

Column

Paradigmaverschuivingen

Anna Gerbrandy*

Dit nieuws had ik gemist in mijn vrijwel wifi-loze vakantie: de inkomenskloof tussen arm en rijk is een van de belangrijkste thema's van verkiezingen in de VS geworden. Datzelfde thema staat ook in Duitsland hoog op de politieke agenda. Piketty blijkt tot nog toe blijvend relevant en de aandacht voor Keynes' gedachtegoed is zichtbaar in iedere (betere) boekhandel. In Nederland is verdergaande liberalisering en marktwerking in de zorg niet vanzelfsprekend. Tegelijkertijd heeft de Europese Unie een identiteitscrisis; al langer latent aanwezig, maar opgevlamd door Brexit. In *The Guardian* wordt het zó samengevat: 'The death of neoliberalism and the crisis in western politics' (Martin Jacques, 21 augustus 2016). De kern van deze en vergelijkbare analyses is dat de vanzelfsprekendheid van het neoliberale gedachtegoed aan het afbrokkelen is en de idee van de vrije markt – sinds de jaren van Thatcher en Reagan leidend voor beleid, regelgeving en algemene inrichting van de samenleving – onder druk staat. Aanleidingen zijn complex; de kern daarvan lijkt een doordringend besef van de negatieve effecten van geglobaliseerde handel. Mijn voorlopige conclusie in het begrijpen van het kluwen van aanleidingen, analyses en gevolgtrekkingen is dat we midden in een Kuhniaanse paradigmaverschuiving zitten. Het is alleen onduidelijk wat, als het neoliberalisme niet meer het vanzelfsprekende denkraam is waarmee de samenleving wordt vormgegeven, dáár voor in de plaats moet komen. Ook *The Guardian* signaleert vooral een crisis in politiek denken zonder een alternatief te schetsen.¹

* Prof. mr. A. Gerbrandy is hoogleraar Mededingingsrecht aan de Universiteit Utrecht.

1. Voor onderkenning van het gevaar daarvan zouden we bij 'The Great Transformation' van Polanyi terecht kunnen, die in zijn beschouwing van de grote verschuivingen na de crisis in de jaren dertig van de vorige eeuw de opkomst van nationalisme en xenofobie beschrijft. Dat is in ieder geval een onplezierig en deprimerend alternatief.

Ook als het gaat om het mededingingsrecht ontbreekt het aan een theoretisch fundament dat de plaats in zou kunnen nemen als (of: nu) het neoliberalisme niet meer voldoet. Vóór de economisering lagen die fundamenteen in een Europese, op de interne markt gebaseerde variant van het Duits-geïnspireerd ordoliberalisme. Daarop volgde de economisering van het mededingingsrecht; over het algemeen beschouwd als een welkome correctie op een al te formalistisch-legalistische benadering. Economisering paste bij het gedachtegoed van de Thatcher-Reagan tijd, hoewel échte neoliberalen de Europese mededingingsregels en de nadruk op *consumentenwelvaart* als een milde variant daarvan zullen beschouwen.

Aan dit mededingingsrechtelijk paradigma wordt gemorreld, maar een nieuw theoretisch fundament is nog niet beschikbaar. Het gebrek aan theoretische fundering kan geïllustreerd worden met de discussie over de plaats van niet-economische belangen in het mededingingsrecht: er ligt geen theorie klaar die de relatie tussen de overheid en de markt, tussen economische doelen en niet-economische doelen, en de inrichting van de samenleving in de eenentwintigste eeuw verbindt. Deze in Nederland vooral op duurzaamheid toegespitste discussie kan echter nog wel weggezet worden als een Nederlandse anomalie, waarmee de reden ontbreekt om te onderkennen dat er noodzaak is aan een nieuw paradigma.

Dat is anders als we de aandacht verschuiven naar de huidige inzet van het mededingingsrecht als wapen van het Bundeskartellamt tegen Facebook en van de Commissie tegen Google. Dienen zich hier de contouren van paradigmawisseling aan? In deze (en in vergelijkbare) zaken staat de relatie tussen mededingingsrecht en *Big Data* centraal en is de vraag of en hoe het mededingingsrecht kan worden ingezet in nieuwe markten, bij sociale netwerken, platformmarkten, en big-dataconglomeraties. De mededingingsrechtelijke discussie omvat een aantal van elkaar te onderscheiden elementen. Ten eer-

ste hoe de marktafbakening in dit type markten werkt. Ten tweede of er ondanks zeer hoge marktaandeelen wel sprake is van een machtspositie, en welke concurrentietheorieën daar wel of niet een rol in spelen. En ten derde – en daar sta ik iets langer bij stil – wat hier de correcte *theory of harm* is. Die vraag is vanuit het huidige paradigma bezien een logische vraag naar de rechtvaardiging van de inzet van het *mededingingsrecht*. Mogelijke antwoorden zijn dat er geen ‘*theory of harm*’ is,² (ten aanzien van de Facebookzaak is geopperd dat het mededingingsrecht vooral wordt ingezet omdat het de dataproctietoezichthouders ontbreekt aan passende instrumenten³); dat deze zaken in principe niet afwijken van andere zaken of in ieder geval daarop voortbouwen.⁴ Of er wordt onderkend dat er wel degelijk iets nieuws wordt geprobeerd en dat de *theory of harm* ligt in de in de samenhang tussen privacybescherming (dataprotectie) en mededingingsrecht.⁵

Deze antwoorden blijven uiteindelijk binnen de grenzen van het huidige paradigma. Het zijn wat mij betreft ook enigszins onbevredigende antwoorden omdat de vraag wat nu het *uiteindelijke* doel is waarvoor het mededingingsrecht hier als instrument dient onbeantwoord blijft. Misschien moet de vraag anders gesteld worden om dat antwoord te vinden: waarom maken Facebook en Google ons (mij, althans) zo ongemakkelijk? Me dunkt dat het ongemak wordt veroorzaakt door de machtsconcentratie bij deze giganten. Deze is niet alleen *economisch* van aard maar betreft ook *datamacht*: door het samenkomen van verschillende functionaliteiten (search engine/ sociaal platform en Big Data voor commercieel gebruik) en de samenbundeling van verschillende soorten (privé)data en metadata, waarop het onmogelijk lijkt effectief controle uit te oefenen. Daardoor zijn gedragingen van dergelijke conglomeraten niet alleen wellicht mededingingsrechtelijk misbruikelijk, maar – door het enkele feit van die samenbundeling van economische macht en datamacht – ook een bedreiging voor onze burgerrechten, en wellicht zelfs onze democratie.⁶ Herlees vooral na de meest recente aankondiging van de koppeling van data tussen Facebook en WhatsApp, *The Circle* van Dave Eggers nog eens.

Als we literatuur en de Amerikaanse reflex te stellen dat de Commissie het mededingingsrecht vooral inzet om Amerikaanse bedrijven een kopje kleiner te maken even buiten beschouwing laten, en dit samenspel tussen economische macht en datamacht de eigenlijke dreiging is die van deze ondernemingen uitgaat, dan is dat aanleiding om niet alleen de samenhang tussen het datapro-

tectierecht en het mededingingsrecht opnieuw te bezien, maar vooral ook de daar achter liggende samenhang tussen economische marktmacht als mededingingsrechtelijk relevant concept en de bescherming van liberale waarden als individuele vrijheid, democratie en machtsbeperking te overdenken.⁷ Dat betekent dat dit type samengebundelde macht politieke relevantie verkrijgt. In zekere zin schurkt zo’n beschouwing aan tegen het ordoliberalisme, maar dan wel aangepast aan de eenentwintigste eeuw. Daarbij is de aandacht niet zozeer gericht op ‘the break-up of Google’ als de personificatie van ‘Big Corporate’,⁸ maar wordt het concept van marktmacht gekoppeld aan beschouwingen ten aanzien van privacy, netneutraliteit, de sociologie van internet, en vooral ook de (normatieve) vraag naar het belang van deze concepten voor democratie en vrijheid in de eenentwintigste eeuw. Hoewel de koppeling van marktmacht en datamacht ook reden kan zijn om andere concepten te herdenken (de plaats van grondrechten in de veranderde verhouding tussen marktpartijen, burgers en overheid bijvoorbeeld), kan hierin derhalve ook aanleiding liggen om de fundamenten van het mededingingsrecht opnieuw te vormen. Het huidige mededingingsrechtelijk paradigma biedt hiervoor weinig ruimte.

2. Zie bijvoorbeeld T. Körber, ‘Common errors regarding search engine regulation – and how to avoid them’, *ECLR* 2015, 36(6), p. 239-244.
 3. Zie hierover bijvoorbeeld het voorstel voor de voormalig European Data Protection Supervisor, genoemd in V. Grac-Aubert, ‘A Love and Hate relationship?’, *ECLR* 2015, 36(5), p. 224-231.
 4. A. Gebicka en A. Heinemann, ‘Social Media & Competition Law’, *World Competition* 2014, 37(2), p. 149-172.
 5. Reactie van Verstager, bijvoorbeeld, op de Facebookzaak die door het Bundeskartellamt is geïnitieerd (o.a. in: R. McLeod, ‘Novel but a Long Time Coming: The Bundeskartellamt Takes on Facebook’, *Journal of European Competition Law & Practice* 2016, 7(6), p. 367-368).
 6. Zie ook de Resolutie van het EP van 27 november 2014.

7. Zie hierover: J. Drexler, ‘Competition Law in Media Markets and Its Contribution to Democracy: A Global Perspective’, *World Competition* 2015, 38(3) p. 367-394.
 8. ‘The purpose of the Resolution [de Resolutie van het EP], as everyone in Brussels knows, is the break-up of Google’, aldus A. Geiger, ‘Thou Shalt Not Dominate’, *ECLR* 2015, 36(3), p. 128-131.