

Tilburg University

## Big data, prijsdiscriminatie en mededinging

van Damme, Eric; Graef, Inge; Sauter, Wolf

*Published in:*  
Markt en Mededinging

*DOI:*  
[10.5553/MenM/138762362018021003005](https://doi.org/10.5553/MenM/138762362018021003005)

*Publication date:*  
2018

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
van Damme, E., Graef, I., & Sauter, W. (2018). Big data, prijsdiscriminatie en mededinging. *Markt en Mededinging*, 2018(3), 114-123. <https://doi.org/10.5553/MenM/138762362018021003005>

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Artikel

## Big data, prijsdiscriminatie en mededinging

Eric van Damme, Inge Graef en Wolf Sauter\*

### Inleiding

De aandacht voor algoritmen en data is niet iets moderns. Sinds de Oudheid verzamelt de mens data om zijn omgeving in kaart te brengen, te begrijpen en te beheersen. De oude Egyptenaren bedreven de astronomie al, onder andere om een uniforme kalender vast te stellen. Omdat de mens een hekel heeft aan routinematig werk en efficiënt met zijn tijd wil omgaan, worden ook algoritmes (instructies om zonder verdere menselijke tussenkomst een uitkomst te bepalen) al sinds mensenheugenis gebruikt. Bekend is het eenvoudige algoritme van Euclides (323–283 v.C.) om de grootste gemeenschappelijke deler van twee getallen te bepalen. Ada Lovelace, de dochter van dichter Lord Byron, schreef in 1842 het eerste computeralgoritme, nog voor Babbage's computer operationeel was.

Wel nieuw zijn de grote hoeveelheden data die tegenwoordig verzameld en opgeslagen kunnen worden en de beschikbaarheid van snelle en zelflerende algoritmes om uit die ongestructureerde data bruikbare informatie te destilleren en op basis daarvan voorspellingen te doen of, al dan niet geautomatiseerd, beslissingen te nemen. In vergelijking met ons (mensen) zijn computers veel beter in het doorzoeken van grote databestanden en het herkennen van patronen daarin. Dit biedt grote mogelijkheden voor welvaartswinst, maar er zijn ook uitdagingen, waarbij de vraag rijst of het surplus ook redelijk verdeeld zal worden. Een aandachtspunt hierbij is dat

veel consumenten de waarde van hun data (nog) onderschatten en zich onvoldoende bewust lijken van de risico's die verbonden zijn aan het geven van toestemming tot toegang en gebruik. Mede als gevolg van het van kracht worden van de Algemene Verordening Gegevensbescherming staan data en *big data* momenteel in het brandpunt van de belangstelling, maar over hoe de zaken zich zullen ontwikkelen is nog veel onduidelijk. *Big data analytics* maakt de ontwikkeling van talrijke nieuwe waardevolle producten en diensten mogelijk, maar kan de concurrentie ook beïnvloeden, of mogelijk zelfs bedreigen. In dit artikel bespreken we de vraag of het huidige mededingingsinstrumentarium voldoende krachtig is om mogelijke gevaren te beteugelen.

In een door Obama's Raad van Economische Adviseurs in 2015 uitgebracht rapport worden *big data* omschreven als 'de mogelijkheid om grote hoeveelheden gegevens te verzamelen, vaak uit meerdere bronnen, en daarmee nieuwe soorten waarnemingen, metingen en voorspellingen te produceren'.<sup>1,2</sup> Deze mogelijkheden bestaan voor individuen, overheden en bedrijven, waarbij de laatste groep ze het gretigst verkent. Dat is ook logisch: concurrentie *dwingt* bedrijven daartoe. Immers, wie de consument beter kent, kan zijn potentiële klanten beter identificeren en bedienen. Echter, in een digitale omgeving stellen *big data* bedrijven in staat om niet alleen de wensen van klanten, maar ook hun betalingsbereidheid (veel) beter in te schatten, zodat de vraag rijst of de welvaartswinst wel redelijk over bedrijven en consumenten verdeeld zal worden. Het rapport stelt hierover:

1. Office of the President of the United States, Council of Economic Advisors, 'Big Data and Differential Pricing', februari 2015, [https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse\\_files/docs/Big\\_Data\\_Report\\_Nonembargo\\_v2.pdf](https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf).
2. In onze visie is dit in feite de definitie van *big data analytics*, de verzameling technieken om van de grote hoeveelheden ruwe gegevens nuttig gebruik te maken. Omwille van de leesbaarheid gebruiken we in dit artikel de term *big data* zowel voor de data op zich als voor de daarmee geassocieerde technieken.

\* Prof. dr. E. van Damme is verbonden aan Tilburg University en aan het onderzoeksinstituut TILEC aldaar. Dr. mr. I. Graef is verbonden aan Tilburg University en aan de onderzoeksinstituten TILEC en TILT aldaar. Prof. mr. drs. W. Sauter is verbonden aan Tilburg University en aan het onderzoeksinstituut TILEC aldaar en daarnaast in dienst bij de ACM. Zijn bijdrage is op persoonlijke titel.

‘Commercial applications of big data deserve ongoing scrutiny given the speed at which both the technology and business practices are evolving. (...) [T]he combination of differential pricing and big data raises concerns that some consumers can be made worse off, and have very little knowledge why. (...) While substantive concerns about differential pricing in the age of big data remain, many of them can be addressed by enforcing existing antidiscrimination, privacy, and consumer protection laws.’<sup>3</sup>

Opvallend is niet alleen de optimistische conclusie, maar ook dat het mededingingsbeleid hier niet genoemd wordt, hoewel het effect van *big data* op concurrentie nochtans een centraal element in het rapport is.<sup>4</sup> Maar er is ook voor wat betreft het mededingingsrecht wel degelijk nieuws onder de zon, zoals ook blijkt uit het feit dat nationale mededingingsautoriteiten in en buiten Europa, en ook de OECD, zich intussen over de rol van *big data* uitgelaten hebben.<sup>5</sup> Op welke schaal dit zal zijn en welke consequenties een en ander zal hebben is echter nog helemaal niet uitgekristalliseerd. Evenmin is duidelijk of het toezicht adequaat op de ontwikkelingen is toegerust.

In dit artikel verkennen we daarom een aantal dimensies van het recht en de economie van de mededinging in het licht van *big data*. Na een algehele verkenning, waarin we betogen dat alle onderdelen van het mededingingsrecht door *big data* geraakt worden, gaan we achtereenvolgens in op de toenemende relevantie van prijsdiscriminatie, de behandeling daarvan in het Europese mededingingsrecht, de grenzen van de toepassing van een aantal centrale economische begrippen binnen het kader van dat recht, en *big data* als toetredingsbarrière. In een afzonderlijk artikel in dit tijdschrift gaan we in op misbruik van machtspositie en *big data* in het bijzonder, alsmede op de mogelijke remedies.<sup>6</sup>

3. Executive Summary van het in voetnoot 1 genoemde rapport.
4. Een vergelijkbare opmerking kan gemaakt worden voor het (vroeg) ‘Data, Data everywhere: a special report on managing information’ van *The Economist*, waarin voor diverse wetsgebieden uitdagingen expliciet genoemd worden, maar het mededingingsaspect buiten beschouwing blijft; zie [www.emc.com/collateral/analyst-reports/ar-the-economist-data-data-everywhere.pdf](http://www.emc.com/collateral/analyst-reports/ar-the-economist-data-data-everywhere.pdf).
5. Zie o.a. UK Competition & Markets Authority, ‘The commercial use of consumer data. Report on the CMA’s call for information’, juni 2015; Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, ‘Competition Law and Data’, 10 mei 2016; Spanish Autoritat Catalana de Competència, ‘The Data-Driven Economy. Challenges for Competition’, november 2016; Japan Fair Trade Commission, ‘Report of Study Group on Data and Competition Policy’, juni 2017; Competition Bureau Canada, ‘Big data and innovation: key themes for competition policy in Canada’, februari 2018; OECD, ‘Big data: bringing competition policy to the digital era’, 27 oktober 2016.
6. E. van Damme, I. Graef en W. Sauter, ‘Machtsmisbruik op basis van big data’, zie elders in dit blad.

## Big data, concurrentie en het mededingingsbeleid

Het (Europese en nationale) mededingingsrecht beoogt te voorkomen dat marktmacht via kartelvorming of fusies versterkt wordt en verbiedt het misbruik maken van machtsposities. Naar onze mening worden alle deelgebieden van het mededingingsrecht door *big data* (en algoritmes) geraakt en is een fundamentele heroverweging van een aantal basisconcepten uit dat recht noodzakelijk. In ieder geval zijn er vragen te over, zoals onderstaande alinea’s (die niet pogen uitputtend te zijn) laten zien.

Ten eerste zijn *big data* mededingingsrechtelijk geen bestaande juridische categorie of classificatie die eenduidig onderdeel is van het bestaande kader. Ten tweede, en zoals in de Inleiding al werd opgemerkt, stellen *big data* bedrijven in staat om zowel de wensen van klanten als ook hun betalingsbereidheid (veel) beter in te schatten. Hierbij kan de mededinging geraakt worden omdat schaafeffecten een rol kunnen spelen. Als grotere bedrijven beter in staat zijn om de mogelijkheden van *big data analytics* te benutten, wat een niet onredelijke veronderstelling lijkt, dan kantelt het speelveld en kunnen sterker geconcentreerde markten ontstaan. Hieruit volgt direct een toenemend belang van het mededingingsbeleid dat immers als doel heeft ‘de bescherming van de concurrentie op de markt, als middel om de consumentenwelvaart en de efficiënte allocatie van middelen te waarborgen’,<sup>7</sup> waarbij, zoals gesteld door het Europese Hof van Justitie, de regels ‘niet uitsluitend [zijn] bedoeld om de belangen van de concurrenten of van de consumenten te beschermen, maar om de structuur van de markt en daarmee de mededinging als zodanig veilig te stellen.’<sup>8</sup> *Big data* kunnen de structuur van de markt en de aard van de concurrentie beïnvloeden. Omdat niet kan worden uitgesloten dat *big data* tot minder wenselijke marktstructuren (zoals *tight oligopolies*) leiden,<sup>9</sup> is het de vraag of het bestaande mededingingsrecht voldoende mogelijkheden biedt om op te treden.

Daar komt bij dat *big data* en de toepassing van technieken van kunstmatige intelligentie ertoe leiden dat bedrijven elkaars marktgedrag beter kunnen monitoren, zodat afwijkingen van een norm (bijvoorbeeld de norm om niet, of niet te intensief te concurreren) sneller gedetecteerd en bestraft kunnen worden, waardoor onwenselijke (maar legale) *tacit collusion* waarschijnlijker wordt.<sup>10</sup> Uit de literatuur weten we ook dat de mogelijkheid tot

7. N. Kroes, ‘European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices’, Speech, Londen 2005, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-05-512\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-512_en.htm).
8. HvJ EG 6 oktober 2009, zaak C-501/06, *GlaxoSmithKline Services Unlimited*, ECLI:EU:C:2009:610.
9. CPB, ‘Tight oligopolies: in search of proportionate remedies’, CPB Document 29, 2003, [www.cpb.nl/en/publication/tight-oligopolies-search-proportionate-remedies](http://www.cpb.nl/en/publication/tight-oligopolies-search-proportionate-remedies).
10. M. Ivaldi, B. Jullien, P. Rey, P. Seabright en J. Tirole ‘The Economics of Tacit Collusion’, Rapport voor DG Mededinging, [http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies\\_reports/the\\_economics\\_of\\_tacit\\_collusion\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf).

'zelfbinding' (*commitment*) een belangrijke invloed op de marktuitskomst kan hebben. Enerzijds ondergraven moderne technieken de mogelijkheid tot (individuele) prijsbinding omdat juist prijzen snel aangepast kunnen worden, maar anderzijds kan een bedrijf zich via een algoritme aan een bepaalde prijsstrategie (van bijvoorbeeld prijsmatching) binden, wat de concurrentie-intensiteit vermindert. Een *commitment* is alleen geloofwaardig als deze gecommuniceerd kan worden en afwijkingen ervan afgestraft. In dit kader moeten we wellicht ook onze ideeën betreffende de voor- en nadelen van informatie-uitwisseling tussen bedrijven opnieuw tegen het licht houden; publieke communicatie kan als instrument tot zelfbinding worden ingezet. Duidelijk is dus dat op het terrein van artikel 101 VWEU het nodige (denk)werk te verzetten is.<sup>11</sup>

De gevolgen voor de concentratiecontrole zijn ook meteen duidelijk: als *coordinated effects* vaker optreden, moet de *ex ante* toetsing van fusies strikter worden. Op dat terrein ligt er sowieso de vraag of fusies die significante marktmacht creëren door het bundelen van data in plaats van het bundelen van marktaandeelen wel met het huidige instrumentarium beteugeld kunnen worden.

Ten slotte maken *big data* het uitbuiten van de begrensde rationaliteit van eindverbruikers eenvoudiger, zodat het beleid meer van de inzichten uit de gedragseconomie gebruik zal moeten maken en niet uit zal kunnen gaan van de veronderstelling dat vrije, ongestoorde concurrentie automatisch tot de beste uitkomsten zal leiden. In dit verband is ook (opnieuw) aandacht gevraagd voor de relatie van, de complementariteit tussen, het mededingingsbeleid en het consumentenbeleid; een goed werkende markt vereist immers een vraagzijde die afdoende disciplinerend is.<sup>12</sup>

## Prijstdiscriminatie

Van prijsdiscriminatie (of neutraler: prijsdifferentiatie) is sprake als hetzelfde product voor verschillende prijzen aan verschillende consumenten verkocht wordt. Op het eerste gezicht een simpele definitie, maar wat is 'hetzelfde product'?<sup>13</sup> Stel dat de prijs afhangt van het tijdstip waarop, of de condities waaronder, het product gekocht wordt, zoals bij een op een terras genuttigd biertje op een terras dat duurder is als de zon schijnt. Of neem kappers, die voor dames meestal duurder zijn dan voor heren. Hoe zit het met het verschil tussen een

treinreis in de eerste klas en een in de tweede? Is hier sprake van prijsdiscriminatie of van productdifferentiatie?<sup>14</sup> De kernvraag is steeds: 'wat is een product?' Ryanair is bijvoorbeeld zeer innovatief in het ontbinden van een eenvoudige vliegreis in een complex product waarvan de verschillende componenten apart geprijsd kunnen worden. De reis in stoel 15A heeft meer waarde als je partner in stoel 15B mag zitten en dus moet je voor die 'gunst' apart betalen. De voorbeelden maken duidelijk dat de eenvoudige definitie tekortschiet. Economen geven daarom de voorkeur aan een door George Stigler geïntroduceerde definitie: van prijsdiscriminatie is sprake als twee min of meer vergelijkbare producten verkocht worden voor prijzen die een verschillende relatie tot hun respectievelijke marginale kosten hebben.<sup>15</sup> Volgens deze definitie is bij de NS, Ryanair en het genoemde terras sprake van prijsdiscriminatie.

Omdat een verkoper door prijsdiscriminatie zijn winst kan verhogen, is het gebruik ervan alomtegenwoordig. Maar niet alleen de producent profiteert. De kunst van prijsdiscriminatie is de prijs zo goed mogelijk bij de betalingsbereidheid van de consument aan te laten sluiten. In de Weense Opera zijn standaardplaatsen voor een student of uitkeringsgerechtigde onbetaalbaar, maar de plaatsen met slecht zicht bieden veel luistergenot voor een lage prijs. Omdat ook *selectieve prijsverlaging* de winst verhoogt, leidt prijsdiscriminatie meestal ook tot vergroting van de afzet en dus een verhoogde marktefficiëntie en welvaart. Prijsdiscriminatie stelt meer mensen in staat het product te kopen, maar er is een *fairness* issue: sommige mensen betalen meer dan andere, en soms veel meer. Bij de Weense Opera zien weinig mensen problemen, maar wat als het om een basisproduct als energie gaat en de AOW'er meer moet betalen dan de yup, omdat deze laatste een grotere neiging tot switchen heeft?

Ook economen erkennen tegenwoordig het grote belang dat mensen aan *fairness* toekennen; '*fairness as a constraint on profit seeking*' is de veelzeggende titel van een artikel met twee Nobelprijswinnaars in de economie als coauteurs.<sup>16</sup> Mensen hebben een hekel aan differentiatie die in hun ogen ongerechtvaardigd is. Bedrijven zijn daarom (nog) terughoudend in het openlijk differentiëren. Maar 'wat niet weet, wat niet deert' stelt een spreekwoord, terwijl ook 'alles went, behalve een vent'. In de luchtvaart accepteren we ondertussen prijsdiscriminatie alsof we nooit iets anders gezien hebben, en proberen we er zo veel mogelijk van te profiteren. Het lijkt ons daarom niet al te riskant om te voorspellen dat we in

11. Zie hierover verder het artikel van Anna Gerbrandy en Bart Custers in dit nummer, en de daarin gegeven verwijzingen. Zie ook A. Ezrachi en M. Stucke, 'Artificial intelligence and collusion; when computers inhibit competition', *Univ. Illinois Law Review* 2017, p. 1775 en S. Mehra 'Antitrust and the robo-seller: competition in the time of algorithms', *Minnesota Law Review* 2016, p. 1323-1375.

12. Zie E. van Damme, 'Concurrentiebeleid en consumentenbeleid', *Economisch Statistische Berichten* 2007, p. 37-42, en Oxera, 'Behavioral economics and its impact on competition policy. Rapport voor ACM, 2013. [www.acm.nl/sites/default/files/old\\_publication/bijlagen/11586\\_oxera-behavioural-economics-competition-policy.pdf](http://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/bijlagen/11586_oxera-behavioural-economics-competition-policy.pdf).

13. Ook over andere onderdelen van de definitie kan gediscussieerd worden, bijvoorbeeld, wat als 'gelijke gevallen' gelijk behandeld worden?

14. Productdifferentiatie in de vorm van 'versioning', waarbij verschillende versies van hetzelfde product worden aangeboden.

15. H. Varian, 'Price Discrimination', Hoofdstuk 10 in: R. Schmalensee en R. Willig, *Handbook of Industrial Organization*, Elsevier 1989 (Varian is de huidige chief economist van Google). Voor een recent overzicht, zie ook M. Armstrong, 'Recent Developments in the Economics of Price Discrimination', in: R. Blundell, W. Newey en T. Persson, *Advances in Economics and Econometrics; Theory and Applications, Ninth World Congress*, Cambridge: Cambridge University Press 2006, p. 97-141.

16. D. Kahneman, J. Knetsch en R. Thaler, 'Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market', *The American Economic Review* 1986, nr. 4, p. 728-741.



de toekomst, gegeven de grotere mogelijkheden tot prijsdiscriminatie, ook meer prijsdiscriminatie zullen zien.<sup>17</sup> Hierbij speelt ook een rol dat door goede marketing de acceptatie vergroot kan worden. Prijsdiscriminatie wordt eerder geaccepteerd als het gepresenteerd wordt als een prijsverlaging voor de een, in plaats van als een prijsverhoging voor de ander.

Prijsdiscriminatie is alleen mogelijk als de verkoper consumenten kan schiften op basis van hun betalingsbereidheid en doorverkoop of arbitrage kan belemmeren. In digitale markten is dat laatste relatief eenvoudig. Omdat in zulke markten de marginale kosten meestal laag zijn en de betalingsbereidheid tussen consumenten zeer kan verschillen, is prijsdiscriminatie hierin zeer aantrekkelijk. Omdat ook reguliere producten steeds vaker via internet verkocht worden en prijzen *à la minute* aangepast kunnen worden, wordt ook voor dit soort producten prijsdiscriminatie steeds belangrijker.

Al bijna honderd jaar onderscheiden economen drie vormen van prijsdiscriminatie.<sup>18</sup> De in de praktijk meest voorkomende vorm is derdegraads prijsdiscriminatie; hierbij betalen verschillende consumentengroepen verschillende prijzen. Bepaalde vormen van discriminatie zijn verboden, bijvoorbeeld op basis van de Grondwet of de Europese gedachte, terwijl andere vormen zijn toegestaan. Mededingingsexperts zijn vooral bekend met kortingsregelingen die al dan niet tot marktafsluiting kunnen leiden.<sup>19</sup> Economen spreken bij dergelijke *non-linear pricing* over tweedegraads prijsdiscriminatie. Onder deze noemer worden ook situaties geschaard waarin een aanbieder een menu van contracten aanbiedt om zo consumenten via zelfselectie op de voor hem gunstigste manier te kunnen sorteren. We zien deze vorm bijvoorbeeld in verzekeringsmarkten. Eerstegraads prijsdiscriminatie is voor ondernemers de aantrekkelijkste vorm. Hierbij is de verkoper in staat om elke afnemer zijn individuele reserveringsprijs te laten betalen. Tot voor kort was een dergelijke eerstegraads differentiatie vooral van theoretisch belang, maar met *big data* komen praktische toepassingen binnen bereik.<sup>20</sup> Dat is zowel een vloek als een zegen. In het geval van concurrentie geldt het tweede, bij monopolie het eerste.

Een eenvoudig voorbeeld kan illustreren waarom prijsdiscriminatie de concurrentie kan intensiveren. Veronderstel twee bedrijven, *A* en *B*, die concurreren om twee klantengroepen, *a* en *b* waarbij *a* tot de 'thuismarkt' van *A* behoort en *b* tot die van *B*. Veronderstel, eenvoudigheidshalve, dat de groepen *a* en *b* elk uit tien leden bestaan, dat elk lid van *a* 10 euro over heeft voor het product van *A* en 6 euro voor het product van *B* en dat het 3 euro kost om een klant uit de andere markt te bedienen, terwijl het bedienen van de thuismarkt kosteloos is. Voor de eenvoud veronderstellen we ook een symmetrische situatie: elk lid van *b* heeft 10 euro over voor het product van *B* en 6 euro voor het product van *A*.

Als de bedrijven tot een enkele prijs beperkt zijn, dan zal *B* groep *a* links laten liggen. Immers, omdat *A* voor wat betreft *a* een voorsprong heeft, zal *B* zijn prijs moeten laten zakken om in de markt van *A* klanten te winnen. Maar dan moet hij ook aan groep *b* een lagere prijs vragen, en dit gaat ten koste van zijn marge in die markt. *B* kan aan een consument uit *a* maximaal 6 euro vragen, maar dan verdient hij maximaal 30 euro in markt *a* en 60 euro in markt *b*, maar dat is minder dan de 100 euro die *B* verdient als hij zich toelegt op *b* en iedereen in die groep 10 euro laat betalen. Analooq zal bij uniforme prijzen *A* zich beperken tot groep *a*. Er zal dus geen concurrentie ontstaan, met als gevolg dat beide klantengroepen een hoge prijs (10 euro) betalen. Als gedifferentieerd kan worden, ligt het heel anders. *B* zal nu prijzen  $p_B^a$  en  $p_B^b$  aanbieden met  $p_B^a < p_B^b$ . Concreet zal *B* bereid zijn om in *a* zijn producten tegen kostprijs aan te bieden,  $p_B^a = 3$ . Het gevolg is dat *A* concurrentie op zijn thuismarkt ondervindt en gedwongen is zijn prijs te laten zakken. De leden van groep *a* realiseren een surplus van 3 als zij het product van *B* kopen en dus moet *A* een minstens zo groot surplus bieden. Bijgevolg verlaagt *A* zijn prijs naar  $p_A^a = 7$ . Hetzelfde zal op de thuismarkt van *B* gebeuren,  $p_B^b = 7$ . Op alle submarkten dalen de prijzen; de marktefficiëntie en de consumentenwelvaart zijn hoger, en de bedrijfswinsten lager. Algemeener geldt dat, op een *level playing field*, prijsdiscriminatie de *concurrentie intensiveert*, precies wat we willen.

Helaas is er niet alleen goed nieuws. Er is immers niet altijd sprake van een *level playing field*. In een monopolistische markt vergroot prijsdiscriminatie weliswaar de marktefficiëntie en de bedrijfswinst, maar gaat dit veelal ten koste van het consumentensurplus. Het mededingingsbeleid kan niet zo goed overweg met monopolies en vertrouwt er meestal op dat deze tijdelijk zijn en uiteindelijk door concurrentie ondergraven zullen worden. Daar waar dit niet mogelijk is, zoals bij netwerksectoren, is regulering aangewezen; maar regulering blijft de uitzondering en het laatste redmiddel. De vraag is echter of, in het geval van *big data*, zulk optimisme en vertrouwen in het zelfcorrigerend vermogen van de markt nog gerechtvaardigd is. Zoals we in het navolgende zullen laten zien is dit niet het geval: *big data* kunnen een toetredingsbarrière vormen en daardoor leiden tot een machtspositie, of een versterking van die machtspositie.

17. Al in 2003 werd hierop gewezen in A. Odlyzko, 'Privacy, economics and price discrimination on the Internet' (Extended Abstract), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=429762](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=429762). Opvallend is dat dit idee niet meteen in de meer beleidsgerichte literatuur werd opgepakt. Zo gaat het overigens goede (maar traditionele) overzicht 'Price Discrimination' van de OECD uit 2016 alleen op het eind in op prijsdiscriminatie in de digitale economie; [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)15/en/pdf).
18. A.C. Pigou, *The Economics of Welfare*, 1920; [www.econlib.org/library/NPDBooks/Pigou/pgEW.html](http://www.econlib.org/library/NPDBooks/Pigou/pgEW.html).
19. Zie bijvoorbeeld D. Geradin en N. Petit 'Price discrimination under EC competition law: another antitrust doctrine in search for limiting principles?', *Journal of Competition Law and Economics* 2006, nr. 3, p. 479-531.
20. De meest verfijnde vorm die heden ten dage gehanteerd wordt, is behavioral price discrimination; zie hierover ook A. Ezrahi en M. Stucke: 'The rise of behavioral discrimination', *European Competition Law Review* 2016, nr. 12, p. 485-492. Zie ook C. Townley, E. Morrison en K. Yeung, 'Big data and personalised pricing in EU competition law', Research paper 2017-38, King's College London 2017.

De vraag is dan of die versterkte marktmacht, of het uitsluiten daarvan (via uitbuiting of uitsluiting) aan banden gelegd zou moeten worden en, zo ja, of het huidige instrumentarium daar voldoende mogelijkheden voor biedt. Alvorens daarop in te gaan betogen we eerst dat prijsdiscriminatie op zich niet als onbillijk beschouwd moet worden.

## Prijsdiscriminatie en uitbuiting van marktmacht

Zoals bekend is het op grond van artikel 102 VWEU voor een bedrijf dat over een machtspositie beschikt verboden om daarvan misbruik te maken. In het kader van het voorgaande zijn er nu twee fundamentele vragen. Ten eerste, hoe bepalen we, in een situatie waarin prijsdiscriminatie eerder uitzondering dan regel is, of sprake is van een machtspositie? Ten tweede, als sprake is van een machtspositie, wanneer is dan sprake van misbruik?<sup>21</sup> In dit onderdeel bespreken we de tweede, meer juridische vraag. De eerste vraag is meer conceptueel en economisch van aard en behandelen we daarom pas daarna.

Bij misbruik van machtspositie kan onderscheid gemaakt worden tussen uitsluitingsmisbruik en uitbuiting. We beperken ons in dit deel tot het tweede type. Artikel 102 VWEU geeft als voorbeelden van uitbuitingsmisbruik het opleggen van onbillijke verkoopprijzen (onderdeel a) en het toepassen van ongelijke voorwaarden die sommige afnemers concurrentienadeel bezorgen (onderdeel c).<sup>22</sup> De onderdelen b en d van dit artikel zijn in ons kader van minder belang. Onderdeel b gaat over beperking van de markt, terwijl, zoals hiervoor al gezien, prijsdiscriminatie vooral tot uitbreiding van de markt leidt. Onderdeel d over aanvullende eisen is niet gerelateerd aan ons thema. De scheiding tussen de onderdelen a en c geeft al aan dat discriminatie op zich (ongelijke voorwaarden) niet automatisch als misbruik of als onbillijk gezien kan worden. Het uitmelken van de koper is onbillijk, maar bij prijsdiscriminatie kan niet automatisch van uitmelken gesproken worden.

Deze argumentatielijnen zijn consistent met een economische. Vanuit economisch perspectief kan zelfs de vraag gesteld worden of een uniforme prijs niet eerder onbillijk is. In ieder geval is het belangrijk onderscheid te maken tussen de *prijsstructuur* en de hoogte van het *prijs-*

*niveau*. Neem als concreet, maar hypothetisch voorbeeld, een kunsthandel die over twee identieke maar verschillend genummerde etsen beschikt en stel dat er twee klanten zijn die elk één ets willen en dat de ene klant bereid is 100 euro te betalen en de tweede 1000 euro. Het lijkt dan volstrekt eerlijk als de eerste 50 euro betaalt en de tweede 500 euro; in beide gevallen wordt het surplus immers eerlijk tussen koper en verkoper gedeeld. Eerlijk delen leidt juist tot discriminatie. Als de verkoper niet mag prijsdiscrimineren dan profiteert de 'rijke' klant van het feit dat de 'arme' zo weinig kan betalen. Maar waarom zou hij daarvan moeten profiteren? De conclusie is dat discriminatie en billijkheid gescheiden concepten zijn en dus verschillend behandeld moeten worden.<sup>23</sup>

Over het vraagstuk van billijkheid heeft de economische wetenschap overigens weinig te zeggen. Het idee van de 'juiste prijs' is uit de economie verbannen, of in ieder geval verdwenen.<sup>24</sup> Het lijkt ons zinvol dit te benadrukken, vooral ook omdat het een ander licht werpt op *United Brands*, de nog steeds leidende Europese zaak op het terrein van uitbuitingsmisbruik.<sup>25</sup>

In r.o. 250 van het arrest definieert het Hof van Justitie een prijs als onbillijk als deze 'niet in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de geleverde prestatie'. De vraag is natuurlijk wat die economische waarde is en hoe die gemeten kan worden. Hierover stelt het Hof van Justitie in r.o. 254 dat er meerdere methoden denkbaar zijn 'om de criteria te vinden aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of de prijs van een product billijk is' en dat 'de economische theorie er inderdaad verscheidene heeft ontwikkeld'. Het eerste is zonder meer juist, maar bij de tweede bewering kunnen vraagtekens geplaatst worden. Bovendien moet de methode die het Hof van Justitie zelf hanteert als zijnde weinig economisch bestempeld worden. Vanuit economisch perspectief is de economische waarde gelijk aan het door de transactie gerealiseerde surplus  $S$ , wat gelijk is aan de betalingsbereid van de consument,  $v_c$  minus de marginale productiekosten  $c$ ; dus  $S = v_c - c$ . (In ons voorbeeld van de kunsthandel was  $S = 100$  voor de ene koper en  $S = 1000$  voor de andere.) In r.o. 251 stelt het Hof van Justitie echter dat 'het buitensporig karakter van die prijs onder meer zou kunnen worden vastgesteld door de verkoopprijs van het product te vergelijken met de kostprijs en aldus de grootte van de winstmarge aan te tonen'. Het Hof van Justitie stelt dus dat de billijkheid van de prijs  $p$  beoordeeld moet worden aan de hand

21. Voor de derde vraag (wat zijn effectieve remedies?) verwijzen we naar ons tweede artikel in dit nummer.

22. Art. 102 VWEU stelt: '(...) Dit misbruik kan met name bestaan in: a. het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden; b. het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de gebruikers; c. het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkend bij de mededinging; d. het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.'

23. Er zijn ook minder hypothetische voorbeelden. Denk aan de Nederlandse UMTS-veiling uit 2000 die voor de overheid minder dan 7 miljard euro opbracht in plaats van de geraamde 20 miljard euro.

24. Zie ook A-G Wahl, citaat aan het begin van zijn Conclusie in AKKA/LAA: 'Is there any such thing as unfair prices?', Conclusie van A-G Wahl, zaak C-177/16, *Biedriba 'Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība' / Konkurences padome*, ECLI:EU:C:2017:286.

25. HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76, *United Brands*, ECLI:EU:C:1978:22, r.o. 251 waar duidelijk wordt gemaakt dat het excessieve karakter van een prijs kan worden vastgesteld door de verkoopprijs van een product te vergelijken met de kostprijs en zo de winstmarge te bepalen.

van de grootte van het verschil  $p - c$ , maar dat is zeer eenzijdig.

Een econoom kijkt niet alleen naar  $p - c$  maar ook naar  $v_c - p$  en komt dus tot de conclusie dat bij de beoordeling van billijkheid de betalingsbereidheid van de consument niet buiten beeld kan blijven. Dat was ook de conclusie die we in het voorbeeld van de kunsthandel getrokken hadden. Nu geven we graag toe dat ons voorbeeld theoretisch is en dat het in de praktijk moeilijk kan zijn om de betalingsbereidheid, en dus de grootte van het surplus te bepalen. Maar ook het bepalen van de kostprijs is soms moeilijk, zoals het Hof van Justitie ook stelt, terwijl het zeker niet onmogelijk is om de betalingsbereidheid te schatten. Het is dus op deze gronden niet te verdedigen waarom de billijkheidstoets niet ook naar boven (naar  $v_c - p$ ) zou moeten kijken.<sup>26</sup>

Ook wat betreft de juridische grondslag voor het bestrijden van uitbuitingsmisbruik in de vorm van discriminatie van eindgebruikers/consumenten is er geen eenduidigheid.<sup>27</sup> Ten eerste noemt het Europese verdrag het begrip discriminatie in de context van economische machtspositie niet met zoveel woorden. Het discriminatieverbod in het mededingingsrecht dat meestal bedoeld wordt is dat in artikel 102 sub c VWEU. Dit ziet op ongelijke behandeling van *afnemers* (hier primair ondernemingen) die daardoor worden geschaad in hun concurrentiepositie, hetzij (1) in verhouding tot de aanbiedende partij die tevens afnemer (tenminste in theorie) van zichzelf is, (2) hetzij direct tussen niet met de leverancier verbonden afnemers onderling.

Doorgaans gaat het dan dus over *downstream* concurrenten van verticaal geïntegreerde ondernemingen (als uitsluitingsmisbruik). Sinds de recente *MEO*-zaak (2018)<sup>28</sup> gaat het hier mogelijk ook over de tweede bovengenoemde categorie pure afnemers zonder dat sprake is van verticale integratie. Daarbij is vooral de vraag of ze ook in hun concurrentiepositie worden geschaad, en of er wel een redelijk motief zou zijn om zo de positie van de resterende afnemer(s) ten opzichte van de aanbieder te versterken, maar qua motivatie gaat het waarschijnlijk eerder over uitbuiting dan uitsluiting.

Met betrekking tot *consumenten* in de zin van eindgebruikers biedt artikel 102 sub c VWEU weinig aanknopingspunten – er is immers geen sprake van verstoring van hun concurrentiepositie. Maar artikel 102 sub a VWEU over onbillijke prijzen is in dit geval wel relevant, zeker omdat door eerstegraads (perfecte) prijsdiscriminatie mogelijk het gehele consumentensurplus wordt afgeroomd en de bescherming van de consumentenwelvaart een belangrijk doel van het mededingings-toezicht is. Zoals hiervoor al aangegeven werd, is het echter maar zeer de vraag of de test uit *United Brands* geschikt is om de billijkheid van de prijsstructuur en het prijsniveau aan te tonen.

Bij dit alles kan men zich ook afvragen hoe het zit met de afruil tussen consumentenwelvaart en totale welvaart en die tussen statische en dynamische welvaartswinst. Zoals al aangegeven kunnen er, in een situatie waarin het totale consumentensurplus daalt, ook consumenten zijn die juist van prijsdiscriminatie profiteren: de markt groeit. Verder kan het afdwingen van kostengerelateerde prijzen de prikkels tot innoveren verminderen of weg nemen. Er ligt hier een raakvlak met ideeën over billijkheid en excessiviteit van tarieven waar investerings- en innovatieprikkels moeten worden beschermd. Al met al denken wij dat terughoudendheid gepast is bij het als misbruik bestempelen van prijsdiscriminatie en dat ook het vraagstuk van welke prijzen billijk zijn nog niet is uitgekristalliseerd.

Zoals het tentatieve karakter van de bovenstaande alinea's al suggereert, staat de toepassing van het verbod op misbruik van economische machtspositie op discriminatoire consumentenprijzen ook in algemene zin (dus los van *big data*) nog in de kinderschoenen. Het belangrijkste meer algemene praktijkvoorbeeld van consumentendiscriminatie in het mededingingsrecht is nog steeds de Commissiebeschikking over indirecte discriminatie naar nationaliteit aangaande de toegankelijkheid van kaartjes voor het Wereldkampioenschap voetbal dat in 1998 in Frankrijk plaatsvond.<sup>29</sup> In deze zaak legde de Commissie aan de organisatoren van het evenement op grond van (destijds) artikel 82 EG-Verdrag weliswaar een symbolische boete op vanwege het hanteren van onbillijke contractvoorwaarden en (daarmee) beperking van de afzet, maar kwamen de bovengenoemde vragen niet aan de orde, en er is geen beroep ingesteld tegen deze beschikking. Beperking van de afzet is bovendien bepaald niet het uiteindelijke doel of zelfs gevolg van de prijsdiscriminatie zoals in dit artikel aan de orde is geweest.

De waarde van dit precedent is om deze redenen beperkt, en zoals bekend is de opsomming van de verschillende soorten misbruik in artikel 102 VWEU niet limitatief. Het ontstaan van andere varianten als juridische grondslag om discriminatie als misbruik te adresseren is dan ook zeker niet uitgesloten.

De waarde van dit precedent is om deze redenen beperkt, en zoals bekend is de opsomming van de verschillende soorten misbruik in artikel 102 VWEU niet limitatief. Het ontstaan van andere varianten als juridische grondslag om discriminatie als misbruik te adresseren is dan ook zeker niet uitgesloten.

26. Zie in dit verband de opmerkelijke, recente uitspraak van de Engelse Competition Appeal Tribunal (Flynn en Pfizer tegen CMA, van 7 juni 2018) die is geënt op de Conclusie van A-G Wahl in de bovengenoemde zaak C-177/16, *AKKA/LAA*, [www.catribunal.org.uk/files/1275-1276\\_Flynn\\_Judgment\\_CAT\\_11\\_070618.pdf](http://www.catribunal.org.uk/files/1275-1276_Flynn_Judgment_CAT_11_070618.pdf).

27. Zie I. Graef, 'Algorithms and fairness: what role for competition law in targeting price discrimination towards end consumers?', *Columbia Journal of European Law* (te verschijnen), beschikbaar via [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3090360](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3090360).

28. HvJ EU 19 april 2018, zaak C-525/16, *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA/ Autoridade da Concorrência*, ECLI:EU:C:2018:270. (Deze zaak wordt nog besproken in een van de volgende nummers van *M&M*.) Zie Oxera, 'Discrimination or differentiation? Price discrimination as an abuse of dominance', *Oxera Agenda* May 2018.

29. Zaak IV/36.888, *WK Voetbal 1998, PbEG* 2000, L 5/55. Zie S. Weatherill, '0033149875354: Fining the organiser of the 1998 Football World Cup', *European Competition Law Review* 2000, nr. 6, p. 275-282.



## Big data, prijsdiscriminatie en marktmacht

In dit onderdeel bespreken we de bruikbaarheid van artikel 102 VWEU in een *big data*-context in een economie waarin prijsdiscriminatie eerder uitzondering dan regel is.

De allereerste stap is te bepalen of van een machtspositie sprake is. Hiervoor is het nodig eerst de relevante markt af te bakenen en na te gaan of het bedrijf over wezenlijke marktmacht beschikt: kan de onderneming gedurende langere tijd en winstgevend een prijs boven *het competitieve niveau* handhaven? Maar wat is de betekenis van deze begrippen in een context waarin prijsdiscriminatie alom tegenwoordig is? Iemand die de moeite neemt om door een economische bril de kerndocumenten van het Europese mededingingsrecht te lezen stelt vast dat veel van die documenten (en de daarin gebruikte concepten) gebaseerd lijken te zijn op het idee van ‘één markt, één prijs’, of, anders geformuleerd, dat prijsdiscriminatie geen rol van betekenis speelt.<sup>30</sup> Dit brengt ons tot de stelling dat *big data* als gevolg hebben dat we, om de vraag ‘Is sprake van een machtspositie?’ te kunnen beantwoorden, de basisconcepten uit het mededingingsrecht, zoals de relevante markt en marktmacht, opnieuw moeten doordenken. Zoals eigenlijk ook al bleek uit de voorgaande onderdelen moeten we ook opnieuw nadenken over het doel van het mededingingsrecht en de rol van de consument daarbij. Zonder de pretentie volledig te willen zijn, formuleren we in het onderstaande een aantal eerste ideeën betreffend een aantal kernbegrippen.

### De relevante markt

Als eerste voorbeeld van de stelling dat de basisconcepten uit het mededingingsrecht opnieuw doordacht moeten worden bekijken we de marktafbakening, waarmee een mededingingsanalyse normaal gesproken begint. In paragraaf 8 van de Bekendmaking van de Europese Commissie over dit onderwerp staat:

‘Een relevante productmarkt omvat alle producten en/of diensten die op grond van hun kenmerken, (hun prijzen) en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door *de consument* als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd’.

Hier wordt gesproken over *de consument*, maar die representatieve consument bestaat helemaal niet. Mensen zijn zeer verschillend en hebben zeer verschillende voorkeuren. In het voorgaande spraken we over de betalingsbereidheid  $v_c$  van de consument, die afhangt van wie de consument,  $C$ , is. Technologische ontwikkelingen stellen bedrijven in staat om via productdifferentiatie en prijsdiscriminatie steeds beter op de verschillen

30. Overigens: zelfs in markten waarin vrijwel perfecte arbitrage mogelijk is, kunnen grote prijsverschillen bestaan; zie R. Thaler, ‘Behavioral Economics: Past, Present, and Future’, *The American Economic Review* 2016, nr. 7, p. 1577-1600.

tussen consumenten in te spelen. Een markt waarbij alle consumenten redelijk vergelijkbaar zijn, functioneert anders dan een markt waarbij er verschillen zijn en waarbij de transactiekosten om die verschillen uit te nutten niet te groot zijn. Omdat bedrijven in het verleden niet goed konden onderscheiden, was er veelal geen noodzaak om tussen consumenten te onderscheiden, maar nu dat wel mogelijk is, wordt het anders.

Hoe gaan we om met die diversiteit bij het bepalen van de relevante markt? Moeten *alle* consumenten de producten als substitueerbaar beschouwen, of slechts een deel? Maar of producten inwisselbaar zijn, hangt ook af van de prijzen waarvoor ze verkrijgbaar zijn. We zijn allen bekend met de *Cellophane Fallacy* die laat zien dat de relevante markt afhangt van het prijsniveau dat gehanteerd wordt bij de SNIP-test. Maar hoe doen we die test als prijzen van veel producten geïndividualiseerd zijn? De kern van de huidige marktafbakening is de bepaling van de marginale consument, maar bij prijsdiscriminatie wordt iedere consument marginaal. Impliceert dit dat iedere consument een markt op zich wordt?<sup>31</sup> In paragraaf 43 van de genoemde Bekendmaking suggereert de Commissie dat haar antwoord bevestigend is wanneer zij stelt dat:

‘De reikwijdte van de productmarkt kan worden beperkt door het bestaan van verschillende groepen afnemers. Een bepaalde groep afnemers van het betrokken product kan een engere, onderscheiden markt vormen wanneer een dergelijke groep aan prijsdiscriminatie onderworpen kan zijn.’

Maar de Commissie spreekt zich niet uit over het hoe en wanneer, wat onbevredigend is. Meer duidelijkheid zou gewenst zijn, en een overzicht over de huidige praktijk nuttig, maar wij hebben zo’n overzicht niet kunnen vinden. Hoe wordt in de praktijk omgegaan met het verschil tussen productdifferentiatie en prijsdiscriminatie dat we eerder in dit artikel bespraken? Op dit punt is er een zekere inconsistentie tussen de paragrafen 8 en 43 van de Bekendmaking. In het eerste citaat gaat het over het onderscheid tussen producten, terwijl het in het tweede over prijsverschillen gaat. Als producten homogeen zijn, is er geen twijfel dat alle consumenten deze als onderling verwisselbaar beschouwen, maar ook in dat geval kunnen verschillende consumenten nog steeds een zeer verschillende betalingsbereidheid hebben. Kortom, de vraag naar de bepaling van de relevante markt in situaties met prijsdiscriminatie lijkt nog open te staan.

### Marktmacht en machtspositie

Een onderneming heeft een machtspositie als zij over significante (wezenlijke) marktmacht beschikt, dat wil zeggen als zij geringe concurrentiedruk ondervindt. Zoals geformuleerd in de Richtsnoeren over de handhavingsprioriteiten bij de toepassing van artikel 102 VWEU, is de Europese Commissie van mening dat:

31. Zie hierover ook het in voetnoot 12 genoemde rapport van Oxera.



‘een onderneming die in staat is voor een aanzienlijke periode de prijzen winstvergroten tot boven *het* concurrerende niveau te verhogen, onder onvoldoende concurrentiedruk staat en dus in de regel als een onderneming met een machtspositie kan worden beschouwd.’<sup>32</sup>

Ook hier zien we het stellige ‘het’, maar zoals we in het voorgaande al gezien hebben, kan in een markt met prijsdiscriminatie niet over *het* competitieve niveau gesproken worden, tenzij de markt zeer nauw gedefinieerd wordt: de prijzen zullen immers variëren met de intensiteit van de concurrentie.<sup>33</sup> Academische economen betogen wel dat de vraag of een onderneming al dan niet over marktmacht beschikt het beste beoordeeld kan worden aan de hand van een model, waarmee de marktmacht direct econometrisch geschat wordt, maar het is niet duidelijk of dit een oplossing biedt. In ieder geval is duidelijk dat economen geen goede definitie hebben van marktmacht voor markten met prijsdiscriminatie. Dat is ook niet altijd nodig; in een zeer recent artikel wordt bijvoorbeeld, voor een markt met prijsdiscriminatie, direct het effect van een fusie op de prijzen geschat, zonder van intermediaire concepten (relevante markt en marktmacht) gebruik te maken.<sup>34</sup> Maar in de context van artikel 102 VWEU lijkt zoiets geen optie. Marktdominantie is immers geen economisch begrip. Het dichtst dat een econoom daarbij in de buurt kan komen is met het begrip ‘(zeer) significante marktmacht’, maar zelfs als de mate van marktmacht geïdentificeerd zou kunnen worden dan nog is het de vraag waar de scheidslijn tussen (zeer) significant en (niet zeer) significant getrokken zou moeten worden. De standaardtechnieken om marktmacht te bepalen gaan uit van één, uniforme, prijs. Ook op dit punt is er dus werk aan de winkel.

### Het doel van het mededingingsbeleid

In het eerste deel van dit artikel hebben we de bescherming van de concurrentie (op zich) centraal gesteld. Het Hof van Justitie stelde in *Post Danmark I* dat artikel 102 VWEU ‘niet alleen ziet op praktijken die de consument rechtstreeks kunnen benadelen, maar tevens op praktijken die hem kunnen benadelen door de mededinging te verstoren’.<sup>35</sup> De ACM formuleert haar doelstelling iets anders: ‘ACM bevordert de concurrentie en reguleert markten zodanig dat de uitkomsten voor consumenten

optimaal zijn’;<sup>36</sup> hier staat dus niet de concurrentie, maar de consument centraal. In een interessant onderzoek heeft de ACM gepoogd het begrip ‘consumentenwelvaart’ helder te krijgen, maar geen van de autoriteiten verbonden in het ICN wilde zich aan een definitie branden.<sup>37</sup> De relevantie van dit punt hier is hoe het begrip ‘consumentenwelvaart’ geoperationaliseerd moet worden als prijsdiscriminatie mogelijk is. Ook in situaties waarin het economische consumentensurplus goed gedefinieerd is, rijst de vraag hoe een mededingingsautoriteit de belangen van verschillende groepen consumenten tegen elkaar moet afwegen, en of zij dat überhaupt wel moet of mag doen. Zolang consumenten als identiek beschouwd worden en elke consument representatief is, kan deze vraag vermeden worden, maar als van prijsdiscriminatie sprake is, kan dit niet langer.<sup>38</sup>

## Big data als toetredingsbarrière en het risico van market tipping

We hebben al gezien dat, in geval van een *level playing field*, prijsdiscriminatie de concurrentie intensiveert. Maar een gelijk speelveld is eerder uitzondering dan regel. Meestal is een bedrijf of een persoon al klant bij een bepaald bedrijf en is er geen sprake van *multisourcing*. In een dergelijke situatie van asymmetrische concurrentie tussen een bestaande leverancier en een potentiële concurrent heeft de eerste een substantieel voordeel. De *incumbent* heeft een informatievoorsprong: hij beschikt over meer data over deze consument, zodat hij beter weet wat deze wil en ook een beter aanbod kan doen. Als prijsdiscriminatie is toegestaan, dan mag de *incumbent* zo’n persoonlijk aanbod ook doen. Uit de veilingtheorie weten we dat in een dergelijk geval zelfs kleine verschillen grote consequenties kunnen hebben en dit inzicht is, algemener, op biedmarkten van toepassing.<sup>39</sup> Stel, u bent de concurrent en u weet minder over de klant dan de huidige leverancier en u hebt ook iets hogere kosten om deze te bedienen. Stel nu dat u te horen krijgt dat u de bieding gewonnen hebt. Dan is dat dubbel slecht nieuws: klaarblijkelijk was de ander niet bereid zo laag te gaan, hoewel hij meer wist en ook lagere kosten had. Dit kan alleen betekenen dat u te weinig gevraagd hebt en ten prooi bent gevallen aan de vloek van winnaar. De enige manier om een dergelijk verlies te vermijden is de concurrentie helemaal niet aan te gaan.

32. 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, *PbEU* 2009, C 45/7, par. 11.
33. Dit kunnen we ook zien in het bovenstaande voorbeeld met de consumentengroepen *a* en *b*. Stel dat het voor *A* goedkoper wordt om groep *b* te bedienen, kosten 2 i.p.v. 3. Dan ondervindt *B* meer concurrentie. Als discriminatie is toegestaan blijft de marktprijs voor groep *a* 7 euro, terwijl de prijs voor groep *b* naar 6 euro zakt.
34. Zie W. Beckert, H. Smith en Y. Takahashi, ‘Competition with differentiated products and individual prices’, *Proceedings CRESSE conference* 2018 (nog ongepubliceerd).
35. HvJ EU 27 maart 2012, zaak C-209/10, *Post Danmark A/S/Konkurrenseråd*, ECLI:EU:C:2012:172, r.o. 20.

36. [www.acm.nl/sites/default/files/old\\_publication/publicaties/11991\\_strategienota-acm-20140801.pdf](http://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/11991_strategienota-acm-20140801.pdf).

37. ICN, ‘Competition enforcement and consumer welfare: setting the agenda’, 2011, [www.internationalcompetitionnetwork.org](http://www.internationalcompetitionnetwork.org).

38. Zie E. van Damme, ‘De betovering van de consumentenwelvaart’, *Economisch Statistische Berichten* 2014, nr. 46835, p. 6-16, alsmede de daarin geciteerde literatuur voor meer over dit punt.

39. Zie P. Klemperer, ‘Auctions with almost common values: The “Wallet Game” and its applications’, *European Economic Review* 1998, nr. 3-5, p. 757-769, en P. Klemperer, ‘Bidding markets’, *Journal of Competition Law & Economics* 2007, nr. 1, p. 1-47.

De conclusie uit dit voorbeeld, en de daaraan gerelateerde literatuur, is dat in een asymmetrische situatie *big data* een onoverkomelijke toetredingsbarrière kunnen vormen. Als een concurrent niet over gelijkwaardige informatie over de cliënt beschikt, dan kan hij niet effectief concurreren. Bovendien *mil* hij dan ook niet concurreren omdat het risico te groot is. Van groot belang is dus hier het recht op dataportabiliteit uit de Algemene Verordening Gegevensbescherming<sup>40</sup> dat kan voorkomen dat de cliënt aan zijn huidige leverancier vastgeklonken blijft. Doordat klanten hun gegevens kunnen meebrengen hebben concurrerende leveranciers ook meer gelegenheid de kwaliteit van de eigen diensten te verbeteren op basis van de nieuwe data. Vanuit mededingingsperspectief is het recht op dataportabiliteit dus ook essentieel.

Een verregaander vraag is of artikel 102 VWEU impliceert dat bedrijven toegang zouden moeten hebben tot exclusieve datasets voor het opzetten van een eigen dienst. Een econoom zou, onder voorwaarden, deze vraag met ja beantwoorden. Immers, als een marktpartij over exclusieve toegang tot *big data* beschikt zodat zij een machtspositie heeft, en als toegang tot die *big data* onontbeerlijk is om te kunnen concurreren, dan vormen deze *big data* een essentiële faciliteit.<sup>41</sup> Zonder toegang is er dan geen gelijk speelveld en geen levensvatbare concurrentie. Zonder toegang zal daarom ook het risico van uitbuiting groot zijn. Er is dus sprake van een machtspositie met betrekking tot de cliënt en een groot risico op misbruik. Uit de jurisprudentie volgt dat, in zo'n situatie, op de *incumbent* de bijzondere verantwoordelijkheid rust om zich zodanig te gedragen dat zij daadwerkelijke en onvervalste concurrentie niet belemmert. Concreet betekent dit dat de onderneming in bepaalde omstandigheden niet kan weigeren tegen een redelijke prijs toegang tot de data te leveren.

Hier komt bij dat door het bestaan van datagedreven indirecte netwerkeffecten – waardoor de kosten voor kwaliteitsverbeteringen steeds lager worden naarmate meer data ter beschikking komen – er een risico tot gehele *market tipping* bestaat waarbij de onderneming met economische machtspositie de totale markt steeds meer naar zich toe kan trekken en concurrenten worden verdreven. Hierbij kan sprake zijn van een sneeuwbal effect omdat, door data van verschillende klanten aan elkaar te koppelen, een aanbieder in staat kan zijn om een beter aanbod voor overige (potentiële) klanten te realiseren. Op deze manier kan een aanbieder die machtig is op een bepaalde markt die macht ook *leveragen* om zo ook andere markten 'in bezit' te krijgen. Anderzijds zou toegang tot data over een gehele markt noodzakelijk kunnen zijn om effectief op een deelmarkt of aanvullende markt te kunnen concurreren. Een aantal auteurs heeft daarom, met argumenten, bepleit dat dominante aanbieders verplicht zouden moeten worden om hun data met daad-

werkelijke en potentiële concurrenten te delen; zie Argenton en Prüfer, Prüfer en Schottmüller.<sup>42</sup> Niet iedereen is er echter van overtuigd dat dergelijke ingrijpende maatregelen inderdaad nodig zijn om effectieve concurrentie ook in de toekomst te waarborgen.<sup>43</sup> Op de vraag in welke omstandigheden een onderneming met een machtspositie verplicht kan worden toegang te geven tot een dataset die een essentiële faciliteit vormt, gaan wij in ons eerdergenoemde andere artikel in deze aflevering in.

## Conclusie

Het mededingingsrecht beoogt het voorkomen van de versterking van marktmacht via kartelvorming of fusies en verbiedt het misbruik van machtsposities. In dit artikel hebben wij allereerst betoogd dat alle deelgebieden van het mededingingsrecht door *big data* geraakt worden, maar dat betwijfeld kan worden of het recht altijd de instrumenten levert om de mogelijk negatieve effecten van het gebruik van *big data* tegen te gaan. Vervolgens hebben we onze focus gericht op artikel 102 VWEU en de vraag of dit artikel voldoende mogelijkheden biedt om op een goede manier met *big data* en prijsdiscriminatie om te gaan.

*Big data* vergroten de mogelijkheden voor prijsdiscriminatie en verwacht kan worden dat prijsdiscriminatie in de toekomst eerder regel dan uitzondering zal zijn. Op een *level playing field* is prijsdiscriminatie een zegen voor de consument, omdat dit de concurrentie intensiveert. Waar aanbieders marktmacht hebben, is het beeld minder duidelijk; in ieder geval kan verwacht worden dat prijsdiscriminatie de marktefficiëntie verhoogt en voor een deel van de consumenten het product betaalbaar zal maken. Sommige consumenten profiteren dus, terwijl andere een hogere prijs zullen moeten betalen. De discussies over billijkheid/*fairness* die de laatste tijd in het mededingingsbeleid opgang maken, zullen hopelijk input leveren voor de afwegingen die in deze context gemaakt moeten worden.

Wij zijn van mening dat discriminatie op zich onvoldoende grond is om van misbruik van machtspositie te kunnen spreken; gedifferentieerde prijzen kunnen billijk zijn. Maar, bij afwezigheid van voldoende concurrentie zou prijsdiscriminatie voor sommige consumenten ook tot onbillijke prijzen kunnen leiden. Vanuit economisch perspectief is het *United Brands*-criterium om billijkheid te beoordelen eenzijdig; de redelijkheid kan niet alleen van de prijs-kostverhouding afhangen, ook de betalingsbereidheid speelt een rol. Hoe de billijkheid dan wel bepaald zou moeten worden laten wij in het midden. De

40. Art. 20 Algemene Verordening Gegevensbescherming.

41. In de datacontext zou het beter zijn om te spreken van een 'essentiële input' – maar in lijn met het spraakgebruik zullen wij het begrip 'essentiële faciliteit' blijven hanteren.

42. C. Argenton en J. Prüfer, 'Search engine competition with network externalities', *Journal of Competition Law & Economics* 2012, nr. 1, p. 73-105. J. Prüfer en C. Schottmüller, 'Competing with Big Data', TILEC Discussion paper 2017/006.

43. J. Tichem, 'Verplichte datadeling Google en Facebook geen goed idee', [www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/17190/Blog-Verplichte-datadeling-Google-en-Facebook-geen-goed-idee](http://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/17190/Blog-Verplichte-datadeling-Google-en-Facebook-geen-goed-idee).

economische wetenschap heeft hier weinig te bieden, ook omdat een competitieve markt met prijsdiscriminatie een substantiële mate van prijsvariatie kan laten zien. Het huidige mededingingsrechtelijk kader lijkt vooral toegesneden op ‘normale’ markten waarop één uniforme prijs geldt. De basisconcepten uit het mededingingsrecht zijn niet gemaakt voor een wereld waarin prijsdiscriminatie de norm is en moeten opnieuw doordacht worden. Onduidelijk is hoe kernbegrippen uit het mededingingsrecht, zoals markt, consument en marktmacht, gedefinieerd en geïnterpreteerd moeten worden als prijsdiscriminatie eerder de norm dan de uitzondering is. Evenmin is duidelijk of de huidige methodes om markten af te bakenen en marktmacht te bepalen in die situatie bruikbaar zijn.

*Big data* kunnen tot een asymmetrisch speelveld leiden, waarbij de gevestigde leverancier een groot concurrentievoordeel heeft. In dit geval is het de vraag of *big data* een onoverkomelijke toetredingsbarrière opleveren en een essentiële faciliteit vormen die gedeeld moet worden met concurrenten. De weigering daarvan is een van de vormen van machtsmisbruik die wij in een separaat artikel verder belichten.