

Artikel

‘Rebooting’ het mededingingsrecht – ook het mededingingsrecht ontsnapt niet aan de digitale transitie

Over digitale platforms, ex-anteregulering en toegangsverplichtingen in het concentratietoezicht

Janneke Kohlen, Mariska van de Sanden en Manuela Cox*

6

De aanhoudende groei van digitale platforms biedt duidelijk maatschappelijke voordelen voor mensen en bedrijven. Maar ze baart ook zorgen: toetreding van nieuwe bedrijven kan worden beperkt en de online keuzevrijheid kan in het geding komen. Met name waar het gaat om platforms waar consumenten of ondernemers nauwelijks omheen kunnen en die daarmee een zogehe- ten poortwachtersrol hebben. Overheden en mededingingsautoriteiten, waaronder de Europese Commissie (Commissie) en de Autoriteit Consument & Markt (ACM), kijken daarom met verscherpte interesse naar die digitale platforms. Inmiddels zijn er ook routekaarten met effectbeoordeling¹ van verschillende beleidsop- ties geconsulteerd, zoals het wetgevingspakket digitale

diensten (ook wel *Digital Services Act (DSA)*)² en de *New Competition Tool*³ (hierna ook wel de NCT of ‘het nieuwe mededingingsinstrument’). Daarin worden maatregelen voorgesteld om eerlijkere digitale markten te bevorderen en keuzevrijheid voor consumenten en ondernemers te waarborgen. Daarbij wordt gedacht aan een verplichting voor platforms om toegang te bieden tot het platform, data te delen en interoperabiliteit te waarborgen. Op die manier wil men het mededingingsrecht ‘rebooten’ door ervoor te zorgen dat de juiste instrumenten voor handen zijn om die eerlijke marktwerking te bevorderen en keuzevrijheid te waarborgen. Of in de woorden van Margrethe Vestager:

‘What we need is not so much a reset – it’s more what, in Hollywood, they call a “reboot”. When they reboot old movies and TV shows, they bring back the characters we know, but with the details refreshed

* Mr. J.I. Kohlen is werkzaam als advocaat bij Bird & Bird (Netherlands) LLP. Mr. M.A.M.L. van de Sanden is werkzaam als advocaat bij Bird & Bird (Netherlands) LLP. Mr. M.M.B. Cox is werkzaam als advocaat bij Bird & Bird (Netherlands) LLP. Het artikel is afgerond op 14 december 2020.

1. De Europese Commissie legt, voorafgaand aan een nieuw wetgevingsvoorstel, een routekaart, ook wel een aanvangseffectbeoordeling ter consultatie voor. Hierin maakt zij bekend dat zij actie overweegt op een bepaald terrein en welke verschillende beleidsop- ties voorliggen. De ontvangen feedback wordt meegenomen in het vormgeven van het mogelijke nieuwe wetgevingsvoorstel.

2. Europese Commissie, ‘Wetgevingspakket digitale diensten – regels voor grote onlineplatforms die als poortwachter fungeren’. Online beschikbaar: ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12418-Digital-Services-Act-package-ex-ante-regulatory-instrument-of-very-large-online-platforms-acting-as-gatekeepers. Laatste geraadpleegd op 6 november 2020. Hierna: ‘Wetgevingspakket digitale diensten’.

3. Europese Commissie, ‘Nieuw aanvullend instrument voor betere handhaving van de mededingingsregels’. Online beschikbaar: ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-New-competition-tool. Laatste geraadpleegd op 6 november 2020. Hierna: ‘Nieuw aanvullend instrument voor betere handhaving van de mededingingsregels’.

and updated for a new era. And that's pretty much what competition policy needs. Not to change what our policy is about – but to make sure that the tools we have to achieve those goals are up to date.⁴

Interessant is dat de ACM het afgelopen jaar in het kader van concentratietoezicht meerdere keren vergelijkbare maatregelen heeft opgelegd aan digitale platforms, zij het in de vorm van gedragsremedies. Ogen-schijnlijk om te voorkomen dat de digitale platforms (in de toekomst) een poortwachtersrol zouden krijgen, en daarmee de concurrentie kunnen verstoren. Hierbij kan worden gedacht aan de concentratiebesluiten *Sanoma/Iddink*,⁵ *NS/Pon*⁶ en *NS en de gemeentelijke vervoersbedrijven*.⁷ In dit artikel beschrijven wij welke lessen de concentratiebesluiten bieden voor de invulling, en mogelijk op een later moment de toepassing, van de EU-wetgevingsvoorstellen.⁸ Daartoe wordt eerst ingegaan op de vermeende tekortkomingen in het huidige mededingingsinstrumentarium en de Nederlandse visie op de vernieuwing hiervan, gevolgd door de hiervoor genoemde routekaarten met effectbeoordelingen van de EU-wetgevingsvoorstellen. Vervolgens komen de gedragsremedies in de voornoemde drie concentratiebesluiten van de ACM aan bod, waarna wordt afgesloten met de conclusies die volgens ons daaruit kunnen worden getrokken.

NB Ná afronding van dit artikel zijn het wetgevingsvoorstel inzake digitale markten⁹ en het wetgevingsvoorstel inzake digitale diensten¹⁰ door de Commissie gepubliceerd in navolging van de consultaties van de routekaarten met effectbeoordelingen.¹¹ Deze voorstellen zijn daarom niet volledig meegenomen in dit artikel, maar waar mogelijk zal aan deze voorstellen worden gerefereerd, voor zover dit de leesbaarheid van het artikel niet verstoort.

4. Speech Margrethe Vestager, OECD Global Forum on Competition, *Competition policy: time for a reset?*, 7 december 2020. Online beschikbaar: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/speech-evp-margrethe-vestager-oecd-global-forum-competition-competition-policy-time-reset_en.
5. Besluit ACM 28 augustus 2019, kenmerk ACM/UIT/5184704 (*Sanoma/Iddink*).
6. Besluit ACM 20 mei 2020, kenmerk ACM/UIT/534638 (*NS/Pon*).
7. Besluit ACM 9 juli 2020, kenmerk ACM/UIT/537588 (*NS/gemeentelijke vervoersbedrijven*).
8. In Nederland en in de Europese Unie wordt ook nagedacht over het 'rebooten' van het concentratietoezicht zelf, bijvoorbeeld door de fusiedrempels aan te passen zodat concentraties van o.a. digitale platforms vaker binnen het concentratietoezicht vallen. Het belang van (toegang tot) data wordt in het concentratietoezicht al langer onderkend. Zie bijvoorbeeld het Commissiebesluit van 6 september 2018 in zaak M.8788 (*Apple/Shazam*). De inzichten die in het concentratietoezicht zijn opgedaan op dit gebied kunnen lessen bieden voor de invulling en de toepassing van de wetgevingsvoorstellen.
9. Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad met betrekking tot eerlijke en open digitale markten (Wet inzake digitale markten) COM(2020)842 final – 2020/0374 (COD).
10. Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad met betrekking tot een interne markt voor digitale diensten (Wet inzake digitale diensten) COM(2020)825 final – 2020/0361 (COD).
11. Deze twee voorstellen dienen één doel: ervoor zorgen dat we als gebruiker toegang hebben tot een breed aanbod aan veilige producten en diensten online.

Het huidige mededingingsinstrumentarium en de Nederlandse visie daarop

Poortwachters

Met de opkomst van de digitale economie zijn in korte tijd verschillende nieuwe online platforms en diensten ontstaan. Zoals hiervoor aangegeven bieden die platforms de economie en maatschappij kansen, maar ze brengen ook risico's met zich.¹² Zo kan de dynamiek op de markten waarop platforms actief zijn,¹³ leiden tot een situatie die wordt omschreven als een *winner-takes-all* (ook bekend als 'tipping') of *winner-takes-most*-uitkomst.¹⁴ In die situatie heeft een platform een dusdanig sterke positie veroverd dat gebruikers (bijna) niet meer om het platform heen kunnen, waardoor dat platform een zogeheten poortwachtersfunctie krijgt, en waardoor het niet of nauwelijks meer kan worden uitgedaagd.¹⁵ Het uitblijven van toetreding van concurrenten leidt wellicht tot minder concurrentiedruk en uiteindelijk tot minder innovatie en een minder goed aanbod voor consumenten.¹⁶

Het huidige mededingingsinstrumentarium schiet tekort

Het huidige ex-postmededingingsrecht biedt in die *winner-takes-all*- of *winner-takes-most*-situaties onvoldoende handvatten om (effectief) in te grijpen. Onder het huidige (Nederlandse en Europese) mededingingsrecht zijn (1) mededingingsbeperkende overeenkomsten en gedragingen tussen ondernemingen op grond van artikel 6 Mededingingswet (Mw)/artikel 101 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) en (2) misbruikelijke gedragingen door een onderneming met een machtspositie op grond van artikel 24 Mw/artikel 102 VWEU verboden. Dat betekent dat unilaterale gedragingen door niet-dominante ondernemingen niet kunnen worden aangepakt, terwijl ook zonder misbruik of zonder dat sprake is van dominantie een situatie kan ontstaan waarbij consumenten en bedrijven niet meer om bepaalde platforms heen kunnen.¹⁷ Bovendien kan het procedureel (te) complex en te tijdsintensief zijn om op basis van het mededingingsrecht *ex post* in te grijpen in zeer dynamische en innovatiegerichte digitale

12. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2018/19, 27879, nr. 71, p. 2*.
13. Denk daarbij aan factoren als netwerkeffecten en het slim combineren van verzamelde data.
14. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2018/19, 27879, nr. 71, p. 3*.
15. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2018/19, 27879*.
16. *Kamerstukken II 2018/19, 27879*.
17. Het niet om bepaalde platforms heen kunnen van consumenten en bedrijven is mededingingsrechtelijk gezien *an sich* niet problematisch. Maar als een poortwachter bijvoorbeeld zijn eigen diensten voortrekt, kan dit – voordat op basis van het huidige mededingingsinstrumentarium ingegrepen kan worden – blijvende (negatieve) effecten op de concurrentie sorteren. Daarom wordt het wenselijk geacht dat er handvatten zijn om proactief de mededinging op de markt en de mededinging op het platform te beschermen.

markten.¹⁸ Snelle en effectieve handhaving is dan niet mogelijk.

Visie Nederland: oproep aanvullend mededingingsinstrumentarium

Dat het huidige mededingingsrecht op sommige vlakken tekortschiet en dat dit onwenselijk is, wordt door staatssecretaris Keijzer in haar Kamerbrief over de versterking van de positie van de consument onderschreven.¹⁹ In deze Kamerbrief stuurt de staatssecretaris onder meer aan op het kunnen inzetten van ex-antemaatregelen voor platforms met een poortwachtersfunctie, in ieder geval op EU-niveau.²⁰ Maatregelen die worden genoemd zijn het delen van bepaalde data, het verplichten van non-discriminatie in de volgorde waarin consumenten producten of diensten te zien krijgen en het niet langer bevoordelen van eigen diensten of producten (*self preferencing*) maar actief een keuzemogelijkheid geven tussen de eigen diensten en die van derden.²¹ In geval van datadeling zou dat moeten gebeuren tegen redelijke voorwaarden.²² Keijzer zet daarbij in eerste instantie in op gedragsremedies, maar laat de deur op een kier staan voor het opbreken van platforms als *ultimum remedium*.²³ De bevoegdheid tot het opleggen van ex-antemaatregelen zou bij een Europese toezichthouder, zoals de Commissie, moeten komen te liggen, aldus Keijzer.

De door de staatssecretaris gedane oproep tot aanvullend mededingingsinstrumentarium werd gevolgd door de ACM, zij het dat de ACM het wenselijk vindt dat een eventueel instrument niet alleen voor de Commissie, maar ook voor nationale mededingingsautoriteiten beschikbaar is.²⁴

Meer recent, op 15 oktober 2020, verscheen het Non-Paper²⁵ van staatssecretaris Keijzer en haar Franse collega-staatssecretaris Cédric O.²⁶ Hierin is nader uitgewerkt wanneer ingrijpen noodzakelijk zou kunnen zijn.²⁷

18. Zie in dat kader ook ACM 2 oktober 2019, *Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition authorities on challenges faced by competition authorities in a digital world*.

19. Kamerstukken II 2018/19, 27879, nr. 71.

20. Kamerstukken II 2018/19, 27879, nr. 71, p. 6.

21. Vergelijkbaar met de mogelijkheid die Google gaat geven om gebruikers van Android te vragen of ze andere browsers of zoekmachines dan die van Google willen installeren. Zie besluit Europese Commissie 18 juli 2018, zaak AT.40099 (*Google Android*). De andere zoekmachines die zullen worden aangeboden zijn inmiddels bekendgemaakt. Zie hiervoor android.com/choicescreen-winners.

22. Kamerstukken II 2018/19, 27879, nr. 71, p. 5-6.

23. Zie Beantwoording van vragen op het terrein van de minister van EZK-BBH 2020, online beschikbaar: rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/kamerstukken/2020/11/05/beantwoording-kamervragen-over-begrotingsbehandeling-ezk-beantwoording-van-vragen-op-het-terrein-van-de-minister-van-ezk-bbh-2020.pdf.

24. ACM 8 augustus 2019, 'Discussion paper ex ante tool', p. 2. Zie in dit verband ook: ACM 2 oktober 2019, 'Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition authorities on challenges faced by competition authorities in a digital world'; en M.A.M.L. van de Sanden & T. Beetstra, 'Digitalisation, online platforms and competition law: an overview of regulatory developments in the Netherlands (2019)', *Kluwer Competition Law Blog* 2 december 2019.

25. Ministerie van Economische Zaken 15 oktober 2020, 'Considerations of France and the Netherlands regarding intervention on platforms with a gatekeeper position' (hierna: EZ 15 oktober 2020).

26. De Franse staatssecretaris Digitale Economie is Cédric O.

27. EZ 15 oktober 2020, p. 2.

Een platform moet minimaal op één markt aanzienlijke marktmacht hebben voordat ingrijpen gerechtvaardigd kan zijn.²⁸ Hier zitten nog wat haken en ogen aan, want klassieke marktdefinities zijn volgens de staatssecretarissen niet altijd geschikt voor/makkelijk toepasbaar op digitale markten.²⁹ Ingrijpen zou nodig kunnen zijn wanneer gebruikers *locked-in* zijn door een platform of de mededinging op korte termijn beperkt zou kunnen worden door een gebrek aan bijvoorbeeld toegang tot gebruikers of kapitaal.³⁰ Of een interventie nodig is en welke remedies toegepast kunnen worden vergt maatwerk, aldus de staatssecretarissen.³¹

Europese wetgevingsvoorstellen

Niet alleen de Nederlandse en Franse overheid (en autoriteiten) riepen op tot aanvullende maatregelen. Inmiddels is een hele rits aan rapporten en mededelingen verschenen waarin de noodzaak tot ex-anteregulering op (in ieder geval) EU-niveau wordt onderstreept.³² De boodschap was duidelijk: de Commissie moest aan de slag.

Pijlers

Op 19 februari 2020 publiceerde de Commissie haar visie voor de digitale transitie in haar *Communication: Shaping Europe's Digital Future*.³³ De Commissie deelt in dit document mee dat zij evalueert of de huidige mededingingsregels nog *fit for purpose* zijn. Het doel is enerzijds te verzekeren dat de mededingingsregels bestand zijn tegen de hedendaagse (digitale) uitdagingen en anderzijds fragmentatie³⁴ (in het nationale beleid) tegen te gaan. De aanpak van de Commissie bestaat uit drie pijlers:

1. de continue krachtige handhaving van bestaande mededingingsregels;
2. mogelijke ex-anteregulering van digitale platforms; en
3. een mogelijk nieuw mededingingsinstrument.

28. EZ 15 oktober 2020, p. 2.

29. EZ 15 oktober 2020, p. 2.

30. EZ 15 oktober 2020, p. 2.

31. EZ 15 oktober 2020, p. 2.

32. Waaronder J. Crémer, Y.-A. de Montjoye & H. Schweitzer, *Competition policy for the digital era*, Europese Commissie 2019; J. Furman e.a., *Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel*, 2019; Australian Competition and Consumer Commission, *Digital Platforms Inquiry – Final Report*, juni 2019; Stigler Committee on Digital Platforms, *Final Report*, september 2019; en Report by the Commission, *Competition Law 4.0, A New Competition Framework for the Digital Economy*, september 2019.

33. Europese Commissie, *Communication Shaping Europe's Digital Future*, 20 februari 2020. Online beschikbaar: ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf.

34. Sommige lidstaten, zoals Duitsland en Frankrijk, hebben zelf al nationale wetgeving geïnitieerd op dit gebied. De wetgevingsinitiatieven zijn gebaseerd op verschillende aanpakken. Ook in Nederland is door een Tweede Kamerlid een initiatiefnota ingediend over mededinging in de digitale economie. Hierop is de hiervoor besproken beleidsinzet van staatssecretaris Keijzer gebaseerd. Om het effectief functioneren van de digitale eengemaakte markt te beschermen, wordt er nu op EU-niveau naar wetgeving gekeken.

De Commissie onderzoekt de mogelijkheden van ex-anteregelgeving (pijler 2) nader in de context van de DSA alsook (deels) het nieuwe mededingingsinstrument (pijler 3).³⁵ Om eventuele overlap in beleidsopties te voorkomen zijn de initiatieven parallel geconsulteerd en worden de resultaten van de consultaties gezamenlijk geanalyseerd door de Commissie.³⁶ Hieronder wordt kort ingegaan op de voorgestelde beleidsopties, niet uitputtend maar alleen voor zover relevant voor dit artikel.

Consultatie Wetgevingspakket Digitale Diensten (DSA)

Het doel van het voorstel voor de DSA is om een eerlijke marktwerking te bewerkstelligen en innovatie te bevorderen.³⁷ Online platforms zouden opener, eerlijker, voorspelbaarder en toegankelijker moeten worden. Met het oog daarop legt de Commissie een aantal beleidsopties voor in haar publieke consultatie:

1. het herzien van de Platform-2-businessverordening³⁸ door verdergaande verplichtingen op te leggen dan de al bestaande transparantieplichtingen, zoals een verbod op *self-preferencing*, het opstellen van beleid met betrekking tot toegang tot gegevens en nieuwe verboden oneerlijke handelspraktijken;
2. toezichthouders de bevoegdheid geven informatie te verzamelen over en van online platforms die een poortwachtersrol vervullen om meer (en daarmee beter) inzicht te krijgen in hun *businessmodel*;
3. voorzien in ex-anteregulering voor online platforms die een poortwachtersrol vervullen; door
 - a. het verbieden of beperken van oneerlijke handelspraktijken door online platforms die een poortwachtersrol vervullen (zogenoemde ‘zwarte lijst’-praktijken) zoals *self-preferencing*;
 - b. het opleggen van maatregelen aan individuele online platforms die een poortwachtersrol vervullen, waarbij per geval wordt beoordeeld of dit noodzakelijk en gerechtvaardigd is. Voorbeelden van maatregelen die worden genoemd,

zijn toegang tot data, dataportabiliteit en interoperabiliteitsvereisten.³⁹

De verschillende beleidsopties die in het kader van de DSA geconsulteerd worden, sluiten elkaar niet uit. Zij kunnen ook uiteindelijk als alternatieven of complementair ingezet worden.⁴⁰

Consultatie Nieuw Mededingingsinstrument (NCT)

Het nieuwe mededingingsinstrument zou een aanvullend instrument worden bovenop het huidige mededingingsinstrumentarium.⁴¹ Het doel van het nieuwe instrument is om digitale markten te onderzoeken en daarmee structurele gebreken van de mededinging of structurele risico's voor de mededinging te identificeren.⁴²

In de consultatie legt de Commissie vier beleidsopties (dat wil zeggen varianten van het nieuwe mededingingsinstrument) voor, waarbij opties 1 en 2 alternatieven voor elkaar zijn, evenals opties 3 en 4:

1. het introduceren van een mededingingsinstrument waarmee in alle sectoren kan worden opgetreden tegen unilaterale gedragingen van dominante ondernemingen⁴³ zonder dat een inbreuk op artikel 102 VWEU hoeft te worden vastgesteld;
2. optie 1, maar dan alleen voor nader te bepalen sectoren, zoals digitale markten;
3. het introduceren van een mededingingsinstrument waarmee structurele mededingingsproblemen in alle sectoren kunnen worden geïdentificeerd en geadresseerd, bijvoorbeeld door middel van marktstudies waarna gedrags- en structurele maatregelen kunnen worden opgelegd om de geïdentificeerde structurele problemen op te lossen. Ook een wetgevingsvoorstel behoort tot de mogelijke maatregelen;
4. optie 3, maar dan alleen voor nader te bepalen sectoren, zoals digitale markten.⁴⁴

In alle vier de gevallen bestaat er géén mogelijkheid om boetes op te leggen.⁴⁵ De beleidsopties roepen verschillende vragen op. Bijvoorbeeld hoe wordt bepaald om

35. E.e.a. ook in het kader van de taak die Verstager van Ursula von der Leyen heeft meegekregen in de ‘Mission letter Executive Vice-President for a Europe fit for the Digital Age’, 1 september 2019.

Online beschikbaar via: ec.europa.eu/commission/commissioners/sites/comm-cwt2019/files/commissioner_mission_letters/mission-letter-margrethe-vestager_2019_en.pdf.

36. Bij de consultaties nemen verschillende directoraten-generaal (DG) het voortouw, te weten DG Concurrentie voor het nieuwe mededingingsinstrument en DG Communicatienetwerken, Inhoud en Technologie voor de DSA.

37. Gebaseerd op een tweetal pilaren, te weten ex-anteregulering om bestaande leemtes in het mededingingsinstrumentarium ten aanzien van poortwachters op te vullen en de herziening van de Richtlijn inzake elektronische handel (Richtlijn 2000/31/EG). Hiermee wordt de digitale interne markt versterkt en worden de verantwoordelijkheden van online platforms en diensten van de informatiemaatschappij herzien en geharmoniseerd. Voor het doeleinde van dit artikel wordt deze richtlijn verder buiten beschouwing gelaten.

38. Verordening (EU) 2019/1150.

39. Europese Commissie, ‘Inception Impact Assessment on ex-ante tools’, Ref. Ares(2020)2877647, p. 3-4. Online beschikbaar: ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12418-Digital-Services-Act-package-ex-ante-regulatory-instrument-of-very-large-online-platforms-acting-as-gatekeepers. Hierna: Inception Impact Assessment on ex-ante tools.

40. Inception Impact Assessment on ex-ante tools, p. 4.

41. Inception Impact Assessment New Competition Tool, Ref. Ares(2020)2877634, p. 4. Online beschikbaar: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-New-competition-tool>. Hierna: Inception Impact Assessment New Competition Tool.

42. Inception Impact Assessment New Competition Tool, p. 2.

43. Let op: dit is een letterlijke vertaling van het Engelse woord ‘dominant’.

44. Inception Impact Assessment New Competition Tool, p. 3. En daarmee gaan de opties ook niet gepaard met eventuele schadeclaims van derden.

45. Inception Impact Assessment New Competition Tool, p. 3.

welke digitale markten het gaat?⁴⁶ Wat is de wettelijke grondslag voor ingrijpen?⁴⁷ Wanneer is sprake van een poortwachter c.q. dominante onderneming in de zin van de NCT?⁴⁸ Voor het doeleinde van dit artikel gaat het echter te ver om alle haken en ogen van de voorgestelde opties te beschrijven.⁴⁹

Wel nuttig om op te merken is dat een aantal landen een vergelijkbaar marktstudie-instrument kennen zoals de Commissie voorstelt onder opties 3 en 4.⁵⁰ De Commissie lijkt met name te zijn geïnspireerd door de marktstudiebevoegdheid die de Competition and Markets Authority (CMA) in het Verenigd Koninkrijk heeft.⁵¹ De CMA heeft die marktstudies eerder aangegrepen om gedragsremedies op te leggen, zoals non-discriminatie- of informatieverplichtingen, maar ook om structurelere maatregelen op te leggen, zoals het opbreken van ondernemingen.⁵²

Wetgevingsvoorstel inzake digitale markten

Reacties op de consultaties konden worden ingediend tot 8 september 2020. In de samenvatting van de reacties op de consultatie van de NCT⁵³ concludeert de Commissie dat de respondenten het er in het algemeen over eens zijn dat bepaalde structurele mededingingsproblemen niet door artikel 101 en 102 VWEU kunnen worden geadresseerd en dat een nieuw mededingingsinstrument zou kunnen helpen bij het wegnemen van de lacunes in de huidige mededingingsregels. In de hiervoor besproken non-paper van staatssecretaris Keijzer

en staatssecretaris O wordt impliciet⁵⁴ de voorkeur uitgesproken voor opties 3a (zwarte lijst) en 3b (gedragsremedies) onder de DSA en optie 2 (optreden tegen unilaterale gedragingen van dominante ondernemingen in nader te bepalen markten) van de NCT.

NB Op 15 december 2020, na afronding van dit artikel, heeft de Commissie het wetgevingsvoorstel inzake digitale markten gepubliceerd. Het voorstel bestaat grofweg uit twee delen. Enerzijds bestaat het voorstel uit een lijst met do's en dont's voor poortwachters.⁵⁵ Daarbij moet worden gedacht aan regels met betrekking tot rangschikkingen in zoekresultaten,⁵⁶ andere self-preferencing gedragingen⁵⁷ en toegang tot data.⁵⁸ Anderzijds introduceert het voorstel een bevoegdheid om marktstudies uit te voeren.⁵⁹ Het voorstel is beperkt tot zogenoemde 'core platform services', waaronder online zoekmachines, sociale netwerken en videoplatforms, maar ook besturingssystemen en cloud computing diensten.⁶⁰ Het voorstel introduceert tevens een verplichting voor poortwachters om overnames van een andere onderneming die een 'core platform service' aanbiedt of andere diensten in de digitale markt te melden bij de Commissie. Deze verplichting geldt ongeacht of de overname meldingsplichtig is op grond van het concentratietoezicht.

Digitale platforms en het concentratietoezicht van de ACM

Op basis van het voorgaande is duidelijk dat digitale platforms met een poortwachtersfunctie in ieder geval maatregelen te wachten staan om meer open en toegankelijke platforms te creëren. In dat kader vinden wij het interessant om te zien dat de ACM het afgelopen jaar in een aantal concentratiezaken gedragsremedies heeft opgelegd, ogenschijnlijk om te voorkomen dat de betrokken partijen als digitaal platform (in de toekomst)

46. De initiële effectbeoordeling van de NCT heeft het over 'digital or digitally-enabled' markten en verwijst naar onder meer het rapport van Crémer, De Montjoye & Schweitzer 2019 waarin dit nader uiteengezet wordt.
47. Onenigheid en onduidelijkheid over de wettelijke grondslag van het ingrijpen heeft naar verluid ook geleid tot het uitstel van de publicatie van de wetgevingsvoorstellen door de Europese Commissie. Zie o.a. S. Stolton, *Market investigation tool at risk in Commission's digital clampdown*, Euractiv, 2 december 2020.
48. In de samenvatting van de reacties op de consultatie van het nieuwe mededingingsinstrument worden op p. 14 en 15 poortwachters nader omschreven: 'Poortwachters controleren toegang tot een hoeveelheid klanten en/of tot een bepaalde input / service zoals data, waartoe – ten minste op de middellange termijn – geen toegang kan worden verkregen. De klanten van poortwachters kunnen over het algemeen niet makkelijk switchen, en doen aan single-homing. Een poortwachter hoeft niet dominant te zijn in de zin van artikel 102 VWEU.' Online beschikbaar: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/summary_stakeholder_consultation.pdf.
49. Daarvoor verwijzen wij graag naar andere literatuur hierover. Zie bijvoorbeeld F. Cunningham, J.I. Kohlen & M.A.L.M. van de Sanden, 'Commission seeks views on "gatekeeper" platforms and a new competition tool', twobirds.com juni 2020 en A. Lamadrid, *The key to understand the Digital Markets Act: It's the legal basis*, 3 december 2020.
50. Zoals Griekenland, IJsland, Mexico en Zuid-Afrika.
51. Zie ook het rapport van R. Whish, *Legal comparative study of existing competition tools aimed at addressing structural competition problems, with a particular focus on the UK's market investigation tool*, 2020, dat is opgesteld in opdracht van de Commissie.
52. Zoals het geval was in bijvoorbeeld de zaak BAA Airports, 19 maart 2009, EWCA Civ 1097. Zie voor meer informatie over de bevoegdheden van de CMA: gov.uk/government/collections/cma-markets-guidance.
53. Europese Commissie, *Factual summary of the contributions received in the context of the open public consultation on the New Competition Tool*.

54. Althans, zij geven aan dat de door hen voorgestelde aanpak een mogelijke manier is om opties 3a en 3b van de DSA of het nieuwe mededingingsinstrument te implementeren.
55. Hoofdstuk 3 wetgevingsvoorstel inzake digitale markten. Zie voor de definitie van poortwachter art. 3 van het voorstel.
56. Overigens heeft de Commissie op 7 december 2020 al richtsnoeren gepubliceerd die zien op rangschikkingen in zoekresultaten op basis van de Platform-2-businessverordening. Zie Richtsnoeren betreffende transparantie van de rangschikking overeenkomstig Verordening (EU) 2019/1150 van het Europees Parlement en de raad 2020/C 424/01.
57. Art. 6 lid 1 onder d wetgevingsvoorstel inzake digitale markten.
58. Art. 6 lid 1 onder i wetgevingsvoorstel inzake digitale markten.
59. EPC Webinar, Digital Clearinghouse, Speech by Margrethe Vestager, *Building trust in technology*, 29 oktober 2020. Zie ook art. 1 lid 1 wetgevingsvoorstel inzake digitale markten.
60. Het wetgevingsvoorstel inzake digitale markten is tezamen met het wetgevingsvoorstel digitale diensten gepubliceerd. De wet digitale diensten kent een ruimere werkingsfeer (in beginsel van toepassing op alle digitale diensten die consumenten verbinden met goederen, diensten of content). Deze wet zal nieuwe verplichtingen introduceren met betrekking tot onderwerpen als illegale content, transparantie en traceerbaarheid van zakelijke gebruikers.

een poortwachtersfunctie zouden gaan vervullen c.q. daarmee de concurrentie kunnen (gaan) verstoren. Zo werden verplichtingen opgelegd om toegang tot het platform te bieden, data te delen en concurrentiegevoelige informatie-uitwisseling te voorkomen. Een aantal van die verplichtingen moest onder redelijke voorwaarden (of zelfs Fair Reasonable And Non-Discriminatory (FRAND)-voorwaarden) worden aangeboden. In dit deel van het artikel gaan wij nader in op een drietal concentratiebesluiten waarin gedragsremedies zijn opgelegd om te bezien hoe de ACM dit, uiteraard tezamen met partijen,⁶¹ heeft vormgegeven en welke lessen hieruit kunnen worden getrokken voor de toepassing van het mogelijke toekomstige nieuwe mededingingsinstrument.

Sanoma/Iddink

In het concentratiebesluit *Sanoma/Iddink* van 28 augustus 2019 heeft de ACM de overname van Iddink (Magister) door Sanoma (Malmberg) goedgekeurd onder voorwaarden. Die voorwaarden zijn,⁶² samengevat:

1. Partijen verlenen aan uitgevers die hierom verzoeken onder FRAND-voorwaarden toegang tot de Magister *Application Programming Interface* (API⁶³), inclusief de benodigde informatie om voor alle uitgevers eenzelfde koppeling met Magister mogelijk te maken.
2. Partijen verstrekken aan uitgevers die hierom verzoeken onder FRAND-voorwaarden informatie uit Magister in ieder geval indien zij vergelijkbare informatie aan Malmberg verstrekken.
3. Partijen voorzien in interne maatregelen die ervoor zorgen dat Malmberg geen toegang heeft tot concurrentiegevoelige informatie over andere uitgevers.

In essentie komen deze voorwaarden neer op toegangsverplichtingen, die gepaard gaan met de verplichting om die toegang onder transparante, objectieve, redelijke en non-discriminatoire criteria (ofwel FRAND-voorwaarden) te verlenen. Ook wordt getracht te voorkomen dat sprake kan zijn van *self-preferencing*, door te vereisen dat geen toegang kan worden verkregen tot concurrentiegevoelige informatie.⁶⁴ Verder worden er interoperabiliteitsverplichtingen opgelegd door te vereisen dat toegang wordt verkregen tot de benodigde API om de software en/of programmatuur goed met elkaar te laten werken.⁶⁵

De ACM meent dat hierdoor in afdoende mate een oplossing wordt geboden voor de geconstateerde mededingingsrechtelijke bezwaren op de mogelijke markt(en) voor de uitgifte van leermiddelen.⁶⁶ Ten eerste omdat de concurrenten van Malmberg onder gelijke voorwaar-

den toegang houden tot Magister. Ten tweede omdat het voorstel het mogelijk maakt dat uitgevers desgewenste bepaalde data uit Magister kunnen krijgen. Ten derde omdat het voorstel borgt dat concurrentiegevoelige informatie van de concurrenten van Malmberg niet bij Malmberg terechtkomt.⁶⁷

Marktpartijen hadden nog aangegeven dat de gedragsremedies onvoldoende effect zouden sorteren en een structurele remedie, zoals het afstoten van Magister, beter tegemoet zou komen aan de zorgen.⁶⁸ Een structurele remedie heeft in het algemeen ook de voorkeur van de ACM. In dit specifieke geval acht de ACM gedragsremedies passend, onder andere omdat het hier een (verticale) digitale context betreft, waarin technologische ontwikkelingen elkaar snel opvolgen. Bovendien is de verwachting dat de concentratie juist kan bijdragen aan innovatie, waaronder de ontwikkeling van gepersonaliseerd leren en verdere digitalisering in het voortgezet onderwijs.⁶⁹

NS/Pon

In het concentratiebesluit *NS/Pon* van 20 mei 2020 heeft de ACM de oprichting van een *joint venture*⁷⁰ voor het aanbieden van Mobility as a Service (MaaS⁷¹)-diensten tussen de Nederlandse Spoorwegen Groep N.V. (NS)⁷² en Pon Netherlands B.V. (Pon)⁷³ goedgekeurd onder voorwaarden.⁷⁴ Die voorwaarden zijn, samengevat:⁷⁵

1. Als de trein en OV-fiets als vervoersmiddelen worden geïntegreerd in de joint venture, dan

67. *Sanoma/Iddink*, p. 42.

68. *Sanoma/Iddink*, p. 36-37.

69. *Sanoma/Iddink*, p. 36-37.

70. In de door Pon en de NS op te richten volwaardige *joint venture* worden de (deel)vervoers- en mobiliteitsactiviteiten van de bedrijven, die momenteel worden geëxploiteerd door een dochteronderneming van de NS, Mobility Solutions and Services B.V. (Hely), en een dochteronderneming van Pon, Next Urban Mobility B.V. (Next), samengevoegd. De nieuwe joint venture zal één enkele app exploiteren waarmee gebruikers hun reizen kunnen plannen, boeken en betalen. Verschillende vervoersmiddelen kunnen daarmee worden gecombineerd. Dit betreft (gedeeld) vervoer van zowel de NS en Pon als van derden.

71. Ter achtergrond: MaaS combineert verschillende mobiliteitsaanbieders in één dienst via zogenaemde 'aggregatorplatforms' die als app beschikbaar zijn op smartphones die het contact tussen consumenten en mobiliteitsaanbieders leggen. MaaS-diensten integreren over het algemeen alle fasen van de reis van een reiziger, inclusief reisplanning, boeking, e-tickets en betalingen. Ze bieden een reiziger een gebruiksvriendelijke toepassing die hen in staat stelt om te reizen via transportmethoden als trein, bus en taxi.

72. De NS is de grootste openbaarvervoersmaatschappij van Nederland met één concessie voor een groot deel van de Nederlandse treinspoorwegen en exploiteert een openbaar fietsverhuursysteem dat bekend staat als 'OV-fiets'. Via haar dochtermaatschappij NS heeft zij ook een deelauto-programma en een deelfietsenprogramma.

73. Pon is een Nederlandse aanbieder van mobiliteitsdiensten (ook wel transportnetwerkbedrijven genoemd) en maakt deel uit van de Pon-groep, die wereldwijd in meer dan 34 landen actief is op het gebied van mobiliteitsproducten, -diensten en -oplossingen. Pon importeert auto's, produceert fietsen en heeft aandelen in Greenwheels, een ander deelauto-programma. Daarnaast is Pon eigenaar van een deelfietsenprogramma en een deelauto-programma.

74. ACM 20 mei 2020, kenmerk ACM/UIT/534638 (*NS/Pon*).

75. Voor een integrale weergave van de voorwaarden verwijzen wij naar de bijlage bij het concentratiebesluit waarin de voorwaarden nader zijn uitgewerkt.

61. Formeel gezien legt de ACM de remedies ook niet op, maar stellen de betrokken partijen remedies voor, die de ACM vervolgens goed kan keuren en als voorwaarde verbindt aan het concentratiebesluit.

62. *Sanoma/Iddink*, p. 51 e.v.

63. Toegang tot de API is nodig om de software en/of programmatuur goed met elkaar te laten werken.

64. *Sanoma/Iddink*, p. 52-53.

65. *Sanoma/Iddink*, p. 52.

66. *Sanoma/Iddink*, p. 42.

worden deze diensten door partijen verleend onder technische⁷⁶ en commerciële voorwaarden die niet gunstiger zijn dan de voorwaarden die gelden voor de concurrenten van de joint venture.

2. Informatie die door de NS aan de joint venture beschikbaar wordt gesteld, wordt binnen eenzelfde tijdsbestek beschikbaar gemaakt aan concurrenten, is van dezelfde kwaliteit en tussen de joint venture en concurrenten onderling wordt niet gediscrimineerd. NS verleent aan de joint venture en concurrenten dezelfde mate van dienstverlening.

In essentie komen de voorwaarden neer op een toegangsverplichting, en interoperabiliteits- en non-discriminatieverplichtingen. Door te eisen dat toegang niet onder minder gunstige voorwaarden moet worden geboden, verzekert de ACM concurrenten ervan dat een redelijk aanbod zal worden gedaan. Volgens de ACM zorgen de gehanteerde voorwaarden er dan ook voor dat ook andere ondernemingen concurrerende MaaS-apps kunnen ontwikkelen en dat er voldoende concurrentie tussen die apps blijft bestaan.

Reden voor het verbinden van de voorwaarden aan het concentratiebesluit is dat de NS, als moederonderneming van de op te richten joint venture, beschikt over essentiële input voor het kunnen aanbieden van MaaS-apps. De NS heeft immers een belangrijke positie als het gaat om treinvervoer, maar ook voor wat betreft deel-fietsen, zoals OV-fietsen. Het doel van een MaaS-app is om verschillende vervoersmiddelen te combineren in één app, waarmee gebruikers vervolgens hun reizen kunnen plannen, boeken en betalen. Weliswaar zal de joint venture zich in eerste instantie richten op de integratie van (deel)vervoersdiensten van derde partijen en het aanbieden van (e-)(cargofietsen en (e-)auto's⁷⁷ via zogenoemde hubs en worden de treinvervoer- en OV-fietsdiensten (nog) niet geïntegreerd in de app van hun joint venture, maar zodra ze dat wel doen, zou de NS de prikkel kunnen hebben om de treinvervoer- en OV-fietsdiensten tegen gunstigere voorwaarden aan te bieden aan haar joint venture dan aan concurrerende MaaS-app-aanbieders. Dit zou uitbreiding en toetreding door concurrenten kunnen bemoeilijken, aldus de ACM. De omstandigheid dat de joint venture zelf slechts een beperkt marktaandeel heeft op de markt voor het aanbieden van MaaS-diensten (verwacht marktaandeel van minder dan [0-5]%) doet in de ogen van de ACM niets af aan de risico's die de ACM heeft geconstateerd. Volgens de ACM is het waarschijnlijk dat de joint venture op korte termijn wel een belangrijke marktpositie (c.q. poortwachtersfunctie?) zal krijgen vanwege de gegarandeerde beschikking over essentiële input zoals de trein en OV-fiets. Hiermee zal volgens ACM ook de winstgevendheid en dus de waarschijnlijkheid van een afschermingsstrategie toenemen.

76. Waaronder toegang tot de benodigde API (*Application Programming Interface*) om de software en/of programmatuur goed met elkaar te laten werken.

77. Waar in dit artikel wordt verwezen naar (deel)fietsen en (deel)auto's, wordt ook bedoeld elektrische (deel)fietsen en elektrische (deel)auto's.

Marktpartijen gaven overigens aan dat met het louter toegang bieden onder gelijke commerciële voorwaarden, de mogelijkheid blijft bestaan dat NS en Pon onaantrekkelijke voorwaarden aan de joint venture opleggen, omdat zij dit kunnen compenseren via de moeders (NS en Pon). De joint venture maakt dan niet of nauwelijks marges, maar de moeders van de joint venture (NS en Pon) wel.⁷⁸ Als concurrenten van de joint venture vervolgens die onaantrekkelijke voorwaarden moeten accepteren, is er van een gelijk speelveld geen sprake. Volgens de marktpartijen zou het aanbod daarom op z'n minst marktconform moeten zijn of FRAND.⁷⁹ De ACM was het met de marktpartijen eens dat een dergelijke strategie voor de NS gunstig zou kunnen uitpakken omdat zij het onder onaantrekkelijke voorwaarden aanbieden van de OV-fiets en de treindiensten van NS aan de joint venture kan compenseren met de baten voor NS. Dit is echter niet het geval voor Pon. Voor Pon is er daarom geen prikkel om de marges van de joint venture opzettelijk laag te houden, nu er geen ruimte is voor kruissubsidiëring. Derhalve valt niet in te zien waarom Pon daarmee in zou stemmen en is het niet nodig om een verdergaande verplichting op te leggen ten aanzien van de commerciële voorwaarden anders dan dat deze minstens even gunstig moet zijn als de voorwaarden die gelden voor de joint venture, aldus de ACM.

NS en gemeentelijke vervoersbedrijven

In 2020 zag NS naast haar joint venture met Pon ook kans om met de gemeentelijke vervoersbedrijven actief te worden op de MaaS-markt. Tezamen met de GVB (Amsterdam), HTM (Den Haag) en RET (Rotterdam) is NS voornemens een joint venture op te richten in de vorm van een technisch platform die koppelingdiensten aan MaaS-aanbieders en mobiliteitsaanbieders levert en hierdoor het makkelijker maakt voor deze aanbieders om diensten aan reizigers te leveren.⁸⁰ De joint venture is aldus gericht op ondernemingen, niet op consumenten.⁸¹

Ook hier zag de ACM niet zozeer problemen in de horizontale relatie tussen partijen, maar wel in de verticale relaties die zouden ontstaan tussen de NS, GVB, HTM en RET en de joint venture.⁸² Partijen hebben namelijk zowel een prikkel als de mogelijkheid tot het implementeren van een bundelingsstrategie van de eigen OV-diensten en de platformdiensten van de joint venture die tot uitsluiting zouden kunnen leiden van andere aanbieders van *wholesale* MaaS-(platform)diensten.⁸³ Hiermee zouden de NS en de gemeentelijke vervoersbedrijven hun OV-diensten alleen of onder aantrekkelijkere voorwaarden beschikbaar kunnen stellen aan marktpartijen met een aansluiting op het platform van de joint

78. NS/Pon, p. 37.

79. NS/Pon, p. 37.

80. Besluit ACM 9 juli 2020, kenmerk ACM/UIT/537588 (NS/gemeentelijke vervoersbedrijven), p. 3.

81. NS/gemeentelijke vervoersbedrijven, p. 3.

82. NS/gemeentelijke vervoersbedrijven, p. 4.

83. NS/gemeentelijke vervoersbedrijven, p. 4.

venture.⁸⁴ Daarnaast hebben de NS en de gemeentelijke vervoersbedrijven de mogelijkheid en de prikkel om discriminerende, niet-transparante en/of niet-objectieve criteria te hanteren richting (concurrerende) MaaS-aanbieders en mobiliteitsaanbieders voor toegang tot en/of het gebruik van het platform.⁸⁵ Verder kunnen de NS en de gemeentelijke vervoersbedrijven via de joint venture toegang krijgen tot commercieel gevoelige informatie van concurrerende MaaS-aanbieders die zijn aangesloten op het platform van de joint venture.⁸⁶

Om aan de mededingingszorgen van de ACM tegemoet te komen zijn de volgende voorwaarden aan het concentratiebesluit verbonden:⁸⁷

1. Partijen stellen hun OV-diensten (reizen met bus, tram, metro en trein) ter beschikking aan MaaS-aanbieders, ongeacht of deze MaaS-aanbieders zijn aangesloten op het platform van de joint venture, en onder gelijke (technische) voorwaarden.
2. Partijen leggen geen exclusiviteitsverplichtingen op aan mobiliteitsaanbieders en MaaS-aanbieders.
3. Partijen waarborgen de toegang tot het platform voor mobiliteitsaanbieders en MaaS-aanbieders door middel van FRAND-voorwaarden.
4. Partijen waarborgen dat mobiliteitsaanbieders en MaaS-aanbieders (inclusief partijen zelf) geen toegang hebben tot concurrentiegevoelige informatie.⁸⁸

In essentie komen deze voorwaarden neer op toegangsverplichtingen, die gepaard gaan met de verplichting om die toegang onder transparante, objectieve, redelijke en non-discriminatoire criteria (ofwel FRAND-voorwaarden) te verlenen. Ook wordt getracht te voorkomen dat de NS en de gemeentelijke vervoersbedrijven aan *self-preferencing* kunnen doen, door te vereisen dat zij geen toegang krijgen tot concurrentiegevoelige informatie. De ACM meent dat hierdoor in afdoende mate een oplossing wordt geboden voor de mogelijke mededingingsrechtelijke bezwaren.⁸⁹

84. *NS/gemeentelijke vervoersbedrijven*, p. 4. Dit kan ertoe leiden dat aansluiting op het platform van de joint venture de facto een noodzakelijk vereiste wordt om een volwaardig aanbod te kunnen doen op de (retail)markt voor het geïntegreerd aanbieden van vervoers- en mobiliteitsdiensten via een app. Partijen kunnen op deze wijze hun bestaande posities aan de ene zijde van het *wholesale* platform (vervoers- en mobiliteitsdiensten) gebruiken om massa te genereren aan de andere zijde van het *wholesale* platform (MaaS-diensten). Dit maakt het platform vervolgens weer aantrekkelijker voor andere aanbieders van vervoers- en mobiliteitsdiensten.

85. *NS/gemeentelijke vervoersbedrijven*, p. 26. Met als mogelijk effect dat de concurrentie op de retailmarkt voor het geïntegreerd aanbieden van vervoers- en mobiliteitsdiensten via een app op significante wijze zou kunnen worden belemmerd en/of dat de concurrentie op markten op het gebied van deelmobiliteit (in ieder geval op de markt voor het aanbieden van deelfietsen aan het algemene publiek) op significante wijze zou kunnen worden belemmerd.

86. *NS/gemeentelijke vervoersbedrijven*, p. 31.

87. *NS/gemeentelijke vervoersbedrijven*, p. 33.

88. *NS/gemeentelijke vervoersbedrijven*, bijlage I: Remedievoorstel.

89. *NS/gemeentelijke vervoersbedrijven*, p. 33.

Afsluitende opmerkingen: rebooting het mededingingsrecht?

Hoewel het concentratietoezicht en de EU-wetgevingsinitiatieven (*NB Inmiddels het wetgevingsvoorstel digitale markten*) zijn bedoeld voor andere situaties, lijken zij meerdere aspecten gemeen te hebben. Allereerst beogen zowel het concentratietoezicht als de eventuele ex-ante-bevoegdheden de concurrentie op de markt te beschermen voordat er echt een mededingingsprobleem is.⁹⁰ Zij lijken beide in ieder geval te willen voorkomen dat (als) platforms een poortwachtersfunctie krijgen, (en) er geen sprake meer is van platforms die niet open, eerlijk, transparant, toegankelijk en innovatief zijn. Onder de EU-wetgevingsinitiatieven lijkt dit te worden voorkomen door enerzijds bepaalde gedragingen te gaan verbieden en anderzijds een nieuw mededingingsinstrument te introduceren waarmee ingrijpen makkelijk(er) wordt dan onder het traditionele mededingingsrecht. De ACM lijkt dit via haar concentratietoezicht te doen door gedragsremedies te verbinden aan de concentratiebesluiten.

Ten tweede worden daartoe vergelijkbare instrumenten ingezet zoals verplichte toegang tot platforms, data, interoperabiliteits- en non-discriminatieverplichtingen alsook maatregelen om *self-preferencing* te voorkomen. Interessant is daarbij dat uit de concentratiebesluiten van de ACM volgt dat een enkele verplichting tot toegang niet altijd voldoende is. In sommige gevallen dient een dergelijke toegangsverplichting vergezeld te gaan van de verplichting om die toegang onder transparante, objectieve, redelijke en non-discriminatoire criteria (ofwel FRAND-voorwaarden) te verlenen. De ACM lijkt daarbij te beoordelen of er een prikkel bestaat om ongunstige voorwaarden op te leggen.⁹¹ Dat in sommige situaties het alleen bieden van toegang onvoldoende kan zijn, is eerder al wel opgemerkt in een rapport opgesteld door de zogenoemde Special Advisors voor de Commissie. Daarin staat: ‘There may be a need to oversee that data access is granted on fair, reasonable and non-discriminatory (FRAND) terms – which need to be specified case by case.’⁹² De concentratiebesluiten van de ACM laten zien dat die noodzaak er is.⁹³ Verder laten de concentratiebesluiten zien hoe belangrijk toegang tot de API's is om interoperabiliteit te waarborgen. In alle drie de besluiten, *Sanoma/Iddink*, *NS/Pon* en *NS/Gemeen-*

90. Crémer, De Montjoye & Schweitzer 2019, p. 47.

91. Zo legt de ACM in *NS/Gemeentelijke vervoersbedrijven* wel de eis op dat toegang tot het platform moet worden geboden onder FRAND-voorwaarden, waar zij dat niet nodig vond in *NS/Pon*. Dit verschil is mogelijk verklaarbaar door de mate waarin een prikkel tot mededingingsbeperkende gedragingen bestaat bij de betrokken partijen.

92. Crémer, De Montjoye & Schweitzer 2019, p. 109.

93. Op grond van het traditionele mededingingsrecht kan in sommige gevallen het doen van een aanbod onder niet-FRAND-voorwaarden misbruik opleveren in de zin van art. 102 VWEU. Daarvoor geldt wel de hoge bewijslast die art. 102 VWEU met zich brengt.

telijke vervoersbedrijven vereiste de ACM dat toegang tot de API's werd verschaft.⁹⁴

NB In het wetgevingsvoorstel digitale markten zijn verplichtingen opgenomen om toegang te verlenen tot data, welke in sommige gevallen onder FRAND-voorwaarden moet worden verschaft en in ieder geval effectief moet zijn om aan de verplichtingen te voldoen.⁹⁵ Daartoe kan in sommige gevallen ook toegang tot de API's zijn vereist.

Ook interessant is de overweging van de ACM in *Sanoma/Iddink* dat gedragsremedies de voorkeur genieten boven structurele remedies, onder meer omdat het gaat om een digitale markt, waarin technologische ontwikkelingen elkaar snel opvolgen. Als toezichthouders in de toekomst de mogelijkheid krijgen om ex-antemaatregelen op te leggen, zal het ook de vraag zijn of gedragsmaatregelen afdoende zijn dan wel of structurele maatregelen zijn vereist. Het gaat daarbij naar wij nu begrijpen ook om digitale markten waardoor de argumentatielijn van de ACM in *Sanoma/Iddink* ook kan worden toegepast en een gedragsmaatregel dus meer voor de hand ligt.⁹⁶ Zoals hiervoor aangegeven heeft de CMA eerder echter wel de bevoegdheid gebruikt om structurele maatregelen op te leggen en ondernemingen op te breken.

NB Op grond van het wetgevingsvoorstel digitale markten kan de Commissie bij niet-naleving van de verplichtingen in eerste instantie een boete of last onder dwangsom opleggen. Als de poortwachter de verplichtingen systematisch overtreedt, dat wil zeggen minimaal drie overtredingen binnen een periode van vijf jaar, introduceert het voorstel de bevoegdheid voor de Commissie om gedrags- en structurele remedies op te leggen.⁹⁷ Structurele remedies mogen alleen worden opgelegd als er geen gedragsremedie is die even effectief zou zijn of een dergelijke gedragsremedie juist meer belastend zou zijn voor de onderneming dan de structurele maatregel.

Ten slotte: een vraag die opspeelt, is of de toekomstige wetgevingsvoorstellen zoals het nieuwe mededingingsinstrument, het ingrijpen door de ACM of een andere mededingingsautoriteit in het kader van concentratietoezicht overbodig maakt. De ACM heeft op dit moment nog niet de mogelijkheid om gedragsmaatregelen op te leggen buiten het concentratietoezicht (of misbruik machtspositie) om. Daarmee bedoelen wij de situatie waarin een digitaal platform een belangrijke marktpositie heeft verworven maar nog voordat er een mede-

dingingsinbreuk heeft plaatsgevonden in de zin van het traditionele mededingingsrecht. Het is daarom zagezegd op dit moment nu of nooit als de ACM een concentratie beoordeelt. Met name voor wat betreft de zaak *NS/Pon* is gesuggereerd dat de ACM (daarom?) wel erg voorzichtig heeft geopereerd en de remedies vergaand zouden zijn.⁹⁸

Volgens ons zal de komst van een nieuw mededingingsinstrument het ingrijpen door een mededingingsautoriteit in het kader van concentratietoezicht niet overbodig maken. Beide instrumenten zijn bedoeld voor andere situaties. Afhankelijk van hoe het nieuwe mededingingsinstrument precies wordt vormgegeven en in de praktijk zal uitpakken, verwachten wij dat er een wisselwerking ontstaat tussen beide instrumenten. Op het moment dat een mededingingsautoriteit in het kader van concentratietoezicht al gedragsremedies oplegt, voorkomt dit mogelijk dat het betrokken platform een poortwachtersfunctie krijgt en is ingrijpen op basis van het nieuwe mededingingsinstrument (of traditioneel mededingingsrecht) (wellicht) in een later stadium niet nodig. Tegelijkertijd zou een mededingingsautoriteit mogelijk in twijfelgevallen minder snel (vergaande) gedragsremedies opleggen als zij weet dat, mocht het betrokken platform in de toekomst inderdaad een poortwachtersfunctie krijgen, het nieuwe mededingingsinstrument alsnog in kan worden gezet (in aanvulling op eventueel traditioneel mededingingsrecht). Hoe dan ook, het 'rebooten' van het mededingingsrecht is hiermee in gang gezet en net zoals het geval is bij het rebooten van films en series in de filmindustrie is het nu afwachten of het leidt tot een succesvol nieuw seizoen of dat het de kijker (lees: de markt) slechts doet terugverlangen naar hoe het was.

NB Het wetgevingsvoorstel digitale markten introduceert de bevoegdheid voor de Commissie om naleving af te dwingen; niet voor de lidstaten. Lidstaten kunnen via het Raadgevend Comité voor digitale markten hun advies uitbrengen over te nemen besluiten, waaronder eventueel op te leggen boetes. De lidstaten kunnen daarnaast (gezamenlijk) de Commissie verzoeken om een marktstudie te verrichten. Wanneer drie of meer lidstaten een dergelijk verzoek indienen, moet de Commissie nagaan of er redelijke gronden zijn om dit te doen. Ook kunnen lidstaten nog steeds vergelijkbare wetgeving op nationaal niveau invoeren (zoals in Duitsland), hoewel dit wetgevingsvoorstel van de Commissie duidelijk beoogt te voorkomen dat dit (nog) gebeurt.

Het Europees Parlement en de lidstaten zullen het wetgevingsvoorstel digitale markten bespreken in het kader van de gewone wetgevingsprocedure. Na goedkeuring is de wet rechtstreeks van toepassing in de hele EU.

94. Voor meer informatie over hoe die toegang exact moet worden verschaft verwijzen wij naar de remedievoorstellen bij de concentratiebesluiten.

95. Zie bijvoorbeeld art. 6 lid 1 onder j en k en art. 7 lid 2 wetgevingsvoorstel digitale markten.

96. Dit heeft gezien de aard van ex-anteregulering ons inziens ook de voorkeur boven structurele maatregelen.

97. Zie overweging 64 en art. 16 wetgevingsvoorstel inzake digitale markten.

98. Onder andere omdat het platform slechts een (heel) klein marktaandeel zou hebben op de downstream markt. Zie R. Wesseling, *blog ACM conditionally clears shared mobility platform merger*, 4 juni 2020, raadpleegbaar via www.stibbe.com/en/news/2020/june/please-share--acm-conditionally-clears-shared-mobility-platform-merger.