

Redactioneel

Mededingingsrecht in de schijnwerpers

Anna Gerbrandy*

Als mededingingsrechtjurist, en misschien ook wel vanwege na-ijlende *geekiness* (lang geleden aangewakkerd, zo rond de tijd dat het volstrekt predigitale Dungeons & Dragons in Nederland landde), volg ik ‘Big Tech’ met belangstelling. Naast de immer geliefde SF ligt op dit moment op mijn leesstapeltje een greep uit het aanbod boeken over (digitale) technologie, macht en maatschappij: Suzanna Zuboff's *The Age of Surveillance Capitalism*, #Republic van Cass Sunstein, *Future Politics* van Jamie Susskind, en *The People vs. Tech* van James Bartlett. Mededingingsrecht is niet het hoofdonderwerp. Het is echter in geen van de boeken geheel afwezig aangezien het overkoepelende thema – macht van technologiebedrijven – relevant is voor het mededingingsrecht (en andersom). Een van de gedeelde zorgen van deze auteurs betreft de gevolgen van de combinatie van marktmacht en dataverzameling bij een kleine groep technologieondernemingen.

Deze zorg lijkt breed gedeeld: zo werd ik uitgenodigd om te spreken over de macht van de techgiganten op een debatavond in Pakhuis de Zwijger. Vraagstelling: ‘Wordt onze economie beheerst door een handvol techgiganten?’¹ De avond was goed gepland en de zaal zat vol. De derde Europese mededingingsboete op rij voor Google was kort daarvoor al aangekondigd (*Google AdSense*, met betrekking tot het weren van concurrerende advertenties).² Tijdens de week tussen uitnodiging en debat was er nog meer nieuws: het Bundeskartellamt kwam met het langverwachte besluit in de *Facebook-*

zaak,³ en legde – zéér kort samengevat – Facebook op te stoppen met automatische datasamenvoeging. In diezelfde week publiceerde D66 een *Iniatiefnota over mededinging in de digitale economie*,⁴ met voorstellen voor ‘harde, concrete maatregelen’ ter inperking van de ‘macht [van] big data’.⁵ Kees Verhoeven, initiatiefnemer van de nota, was eveneens te gast bij Pakhuis de Zwijger. Het besluit van het Bundeskartellamt past, net als het aangekondigde *Google AdSense*-besluit, in een langer wordende reeks van besluiten waarin het mededingingsrechtelijke verbod op misbruik van machtspositie wordt toegepast op gedragingen van de grote technologiebedrijven. Mét de al oudere *Microsoft*-zaken passen in deze reeks onder meer de eerdere boetes die de Europese Commissie oplegde aan Google in de zaken *Google Shopping* en *Google Android*. Ook het marktonderzoek naar mogelijk mededingingsbeperkende gedragingen van Amazon – met betrekking tot het gebruik door Amazon van data over verkopen van derden-aanbieders op haar platform, terwijl het zelf ook producten verkoopt – past in deze reeks.⁶ Deze zaken en besluiten leiden logischerwijs tot mededingingsrechtelijke analyses (zoals vrijwel elk(e) mededingingsrechtelijk(e) besluit of uitspraak). Maar ook tot fundamentele discussies, met name over de vraag of zich nu iets nieuws onder de zon voordoet, of dat het mededingingsrecht nu het oog-in-oog staat met de Grote Vijf tech-reuzen nog

1

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

1. Zie <https://dezwijger.nl/programma/techgiganten>.

2. Zie www.bloomberglaw.com/news/articles/2019-01-17/google-s-woes-pile-up-as-eu-said-to-ready-third-antitrust-fine.

3. Zie www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html voor het persbericht en link naar de ‘case summary’.

4. Zie <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-35134-2.html>.

5. Zie NRC.nl: www.nrc.nl/nieuws/2019/02/05/plan-macht-big-data-inperken-a3653043.

6. Zie voor meer achtergrond deze blogpost: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2018/11/30/the-eus-competition-investigation-into-amazon-marketplace/>.

wel *business as usual* kan zijn.⁷ De nota van D66 doet, startend vanuit een historische schets van het Amerikaans antitrust, echter nog veel verdergaande voorstellen. Mochten ze weerklank vinden, dan zou dat tot een vrij fundamentele verschuiving van het mededingingsrechtelijke instrumentarium leiden. In die zin past deze nota bij het al eerder dit jaar niet uitsluiten door Vestager van de mogelijkheid dat ze zou overgaan tot het in stukken opbreken van Google.⁸ De *Financial Times* koppte: ‘Vestager has become a trailblazer in regulating Big Tech and business’,⁹ al was dat niet alleen ingegeven door de tech-zaken, maar ook doordat in deze zelfde februariweek de Europese Commissie een stokje stak voor de fusie tussen Siemens en Alstom,¹⁰ zeer tegen de zin van de Duitse en Franse overheid.¹¹ Dát besluit laat zien dat de Big Tech-discussie maar een klein stukje van de mededingingsrecht betreft – zoals geïllustreerd door de kronieken in dit nummer: ‘Civiele rechtspraak’, van Marieke Bredenoord-Spoek en Stijn de Jong, en ‘Publiekrechtelijke handhaving’, van Ekram Belhadj en Cees Dekker – en laat zien, zoals Winfred Knibbeler in zijn column in dit nummer betoogt, dat het ook tijd wordt voor een debat over *industriepolitiek* en mededingingsrecht.

Het gevolg van dit alles? Discussies binnen het mededingingsrecht, verwachtingen in de ‘buitenwereld’: de macht van Big Tech maakt mededingingsrecht *hot & happening*.

Er is ogenschijnlijk een grote tegenstelling in standpunten als het gaat om die mededingingsrechtelijke discussies. Het lijkt daarbij te gaan over de vraag of het mededingingsrecht, gezien de snelle digitale ontwikkelingen en het nieuwe type macht van de Grote Vijf, wel *fit for purpose* is. Voor een deel lijkt me die tegenstelling schijn. Er is wel degelijk ook overeenstemming. Laten we om te beginnen een rangschikking maken van mededingingsrechtelijk relevante gedragingen van de technologieondernemingen. Een eerste categorie is die van gedragingen waarbij digitale technologie eigenlijk alleen wordt gebruikt ter implementatie van een strategie die ons al bekend is uit de niet-digitale wereld. Dit is makkelijk voor te stellen ten aanzien van het kartelverbod (een prijsafspraken wordt digitaal geïmplementeerd), maar geldt net zo goed voor misbruik van machtspositie (een strategie van excessief hoge prijzen wordt online uitgevoerd). Daarover is verder weinig verschil van mening: natuurlijk is het mededingingsrecht hier *fit for purpose* (met daarbij alle gebruikelijke mitsen en maren

ten aanzien van effectieve handhaving en lange procedures). Een volgende categorie omvat mededingingsrechtelijk relevante gedragingen door digitale technologie zelf: door machines of robots of algoritmes. In het uiterste geval is hier geen sprake van menselijk handelen of inbreng van een menselijke actor. Me dunkt dat de stelling dat als er een ‘maker’ is, of dat als een onderneming de technologie gebruikt, er dus ook iemand is die aansprakelijk kan worden gehouden,¹² nog wel voor discussie vatbaar is als sprake zal zijn van echt artificiële intelligentie (*general intelligence* genoemd). Maar – hierover lijkt dan ook weer overeenstemming te zijn – de noodzaak om het mededingingsrecht hiertoe aan te passen doet zich voorlopig nog niet voor.

Voor nu is het de tussencategorie die het meest interessant is en voor de meeste discussie zorgt omtrent *fit for purposeness*: mededingingsrechtelijk relevante gedragingen die *embedded* zijn in de digitale omgeving – die zonder digitale technologie niet zouden kunnen voorkomen, en die daarmee nieuw zijn. In deze categorie vallen wat mij betreft de genoemde *Google*-zaken. Dat betekent niet, althans niet per se, dat er geheel nieuwe *theories of harm* moeten worden gehanteerd, wel dat deze soms worden aangepast en dat er daarmee een verschuiving optreedt. Wellicht zijn er ook nieuwe bewijsregels nodig. Deze meer descriptieve juridisch-dogmatische discussie – is hier sprake van een kleine aanpassing, van *business as usual*, of van een grote verschuiving, op zaaksniveau of de reeks overziend – kan tot verschillende inzichten leiden, afhankelijk van de precieze duiding.

Er doemen fundamentele vragen op als er een normatieve component wordt toegevoegd. Bijvoorbeeld deze: wat wordt nu eigenlijk bedoeld met een ‘mededingingsrechtelijk relevante gedraging’? Zijn dat gedragingen met een effect op consumentenwelvaart (‘klassiek’ mededingingsrecht) of ook, om maar iets te noemen, de gevolgen van filterbubbels op het functioneren van de democratie, de gevolgen van algoritmes op autonome besluitvorming, of de gevolgen van hypernudging op allebei? Wórden deze gedragingen en hun effecten mededingingsrechtelijk relevant *omdat* ze voortvloeien uit de, ook door mijn rijtje boekenschrijvers als zorgelijk omschreven, opeenhoping van economische macht en datamacht? Daarop volgend is de vraag: is het wel verstandig (of: juist, of: rechtvaardig) om in te grijpen als de effecten van de betreffende gedragingen nog onduidelijk zijn? Hier lijkt zich een tegenstelling voor te doen tussen twee standpunten. Het eerste standpunt is gebaseerd op de stelling: ‘bij onzekerheid vooral niet ingrijpen’, ingegeven door de (hier gereduceerd weergegeven) redenering dat ingrijpen innovatie belemmert en/of paternalistisch is. Het tweede standpunt is dat bij onzekerheid omtrent de lange termijn impact van technologische ontwikkelingen juist wel moet worden ingegrepen, want, samengevat: anders is het te laat, volgend uit

7. Zie ook het *M&M*-themanummer 2018/3 en meer recent deze blogpost over de Commissieconferentie ‘Shaping competition policy in an era of digitisation’: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2019/01/24/european-commission-conference-on-shaping-competition-policy-in-an-era-of-digitisation-5-key-points-and-practical-implications/>.

8. Hier: www.telegraph.co.uk/technology/2018/03/25/eu-competition-chief-keeps-threat-breaking-google-table/.

9. Zie www.ft.com/content/60b450b8-2ae5-11e9-88a4-c32129756dd8/.

10. Zie voor het persbericht: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-881_en.htm.

11. Onder andere: www.politico.eu/article/paris-and-berlin-rail-against-merger-block-in-brussels-alstom-siemens/.

12. Dit lijkt Vestager althans te impliceren, al kan het zijn dat zij het niet heeft over de situatie waarin ‘de machine’ daadwerkelijk onafhankelijk en zelfstandig opereert: https://ec.europa.eu/commission/communication/2014-2019/2019/03/2019-03-20-vestager-announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017_en.

het adagium *'better safe than sorry'*. De tegenstelling lijkt een beetje op die tussen de uit het omgevingsrecht meer bekende tegenstelling tussen het innovatiebeginsel en het voorzorgsbeginsel (of die tussen Luddieten en techno-optimisten). Naar aanleiding van een discussie tijdens de in Utrecht georganiseerde 'smart data'-bijeenkomst,¹³ waarbij Geoff Manne – van het ICLE uit de Verenigde Staten – een zeer duidelijke voorkeur had voor niet-ingrijpen, bedacht ik dat er wellicht een nog sterker verband is met vertrouwen. Ofwel het in algemene zin méér vertrouwen stellen in de overheid, de toezichthouder (of, zoals de Amerikanen zouden zeggen: de 'regulator'), ofwel het in algemene zin méér vertrouwen stellen in de markt, marktwerking, en de technologiebedrijven. Van die laatste wéten we immers waar het om te doen is: winstgevendheid. De *better-safe-than-sorry*-houding is in deze tegenstelling niet zozeer ingegeven door angst voor de impact van technologie, maar door het willen organiseren van tégenmacht, in dit geval tegen de nu machtige (of machtig geachte) technologie-reuzen.¹⁴

De toenemende belangstelling van de 'buitenwereld' voor het mededingingsrecht lijkt met deze normatieve vragen het meest samen te vallen. Mededingingsrecht is *hot & happening* omdat het een potentieel instrument is tegen de machtige technologiebedrijven. Het is misschien niet het enige instrument dat kan worden ingezet tegen de machts-honger van de Grote Vijf, maar oh, wat heeft het grote tanden! De roep om daarmee daadwerkelijk te bijten is dan ook groot, en komt nu ook van oud-werknemers zelf.¹⁵ Deze belangstelling maakt het mededingingsrecht meer dan voorheen *politiek*, al was het dat natuurlijk altijd al, ook op Europees niveau.

Ook dat werd duidelijk tijdens het Pakhuis de Zwijger-debat: ik ben niet de meest behoudend-orthodoxe mededingingsjurist, maar nu ondervond ik dat een stellingname die in mededingingskringen met enig 'nou-nou, dat gaat wel erg vér' wordt ontvangen, in de 'buitenwereld' (door althans een deel van het publiek) lang niet ver genoeg gaat. Dat is overigens vergelijkbaar in het debat over mededingingsrecht en duurzaamheid, waarover in dit nummer het artikel 'Samenwerking in de landbouw en de mededingingsregels' van Maria Litjens en Thomas van Rijn is opgenomen. Natuurlijk wordt naar het mededingingsrecht gekeken als instrument om machtsoppeenhoping tegen te gaan, zeker nu die mededingingsrechtelijke tanden – inderdaad – gelijken op die van de boze wolf. Dat er in een mededingingsrechtelijke context een verband wordt gelegd tussen opeenhoping van private macht (en middelen) bij een beperkt aantal bedrijven en een bedreiging van de bestaande democratische en sociale structuren is ook niet onbegrijpelijk, zeker niet in de historische context van ons rechtsgebied. Al denk ik dat het van belang is vast te stellen wel-

ke componenten die macht nu precies behelst, het lijkt me niet principieel ondenkbaar dat het mededingingsrecht óók kan worden ingezet ter bescherming tegen niet primair consumentenwelvaartbeïnvloedende effecten, bijvoorbeeld ter bescherming van privacy, andere grondrechten, of democratie. De oorsprong van deze beïnvloeding is immers gelegen in de – mededingingsrechtelijk relevante – economische, markt- en datamacht van deze ondernemingen. Ik ben weliswaar techno-optimist, maar ook overtuigd van het idee dat elke machtsoppeenhoping meerdere vormen van tegenmacht behoeft. Ik hecht echter ook nogal aan enkele andere rechtstatelijke beginselen: zo moet er binnen de constitutioneel-juridische, en in EU-verband ook de Europese verdragsrechtelijke, setting wél een juridische *grondslag* zijn om het mededingingsrecht in te zetten voor de bescherming van privacy, andere grondrechten, of democratie. Een deel van het debat zou daarom ook moeten gaan over de vraag of die grondslag kan worden gevonden in de Europese constitutionele context waarin het mededingingsrecht nestelt (en, zelfs dan, of andere instrumenten niet ook of meer geëigend zijn). Sommige van de voorstellen in de D66-initiatiefnota gaan, in dit licht bezien, mij te ver, hoewel daarin de noodzaak van mogelijke verdrags- en/of wetswijziging wordt benoemd. Het lijkt me ook om déze reden niet juist om te doen voorkomen dat het de Europese Commissie vrij zou staan (buiten de specifieke context van een structurele remedie) over te gaan tot het opbreken van de grote technologiebedrijven. De roep daartoe kan sterk zijn, en de politieke aantrekkingskracht van zo'n standpunt groot, maar daar staat het legaliteitsbeginsel vooralsnog aan in de weg.

13. Zie www.uu.nl/en/events/workshop-smart-data-and-competition-law.

14. En gaat dán ook niet alleen om de grote, en bekende, vijf ondernemingen, maar ook om machtsconcentratie in andere sectoren.

15. Zie onder andere: www.volkskrant.nl/wetenschap/oud-werknemers-facebook-en-google-beginnen-lobby-tegen-ontwrichtend-effect-van-sociale-netwerken-b88ab9525/.