



Universiteit
Leiden
The Netherlands

The application of EU antitrust law to (dominant) online platforms

Mândrescu, D.

Citation

Mândrescu, D. (2022, October 5). *The application of EU antitrust law to (dominant) online platforms*. Meijers-reeks. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3466333>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3466333>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Samenvatting – Dutch Summary

De toepassing van het Europees mededingingsrecht op (dominante) online platforms

Dit proefschrift richt zich op de verschillende vraagstukken die zich aandienen bij de toepassing van het Europees mededingingsrecht, en meer in het bijzonder bij de toepassing van artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (“VWEU”) op online platforms. Het is gebaseerd op een gecombineerd onderzoek dat heeft geresulteerd in zes gepubliceerde artikelen en een afsluitend hoofdstuk. Vanuit diverse invalshoeken en kijkend naar verschillende aspecten wordt in dit proefschrift de volgende hoofdonderzoeksvraag behandeld: *In hoeverre kan het bestaande Europees mededingingsrecht, en in het bijzonder artikel 102 VWEU, het meerzijdige karakter van online platforms in acht nemen en voorzien in een toereikende toepassing op online platforms op een manier die vergelijkbaar is met de toepassing in non-platform marktomstandigheden?*

Een analyse van de economische, commerciële en technologische eigenschappen van online platforms laat zien dat de toepassing van het bestaande Europees mededingingsrecht op deze spelers meerdere uitdagingen met zich mee brengt. Veel van deze uitdagingen vloeien voort uit het meerzijdige karakter van online platforms. Dit meerzijdige karakter houdt in dat online platforms hun diensten aan diverse gebruikersgroepen aanbieden, waardoor zij gelijktijdig opereren op meerdere separate doch aan elkaar gerelateerde markten. Wanneer deze omstandigheden binnen het kader van het Europees mededingingsrecht worden beoordeeld, zou de juridische analyse derhalve ook moeten worden toegespitst op dit meerzijdige karakter van online platforms. Dit betekent in beginsel dat de analyse van de effecten van zowel de pro-competitieve als de concurrentiebeperkende gedragingen van online platforms zich zou moeten richten op meerdere markten tegelijkertijd. Dit heeft weer tot gevolg dat in sommige gevallen meerdere relevante markten zullen moeten worden gedefinieerd. Indien wordt vastgesteld dat sprake is van een inbreuk op het Europees mededingingsrecht, zullen de remedies tevens betrekking moeten hebben op deze meerdere markten.

Bij het toespitsen van de juridische analyse op het meerzijdige karakter van online platforms, zullen de kerneigenschappen die inherent zijn aan dit karakter bij dit proces moeten worden meegenomen. In beginsel zijn de belangrijkste kerneigenschappen: netwerkeffecten, *single of multi-homing* (het exclusieve dan wel parallelle gebruik van platforms) en scheve prijsstellingen (*skewed pricing structures*).

Het in acht nemen van netwerkeffecten en *single of multi-homing* zal een significante invloed hebben op de stappen die centraal staan bij de toepassing van het Europees mededingingsrecht op online platforms. Bij het definiëren van de relevante markt zullen (indirecte) netwerkeffecten en *single of multi-homing* bepalen hoeveel markten daadwerkelijk gedefinieerd moeten worden, alsook wat de reikwijdte van deze markten is. Voorts zullen de scheve prijsstellingen van online platforms bepalen of de SSNIP-test dient te worden vervangen door een niet-prijs gerelateerde test. Dit zal met name het geval zijn wanneer de prijsstellingen van platforms inhouden dat sommige diensten door bepaalde gebruikersgroepen zonder betaling van een monetaire prijs kunnen worden afgenomen.

Bij het analyseren van de concurrentiebeperkende effecten van handelspraktijken van online platforms zullen netwerkeffecten en *single of multi-homing* bepalen welke nadelige effecten kunnen worden verwacht en wat de aannemelijkheid en omvang daarvan kan zijn. Zodoende kan een dergelijke analyse bepalen of deze praktijken legitiem zijn, dan wel kwalificeren als misbruik van machtspositie onder artikel 102 VWEU of een beperking van de mededinging onder artikel 101 VWEU. Bij het vormgeven van de remedies zullen netwerkeffecten en *single of multi-homing* bepalen hoe ingrijpend een voorgenomen maatregel zou moeten zijn, alsook op welk aantal markten de remedies toepassing zouden moeten hebben.

In gevallen waarbij het onderzochte gedrag van online platforms betrekking heeft op de prijsstelling, is het essentieel om rekening te houden met het gegeven dat scheve prijsstellingen inherent zijn aan online platforms. Dit gegeven zal samen met netwerkeffecten en *single of multi-homing* in grote mate bijdragen aan het kwalificeren van prijsstellingen van dominante platforms als een eventuele vorm van uitbuitende of uitsluitende praktijken. De manier waarop scheve prijsstellingen van online platforms moeten worden meegewogen in de analyse zal per geval afhankelijk zijn van het type misbruik en de daarbij horende centrale hypothese (*'theory of harm'*). Indien sprake is van misbruik van machtspositie zal dezelfde samenstelling van beoordelingscriteria leidend zijn bij het bepalen van de wijze waarop de prijsstelling van het platform zou moeten worden aangepast om in lijn te worden gebracht met het Europees mededingingsrecht. Daarbij zal ook rekening moeten worden gehouden met de commerciële en economische onderbouwing van prijsstellingsstructuren van platforms.

Tenslotte is het voor een juiste toepassing van het Europees mededingingsrecht essentieel om de technische functionaliteiten van online platforms te doorgronden en te vertalen naar de specifieke context daarvan. Aan dergelijke technische aspecten wordt vaak weinig aandacht geschonken, terwijl hun rol in de praktijk veelal significante gevolgen kan hebben voor het toepassingsproces. Zo zullen de technische aspecten van online platforms bij de marktdefinitie de substitueerbaarheid tussen platformondernemingen mede bepalen.

Ook bij het vaststellen van een misbruik van machtspositie of een beperking van de mededinging zal een goed begrip van de technische werking van het platform noodzakelijk zijn. Dit is met name van belang in het kader van het groeiproces dat alle online platforms zullen doormaken, aangezien een dergelijk proces onvermijdelijk een marktmacht hefboomeffect (*leveraging*) tussen verschillende functionaliteiten met zich mee zal brengen. In zulke gevallen zullen mededingingsbeperkende gedragingen die het uitbreiden van marktmacht mogelijk maken, zoals koppelverkoop, gemakkelijk verborgen kunnen worden in de technische functionaliteiten van het platform. Dit kan bijvoorbeeld via een inlogverplichting op het platform, waarbij het inloggen op platform A het gebruik van een account op platform B vereist. Een andere mogelijkheid is het automatisch genereren van een account voor meerdere platformen tegelijk, bijvoorbeeld als bij het creëren van een account voor platform A automatisch een account voor platform B wordt aangemaakt. Deze aanmeldingsmogelijkheden komen vaak voor in de praktijk terwijl de legitimiteit daarvan zelden in twijfel wordt getrokken. Evenzo is het noodzakelijk om een goed begrip te krijgen van geautomatiseerde prijsstellersoftware, alsook de manier waarop en context waarin dergelijke software door een platform wordt toegepast. Dit zal bepalend zijn bij het al dan niet vaststellen van een beperking van de mededinging door het gebruik van dit soort software.

De noodzaak van het doorgronden van de technische aspecten van online platforms is niet alleen van belang voor het vaststellen van schendingen van het Europees mededingingsrecht, maar ook voor het adequaat vormgeven van toepasselijke remedies die geschikt zijn om de concurrentieschade effectief te adresseren.

Gebaseerd op het onderzoek gepresenteerd in dit proefschrift wordt betoogd dat de specifieke eigenschappen van online platforms in acht kunnen worden genomen binnen het kader van het huidige Europees mededingingsrecht, mits een aantal aanvullende stappen worden genomen. Vaak zullen deze stappen enkel bestaan uit het nader duiding geven aan meerdere aspecten van de bestaande praktijk. Zo staat niets er aan in de weg om in een bepaalde zaak meerdere markten te definiëren, maar ontbreekt op dit moment de methodologie rondom dit proces. Ook zijn er geen juridische obstakels voor het omzetten van de SSNIP-test in een niet-prijs gerelateerde test, echter vergt dit wel een daarbij passend procedureel kader omtrent de samenstelling en toepassing van een dergelijke test. Het beoordelen van mededingingsbeperkende gedragingen op meerdere markten is ook mogelijk en zelfs vereist in het kader van het bestaande juridische systeem. De manier waarop een dergelijke beoordeling moet plaatsvinden, moet echter nog worden bepaald.

In andere gevallen zijn verdergaande veranderingen vereist, zoals het aanpassen van sommige juridische toetsen voor schendingen van het Europees

mededingingsrecht. Hoewel deze veranderingen op het eerste oog ingrijpend lijken, leiden dergelijke aanpassingen niet tot het creëren van nieuwe toets criteria, maar slechts tot een aangepaste interpretatie in de context van meerzijdige markten. Derhalve blijft het bestaande kader intact maar zal de toepassing daarvan moeten worden geherdefinieerd. De aanpassingen die nodig zijn bij het vormgeven van remedies, zijn hier illustratief voor.

Bij het vormgeven van remedies die geschikt zijn voor de snel veranderende en onvoorspelbare marktomstandigheden zal een creatieve toepassing van Verordening 1/2003 nodig zijn. Een creatief gebruik van remedies zou in deze context kunnen bestaan uit een gecombineerd gebruik van voorlopige en definitieve maatregelen (maatregelen ter correctie van gedragingen of structurele gedragingen) of het introduceren van flexibele remedies, bestaande uit meerdere maatregelen die afhankelijk zijn van marktontwikkelingen. Hoewel het op deze wijze vormgeven aan remedies ongebruikelijk is, past dit wel binnen het huidige juridische kader van Verordening 1/2003 en is dit essentieel voor een effectieve toepassing van het Europees mededingingsrecht op online platforms. Een dergelijke benadering van remedies kan voorkomen dat de netwerkeffecten, die inherent zijn aan online platforms, de concurrentieschade die door deze partijen wordt veroorzaakt vergroot. In bijzondere omstandigheden kunnen deze remedies er ook aan bijdragen dat wordt voorkomen dat de markt in kwestie kantelt (' *tipping* ') of dat de gevolgen van een marktkanteling worden beperkt.

Hoewel de gedragingen van online platforms steeds meer gereguleerd worden door nieuwe wetgevingsinitiatieven, dient te worden opgemerkt dat deze ontwikkelingen de noodzaak voor aanpassingen van het huidige Europees mededingingsrecht in de praktijk niet zullen wegnemen. Dit heeft er mee te maken dat platform specifieke regulering, zoals de Wet inzake digitale markten ('*Digital Markets Act*'), alleen van toepassing is op een zeer beperkte groep online platforms, en alleen een gelimiteerd aantal ongewenste gedragingen adresseert. Derhalve zullen de meeste mededingingsbeperkende praktijken van online platforms alsnog binnen het kader van het Europees mededingingsrecht moeten worden geadresseerd.

Gelet op het voorgaande is de conclusie van dit proefschrift dat het bestaande Europees mededingingsrecht in grote mate het meerzijdige karakter van online platforms in acht kan nemen en kan zorgen voor een effectieve handhaving ten aanzien van deze partijen, op een manier die vergelijkbaar is met non-platformmarktomstandigheden. In de praktijk vereist dit wel dat het bestaande mededingingsrecht als geheel wordt geïnterpreteerd in het licht van de commerciële, economische en technische aspecten van online platforms. Dit zal met zich meebrengen dat de grenzen van het bestaande juridische kader moeten worden herzien teneinde de toepassing daarvan en de effectiviteit van de handhaving te waarborgen. Het onderzoek in dit proefschrift beoogt sturing te bieden aan dit proces.

De voorgestelde mogelijkheden dienen niet als uitputtend te worden beschouwd, maar als een verzameling van mogelijke oplossingen om het bestaande juridisch kader van Europees mededingingsrecht toe te passen op online platforms. Alternatieve oplossingen kunnen te zijner tijd ook passend blijken te zijn, mits de centrale gedachtegang van dit proefschrift wordt gevolgd, namelijk dat het onderscheidende meerzijdige karakter van online platforms in acht moet worden genomen gedurende het gehele toepassingsproces van het Europees mededingingsrecht. Het beschouwen van deze problematiek als ‘oude wijn in nieuwe zakken’ en het voortdurend benaderen van online platforms op een manier die past bij de ‘oude’ economie zal ongetwijfeld leiden tot ongewenste uitkomsten van overmatige of ontoereikende handhaving.

