiting van concurrenten. In 2009 verklaarde de Europese Commissie zich hoofdzakelijk op uitsluitingsmisbruiken te richten en daarbij hoofdzakelijk na te gaan of er inderdaad sprake is van uitsluitingseffecten in de praktijk.⁷¹ Uitsluitingsmisbruiken omvatten bijvoorbeeld leveringsweigeringen, het geven van getrouwheidskortingen, het hanteren van rooiprijzen of het koppelen en bundelen van bepaalde producten.⁷²

Het bestaande rechts- en handhavingskader kan in principe toegepast worden op de digitale economie. In de praktijk is

echter gebleken dat het niet altijd duidelijk is hoe de bekende categorieën van misbruikmakend gedrag toegepast dienen te worden op online platformen. In *Google Android* kon het klassieke misbruik bestaande uit het koppelen of binden van bepaalde producten aangewend worden.⁷³ *Google AdSense* betrof ook een eerder klassiek misbruik door middel van exclusiviteitsverplichtingen.⁷⁴ In de mate dat Google een dominante positie heeft op de relevante markt, kon de Commissie dan ook redelijkerwijze besluiten boetes op te leggen voor dat gedrag. Vermits een geldboete maximaal 10% van de jaaromzet van de betrokken onderneming mag bedragen⁷⁵, komt men bij een multimiljardenomzet van Google al snel uit op bedragen van meer dan een miljard euro in dat geval.

In *Google Shopping* daarentegen was het misbruik minder duidelijk. De Commissie verweet Google de eigen diensten te bevoordelen (zogenoemde self-preferencing).⁷⁶ Uit de analyse van de Commissie bleek niet duidelijk waarom dergelijke self-preferencing misbruikmakend was en of dat gedrag een misbruik onder artikel 102 VWEU kon uitmaken.⁷⁷ Het lijkt er aldus op dat de bestaande categorieën van artikel 102 VWEU onvoldoende toereikend waren om een misbruik vast te stellen. Dat is niet noodzakelijk problematisch, omdat artikel 102 VWEU zich niet beperkt tot die reeds bekende categorieën van misbruik. Het is steeds mogelijk dat ook andere praktijken als misbruikmakend beschouwd worden. Niettemin blijft het onduidelijk of dat hier effectief het geval kon zijn. De zaak wordt thans voorgelegd aan het Gerecht van de Europese Unie, dat hierover een oordeel zal mogen vellen.⁷⁸ Het blijft vooralsnog alvast onduidelijk wat nu precies een misbruik uitmaakt in de context van de digitale economie en online platformen.

Tegen de achtergrond van die rechtsonzekerheid hoeft dan ook niet te verbazen dat mededingingsautoriteiten creatiever omgaan met het misbruikverbod en nieuwe vormen van misbruik identificeren. Het Duitse *Bundeskartellamt* stelde zo bijvoorbeeld vast dat de praktijken van Facebook die erin bestonden data te verwerven van haar gebruikers via bezoeken aan andere websites, tevens een misbruik van een dominante positie naar Duits recht uitmaakte.⁷⁹ Het *Bundesgerichtshof* heeft een dergelijke categorisering van misbruik aanvaard, waardoor naar Duits recht de deur naar nieuwe

^{69.} Zie tevens p. 70 van het wetsontwerp uit vorige voetnoot; Durch die Ergänzung von § 18 Absatz 3 Nummer 2 soll klargestellt werden, dass der Zugang zu Daten in allen Wirtschaftsbereichen und nicht nur für mehrseitige Märkte oder Netzwerke als Kriterium für die Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens in Betracht kommt.

^{70.} HvJ 19 april 2012, C-549/10P, *Tomra / Commissie*, EU:C:2012:221, para 17.

^{71.} Commissierichtsnoeren inzake art. 102 VWEU, punt 6.

^{72.} Commissierichtsnoeren inzake art. 102 VWEU, punten 32, 37, 47, 63.

^{73.} *Google Android*, punten 740 *et seq.*

^{74.} Zie in dat verband, www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1770; de authentieke beslissing is nog niet gepubliceerd.

^{75.} Art. 23 verordening nr. 1/2003.

^{76.} *Google Shopping*, punten 341 *et seq.*

^{77.} Voor een kritiek, zie P. IBANEZ COLOMO, “Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles”, *Chilling Competition Blog*, beschikbaar via www.chillingcompetition.com/2019/04/24/self-preferencing-yet-another-epithet-in-need-of-limiting-principles/.

^{78.} Ger.EU, hangende zaak T-612/17.

^{79.} Zie *supra*, vn. 16.

vormen van mededingingsbeperkend misbruik mogelijk gemaakt wordt.⁸⁰

Om een coherente toepassing van zowel Europees als nationaal mededingingsrecht te verzekeren, lijkt het wellicht nuttig dat ook op Europees niveau verder nagedacht wordt over de bestaande misbruikdefinitie en hoe deze eventueel te verfijnen in de context van de digitale economie of online platformen. Daarbij is het ten zeerste van belang dat duidelijk wordt wanneer er sprake is van een misbruik en welke soorten misbruikmakend gedrag daartoe aanwezig dienen te zijn. In de mate dat het Hof van Justitie bepaalde gedragingen niet als misbruikmakend erkent, kan bovendien de vraag rijzen of bijkomende regelgeving nodig is om dergelijke praktijken desgewenst aan banden te leggen. In dat geval lijkt het mededingingsrecht niet langer het meest nuttige instrument om dat doel te bereiken, maar is complementaire regelgeving wellicht een betere optie.

c. Problemen van toekomstig mogelijk misbruik: de concentratiecontroleregels

Om te vermijden dat de fusie of verwerving van ondernemingen tot een gevoelige vermindering van concurrentie op een relevante markt leidt, voorziet het mededingingsrecht in een voorafgaande controle op zulke concentraties. Alvoorts dergelijke concentraties doorgevoerd kunnen worden, dienen zij te worden aangemeld bij bevoegde mededingingsautoriteit – de Europese Commissie of een of meerdere nationale mededingingsautoriteiten – die haar goedkeuring hiertoe zal moeten geven. Aanmelding is enkel verplicht voor transacties waarbij de omzet van de betrokken ondernemingen bepaalde drempels overschrijdt.⁸¹ Indien aanmelding verplicht is, gaat een mededingingsautoriteit in de eerste plaats na in welke mate de voorgenomen transactie de effectieve mededinging op de markt op significante wijze zou belemmeren.⁸² Het creëren van een dominante positie op die markt vormt daar een – maar niet het enige – voorbeeld van.⁸³ De Europese concentratiecontrolereverordering nr. 139/2004 bevat bovendien verschillende mogelijkheden om concentraties door te verwijzen van het nationale naar het Europese niveau en *vice versa*.⁸⁴

In de context van de digitale economie is de vraag gerezen of deze voorwaarden voldoende zijn om zogeheten “killer

acquisitions” tegen te gaan. Zowel de aanmeldingsdrempels als de uit te voeren mededingingsconformiteitsanalyse werden daarbij in vraag gesteld.

Wat de aanmeldingsdrempels betreft, is het duidelijk dat bepaalde concentraties tussen technologieondernemingen, zoals Facebook en Whatsapp, niet voldeden aan de Europese aanmeldingsdrempels. Enkel doordat de concentratie bij meerdere nationale mededingingsautoriteiten aangemeld diende te worden, kon de Commissie over de betreffende zaak oordelen.⁸⁵ De Facebook/Instagram-verwerving werd daarentegen niet door de Commissie behandeld.⁸⁶ De vrees is dan ook dat in vergelijkbare (toekomstige) gevallen, bepaalde concentraties helemaal nergens zullen moeten worden aangemeld. Indien een technologieonderneming een potentieel toekomstige concurrent in een voldoende vroeg stadium overneemt, kan de transactie onder de aanmeldingswaarden van zowel Europees als nationaal concentratiecontrolerecht vallen. Daarom wordt onder meer door het Duitse expertenrapport⁸⁷ en de experten van de Europese Commissie⁸⁸ geopperd dat aanmeldingsdrempels niet langer op basis van omzet, maar op basis van de onderliggende waarde van de transactie bepaald dienen te worden in digitale economie-zaken. De Duitse en Oostenrijkse wetgeving werden al in die zin aangepast.⁸⁹ Zo is in Duitsland de aanmelding van transacties waarvan de waarde 400 miljoen euro te boven gaat, verplicht, zelfs al is niet aan de klassieke aanmeldingsdrempels voldaan.⁹⁰ Voorlopig lijkt er op het niveau van de Europese Unie weinig animo om dergelijke wijzigingen ook in te passen in de concentratiecontrolereverordering. De experten van de Europese Commissie stellen zelf vast dat een dergelijke wijziging eerst op nationaal niveau uitgetest dient te worden. Bovendien laat de concentratiecontrolereverordering toe dat de Commissie de behandeling van een zaak kan overnemen op vraag van de betrokken nationale autoriteit. Dat mechanisme lijkt voorsnog te volstaan, op voorwaarde dat informatie over aanmeldingen en mogelijke doorverwijzingen voldoende gecoördineerd wordt.

Inzake de toepasselijke beoordelingsstandaard van concentraties is het van belang aan te stippen dat concentratiecontrole, in tegenstelling tot analyses onder de artikelen 101 en 102 VWEU, *ex ante* (voorafgaand aan mededingingsbeperkend gedrag) in plaats van *ex post* plaatsvindt. Die *ex ante*-beoordeling heeft gevolgen. In tegenstelling tot artikel 102

^{80.} Zie *supra*, vn. 15.

^{81.} Art. 1, 2, en 3, verordening nr. 139/2004.

^{82.} Art. 2, 2, verordening nr. 139/2004.

^{83.} Art. 2, 1, verordening nr. 139/2004.

^{84.} Art. 4, 4, en 5., 9 en 22 verordening nr. 139/2004.

^{85.} Zie punten 9 en 10 van het besluit van de Europese Commissie om geen bezwaar aan te tekenen tegen een aangemelde concentratie (zaak M.7217, *Facebook / WhatsApp*) (Pb. C. 21 november 2014, afl. 417, p. 4). De authentieke Engelstalige versie is beschikbaar via www.ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf.

^{86.} M. BOURREAU en A. DE STREEL, *supra*, vn. 35, p. 15.

^{87.} Duits expertenrapport, p. 62.

^{88.} Expertenrapport uit 2019 inzake de digitale economie, p. 111.

^{89.} § 35 (1a) GWB en § 9 (4) Oostenrijkse Kartellgesetz 2005, Bundesblatt I 61/2005.

^{90.} § 35 (1a, sub 3) GWB.

VWEU is het niet vereist dat een onderneming een dominante positie heeft om een transactie te verbieden. Het hoeft dan ook niet te verbazen dat de experts van de Europese Commissie in deze analyse toegegeven hebben dat het verwerven van meer of minder marktaandeel niet essentieel is om een significante belemmering van de effectieve mededinging op de relevante markt aan te tonen.⁹¹ In de analyse wordt veeleer gekeken naar de mate waarin een concentratie toekomstige mededinging op of voor een markt zal belemmeren. Niettemin wordt in dat verband ook geopperd om de evaluatiestandaarden te verfijnen in het licht van de eigenheden van digitale markten. Zo zou meer aandacht besteed kunnen worden aan de impact van een concentratie op het verwerven en verwerken van data en op innovatie in de markt.⁹² Bovendien zou ook bijzondere aandacht besteed moeten worden aan concentraties die “market tipping” met zich kunnen brengen. Daartoe raden de expertenrapporten aan om digitale ondernemingen die kleinere startups overnemen, te doen bewijzen dat hun overname de mededinging bevordert.⁹³ Dat houdt een omkering van de bewijslast in, vermits het normaal de mededingingsautoriteit is die dient aan te tonen dat de concentratie mededingingsbeperkend zou zijn. Indien het betrokken platform niet kan aantonen dat een concentratie mededingingsbevorderend is, zou zij onder dat voorgestelde regime verboden moeten worden. Hoewel de rapporten de wetgever en Europese Commissie oproepen actie te ondernemen, blijft het voorlopig koffiedik kijken of dergelijke verfijnde criteria hun weg in wetgeving of beslissingspraktijk zullen vinden.

C. De eerder traditionele praktijk van mededingingsbeperkend gedrag in de digitale economie

Vooralsnog beperkt de aandacht van het mededingingsrecht zich in de context van online platformen hoofdzakelijk tot vermoed of toekomstig dominant marktgedrag, beteugeld door artikel 102 VWEU of de concentratiecontroleverordening. In mindere mate komt artikel 101 VWEU aan bod. Artikel 101 verbiedt overeenkomsten, beslissingen van ondernemingsverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die tot doel of gevolg hebben de mededinging op de interne markt te beperken, te verhinderen of te vervalsen. Ook hier heeft de Europese Commissie een beslissingspraktijk kunnen ontwikkelen waarbij bepaalde gedragingen altijd verboden worden of verboden worden wanneer mededingingsbeperkende effecten aangetoond zijn. Tot nog toe heeft de toepassing van dit artikel minder geleid tot debatten over verfijning of aanpassing van het rechtskader. Dat komt wellicht omdat mededingingsautoriteiten zich

enkel op bekende en weinig controversiële prijsafspraken gericht hebben en omdat moeilijkere zaken (zoals de *Amazon-zaak*) nog volop aan de gang zijn (a.). Daarnaast is er wel een steeds toenemende aandacht voor de fenomenen van artificiële intelligentie en blokketentechnologieën (blockchain) en hun potentiële rol in het vergemakkelijken van restrictieve mededingingspraktijken. Verschillende autoriteiten nemen hierin een proactieve houding aan door middel van studies en rapporten. In de praktijk blijken die fenomenen voornamelijk theoretisch te zijn (b.).

a. Mededingingsbeperkende afspraken in de digitale economie?

In de context van artikel 101 VWEU maakt Amazon het voorwerp uit van een onderzoek naar mededingingsbeperkende praktijken. Dat onderzoek betreft Amazons overeenkomsten met verkopers die van de Amazon Marketplace-dienst gebruik maken.⁹⁴ Amazon verkoopt vaak dezelfde producten en treedt dus in concurrentie met die verkopers. Tezelfdertijd verschaft het diezelfde verkopers een platform om hun producten aan de man te brengen. De vraag rijst dan ook of Amazon hier de concurrentie vervalst. Omdat de zaak nog hangende is bij de Europese Commissie, is de uitkomst ervan onduidelijk. Het is evenwel mogelijk dat deze zaak in de nabije toekomst de aanleiding zal kunnen vormen voor een bredere reflectie over de toepasbaarheid van artikel 101 VWEU in de context van de digitale economie.

In het algemeen hebben mededingingsautoriteiten verder artikel 101 VWEU toegepast op online verkopen van producten, zonder daarbij de bestaande rechtspraak te wijzigen. Zo bevestigde het Hof in *Coty* dat ook aan online platformen bepaalde vereisten inzake productpresentatie en verkoopexpertise mogen worden opgelegd wanneer een bepaald luxe-product verdeeld wordt. De rechtspraak inzake selectieve distributiecontracten geldt met andere woorden ook voor online verkopen.⁹⁵

Daarnaast werd bevestigd dat zogeheten “most favoured nation clauses”, clausules die een verkoper verbieden producten aan een lagere prijs aan te bieden dan de prijs die een online platform aanreken, mededingingsbeperkend kunnen zijn. Meer in het bijzonder zijn clausules die elke vorm van lagere prijszetting verbieden, strijdig met artikel 101 VWEU. In de context van de digitale economie werden zowel de prijszettingsclausules in overeenkomsten van Booking.com als in overeenkomsten van Amazon met verkopers van e-books op die manier doorgelicht.⁹⁶ Amazon deed toegevingen aan de Europese Commissie, waardoor geen schending van artikel 101 VWEU vastgesteld werd.⁹⁷

⁹¹ Expertinnenrapport uit 2019 inzake de digitale economie, p. 118.

⁹² Expertinnenrapport uit 2019 inzake de digitale economie, p. 116-117.

⁹³ Expertinnenrapport uit 2019 inzake de digitale economie, p. 117; Duits expertinnenrapport, p. 67.

⁹⁴ Zie *supra*, vn. 13.

⁹⁵ HvJ 6 december 2017, C-230/16, *Coty Germany*, EU:C:2017:941.

Inzake Booking.com staan niet alle lidstaten van de Europese Unie op dezelfde lijn, althans wat betreft clausules die een zekere vorm van lagere prijszetting via alternatieve distributiekanaalen nog toelaat. De Belgische wetgever nam in dat verband bovendien bijkomende wetgeving aan die deze praktijk in absolute termen verbodt. Duitse en Zweedse rechtbanken beschouwen dergelijke beperkte clausules evenwel als gerechtvaardigd onder artikel 101, 3. VWEU.⁹⁸ Een eenvoudige interpretatie van artikel 101 VWEU in deze context, mede gesteund door een Commissiebeschikking of rechtspraak van de EU-hoven, blijft vooralsnog uit.

b. Blokketentechnologieën en artificiële intelligentie: nieuwe grenzen aan artikel 101 VWEU?

Hoewel er nog geen concrete zaken hangende zijn op dit ogenblik, waarschuwt de rechtsleer voor een mogelijke spanningsverhouding tussen het gebruik van blokketentechnologieën en respect voor artikel 101 VWEU. Blokketentechnologie bestaat uit een keten van verschillende computers die toegang hebben tot een reeks documenten of informatie. Die informatie kan door elke deelnemer bijgewerkt of aangevuld worden; op elk ogenblik hebben alle gebruikers van de keten dan toegang tot de meest up-to-date informatie. Informatie ingegeven in de blokketen kan bovendien automatisch bepaalde transacties doen opstarten.⁹⁹ Hoewel binnen de keten alle informatie voor elke gebruiker toegankelijk is, kan de blokketen de toegang tot de informatie belemmeren. Het risico bestaat dan ook dat een blokketen gebruikt wordt om mededingingsbeperkende informatie uit te wisselen tussen ondernemingen, zonder dat mededingingsautoriteiten hiervan op de hoogte kunnen zijn.¹⁰⁰ Het probleem van deze technologie is niet als zodanig het gebruik ervan, maar het gebrek aan detectiemogelijkheden van mededingingsbeperkend gedrag binnen de blokketen. Bovendien kan het automatisch afsluiten van contracten op basis van bepaalde informatie ertoe leiden dat onbewust mededingingsbeperkende overeenkomsten tot stand komen. Om die problemen te vermijden, behoeft artikel 101 VWEU niet noodzakelijk aanpassing. Eerder zal het noodzakelijk zijn mededingings-

autoriteiten op een of andere manier toe te laten informatie uit de blokketen te verwerven. Op dit ogenblik denken mededingingsautoriteiten na over de aanpassing van onderzoeksbevoegdheden aan het digitale tijdperk.¹⁰¹ Zonder enige twijfel zal de toenemende invloed van blokketentechnologie een rol spelen in die debatten. De aandacht van mededingingsautoriteiten voor dit fenomeen blijft vooralsnog evenwel beperkt.

In tegenstelling tot de blokketentechnologie, werd wel gewezen op risico's van mededingingsbeperkend gedrag door computerprogramma's die geleerd hebben samen te werken, stilzwijgend en los van enige menselijke interactie.¹⁰² Hoewel de rechtsleer wijzigingen aan artikel 101 VWEU voorstelde in dat verband¹⁰³, lijkt dit debat in de huidige omstandigheden erg voorbarig. Geen enkele vorm van stilzwijgende mededingingsbeperkende samenwerking is bekend en de technologische mogelijkheid ervan wordt in de huidige stand van de techniek nog steeds betwist.¹⁰⁴ Dat belet mededingingsautoriteiten evenwel niet om na te gaan of in de toekomst wijzigingen aan wetgeving nodig zijn. In dat verband stelden de Franse en Duitse mededingingsautoriteiten samen een rapport op, waarin de mogelijke pijnpunten uiteengezet werden.¹⁰⁵ Die rapporten gaven evenwel nog geen aanleiding tot wetswijzigingen.

Zowel blokketentechnologie als stilzwijgende mededingingsbeperkingen door middel van artificiële intelligentie blijven dus nog enigszins toekomstmuziek. Tezelfdertijd zijn mededingingsautoriteiten zich bewust van de risico's en uitdagingen die deze nieuwe technologieën met zich brengen en worden verkenningen gemaakt om het rechtskader eventueel aan te passen.

D. Naar aanvullend aangepaste handhavingskaders?

Bovenop of in plaats van de voorgestelde aanpassingen aan het materieel mededingingsrecht, gaan ook meer voorstellen op om de bestaande handhavingskaders aan te passen. Dat kan door het opzetten van bijzondere taskforces voor de digitale economie binnen mededingingsautoriteiten of door het

^{96.} Zie daarover in het algemeen: S. VEZZOSO, "Online platforms, rate parity and the free-riding defence" in P. NIHOUL en P. VAN CLEYNENBREUGEL (eds.), *The roles of innovation in competition law analysis*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, 341-376.

^{97.} Besluit van de Commissie van 4 mei 2017 inzake een procedure op grond van artikel 102 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en artikel 54 van de EER-overeenkomst (zaak AT.40153, *Meestbegunstigingsclausules voor e-boeken en verwante zaken*) (Pb. C. 11 augustus 2017, afl. 264, p. 7).

^{98.} Voor achtergrond, zie N. PETIT en P. VAN CLEYNENBREUGEL, *supra*, vn. 18, p. 45.

^{99.} Over blokketentechnologie, zie het overzicht geschreven voor liken op www.sap.com/netherlands/insights/what-is-blockchain.html.

^{100.} Zie T. SCHREPEL en V. BITURIN, "Blockchain Code as Antitrust", beschikbaar via www.papers.ssrn.com/so3/papers.cfm?abstract_id=3597399.

^{101.} Voor een overzicht in dat verband, zie J. STEENBERGEN, "Challenges to Enforcers" in C. RUSU, A. LOOIJESTIJN-CLEARIE, M. VEENBRINK en S. TANS (eds.), *New Directions in Competition Law Enforcement*, Den Haag, Wolf Legal Publishers, 2020, 1-18.

^{102.} Zie voor achtergrond, F. BENEKE en M.-O. MACKENRODT, "Artificial Intelligence and Collusion", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2018, 109-134.

^{103.} Voor een overzicht van die rechtsleer, P. VAN CLEYNENBREUGEL, *supra*, vn. 38, p. 1.

^{104.} Zie daarvoor U. SCHWALBE, "Algorithms, machine learning, and collusion", *Journal of Competition Law & Economics* 2019, 568-607; zie tevens A. GAUTIER, A. ITTOO en P. VAN CLEYNENBREUGEL, *supra*, vn. 39.

^{105.} Voor dat rapport, zie *supra*, vn. 47.

creëren van bijkomende toezichthouders op digitale markten. Zo werd in Frankrijk een dergelijke taskforce opgericht.¹⁰⁶ Buiten de Europese Unie heeft het Verenigd Koninkrijk een pioniersrol gespeeld in dat verband en worden concrete stappen gezet die steeds verder neigen naar de oprichting van een “Digital Markets Unit” binnen de Competition and Markets Authority. Die Unit zou op een meer proactieve wijze moeten nagaan of er gevaren voor de mededinging zijn en hierop anticiperen door op voorhand (*ex ante*) bepaalde gedragingen te verbieden.¹⁰⁷ Een dergelijke manier van handelen verschilt van de *ex post* wijze (naar aanleiding van reeds gesteld gedrag) waarop het mededingingsrecht de laatste twee decennia toegepast werd.

Ook de Europese Commissie lijkt in die richting na te denken. Recent werd daartoe een oproep gelanceerd voor een nieuw mededingingsinstrument (new competition tool). De Commissie stelde immers vast dat “[b]epaalde marktstructuren [niet zorgen] voor concurrentie (d.w.z. er is dus sprake van structureel marktfalen), zelfs zonder ondernemingen met concurrentieverstorende gedragingen. Zo kunnen markten systeemfalen vertonen als gevolg van bepaalde structurele kenmerken, zoals een hoge mate van concentratie en

hoge toetredingsdrempels, consumentenlock-in, gebrek aan toegang tot data of accumulatie van data”.¹⁰⁸ De bedoeling van dat instrument zou zijn “om op diverse markten structurele mededingingsproblemen aan te pakken die met de huidige mededingingsregels niet of niet op de meest doeltreffende manier kunnen worden aangepakt (bv. voorkomen dat markten kantelen)”.¹⁰⁹ Meer in het bijzonder stelt de Europese Commissie de volgende werkwijze voor:

“Nadat een structureel concurrentieprobleem is vastgesteld door middel van een rigoureuze *marktonderzoek* waarin de rechten van verdediging volledig worden geëerbiedigd, zou het nieuwe instrument de Commissie in staat stellen om gedragscorrigerende en, in voorkomend geval, structurele maatregelen op te leggen. Er zou echter geen inbreuk worden vastgesteld en evenmin zou de marktdeelnemers een geldboete worden opgelegd.”¹¹⁰

Voorlopig gaat het om een publieke consultatie over de mogelijkheid tot ontwikkeling van een dergelijk instrument. De Commissie neemt zich evenwel voor om voor het einde van 2020 een concreter voorstel aan te nemen in dat verband.

III. BESLUIT

Het bovenstaande overzicht maakt duidelijk dat de Europese Commissie maar ook nationale mededingingsautoriteiten niet aarzelen de bestaande regels toe te passen op actoren binnen de digitale economie. Enerzijds blijkt het inderdaad mogelijk om in de digitale economie, net zoals in andere economische sectoren, mededingingsbeperkend of misbruikmakend gedrag te identificeren en te beboeten volgens de geldende regels (zoals in *Google Android* en *Google AdSense*). Anderzijds werden de bestaande rechtsregels flexibel geïnterpreteerd (op Europees niveau) of aangepast (Duitsland) om bepaalde gedragingen alsnog als misbruikmakend (*Google Shopping* en de Duitse beslissing inzake Facebook) te beschouwen. Door het rechtsonzekere karakter van die flexibele interpretaties, roept het opleggen van hoge geldboetes of verregaande verplichtingen in dergelijke zaken logischerwijze enige weerstand op.

Men kan zich bovendien afvragen of de nieuw geïdentificeerde misbruiken daadwerkelijk mededingingsbeperkend zijn. Digitale markten kenmerken zich door een andere concurrentiedynamiek en die kenmerken zouden uitdrukkelijker naar voren kunnen komen in de analyses die de Commissie maakt. Indien dat niet het geval is, riskeert men praktijken te

verbieden die niet mededingingsbeperkend zijn en daardoor de drang van ondernemingen om te innoveren te fnuiken. Indien de betrokken gedragingen niet mededingingsbeperkend zouden zijn, is het moeilijk vol te houden dat het mededingingsrecht ze alsnog zou moeten verbieden. In dat geval zou het mededingingsrecht voorbij gaan aan zijn doelstelling en aldus op een illegitieme manier worden toegepast. Om dergelijke gedragingen alsnog te verbieden, zou complementaire of aangepaste regelgeving nodig zijn. Voorlopig blijft het dus afwachten hoe het Hof van Justitie de bestaande flexibele interpretaties zal beoordelen. Indien het tot de vaststelling komt dat het mededingingsrecht op die manier te flexibel geïnterpreteerd wordt, zal bijkomende regelgeving de enige oplossing zijn indien men bepaalde gedragingen van online platformen aan banden wenst te leggen.

Het hoeft daarom niet te verbazen dat Duitsland – en in mindere mate andere EU-lidstaten – reeds stappen zette om het mededingingsrechtelijk of regelgevend kader uit te breiden. Ook de Europese Commissie denkt daarom na over bijkomende specifieke regelgeving die het toepassingsgebied van het mededingingsrecht zou overstijgen. De toekomst zal moeten uitwijzen welke weg gekozen wordt. Het staat alles-

^{106.} Zie daarvoor www.autoritedelaconurrence.fr/fr/article/lautorite-cree-un-service-de-leconomie-numerique.

^{107.} Zie in dat verband, www.gov.uk/government/publications/digital-markets-taskforce-terms-of-reference/digital-markets-taskforce-terms-of-reference-3.

^{108.} Zie daarvoor de uitleg van de Europese Commissie van 20 juni 2020, beschikbaar op www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/nl/ip_20_977.

^{109.} *Ibid.*

^{110.} *Ibid.*

zins vast dat de toepassing van het mededingingsrecht in de digitale economie nieuwe vragen doet rijzen over welke doelstellingen het mededingingsrecht dient na te streven en op welke manier dat dient te gebeuren.¹¹¹ Het lijkt dus meer

dan waarschijnlijk dat ook in de nabije toekomst vragen over de verhouding tussen mededingingsrecht en bijkomende vormen van *ex ante*-regulering nog sterker voor het voetlicht zullen treden. Wordt ongetwijfeld vervolgd ...

¹¹¹ Dat debat is zeker niet nieuw; zie daarover de bijdragen in D. ZIMMER (ed.), *The goals of competition law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012.