

De mededingingsrechtelijke ontwikkelingen in de online-economie

Hoe het mededingingsrecht de toegankelijkheid (en betrouwbaarheid) van het internet vooruit helpt!

Janneke Kohlen en
Annelies van Rookhuijzen*

Mededingingsrecht in de online wereld neemt een steeds belangrijkere plaats in. Dit wordt niet alleen ervaren door de ondernemingen die actief zijn in die online-wereld, maar wordt ook duidelijk gemaakt door de toegenomen activiteiten van de mededingingsautoriteiten. Denk hierbij aan het verscherpte toezicht op de prijsdifferentiaties voor online- en offline-verkoop, het beperken van de hoeveelheden die via een webshop verkocht mogen worden of het feit dat de toegang tot het internet beperkt wordt of moeilijk wordt gemaakt voor concurrenten/nieuwe toetreders. In dit artikel geven wij een beschrijvend overzicht van de actuele mededingingsrechtelijke zaken die op dit moment spelen in de online wereld.

Inleiding

Sinds de opkomst van het internet zijn ondernemingen creatiever geworden in het aanbieden van producten en diensten. Met name nieuwe ondernemingen zagen de kansen die het internet bood. Denk hierbij aan Yahoo, Google, Coolblue, Zalando, Bol.com enzovoorts. Maar ook bestaande ondernemingen maakten succesvol de overstap naar de online wereld, zoals Apple en Wehkamp. Echter, evenzoveel ondernemingen zagen tegelijkertijd de dreiging vanuit het internet komen en vreesden voor – in hun ogen – oneerlijke concurrentie.

Inmiddels zijn ook de ogen bij de Europese Commissie, DG Competition, geopend en heeft Joaquín Almunia, vicevoorzitter van de Europese Commissie en Eurocommissaris mededinging, aandacht gevraagd voor het mededingingsrecht in de online-economie. Hij ziet met name een rol weggelegd voor concurrentie in de online-economie ten behoeve van een voorspoedig economisch herstel. Hij benadrukte dan ook het belang van het mededingingsrecht door voorop te stellen dat het zorgen voor een optimale mededinging in de online-economie *'should help the EU take the road towards a sustainable recovery'*.¹

Almunia gaat hier voorbij aan de dynamiek van de online-economie, omdat deze zich door een aantal specifieke aspecten kenmerkt, waardoor ook de toepasselijkheid van het mededingingsrecht niet altijd eenvoudig is. Soms kan wellicht beter

worden aangesloten bij de aanverwante regelgeving, zoals cookiewetgeving en de consumentenwetgeving die speciale regels kent voor verkopen op afstand.

Bedrijven ontstaan namelijk relatief snel omdat de kosten vaak gering zijn, maar de bedrijven kunnen ook net zo snel weer van de markt verdwenen zijn. Daar staat dan weer tegenover dat de commerciële successen die in de online-economie behaald worden ook enorm kunnen zijn. Innovatieve diensten en producten vinden in de online-economie een goed platform om te groeien en excelleren. Redenen genoeg dus voor een belangrijke plaats van het mededingingsrecht in de online-economie, naast uiteraard de hiervoor genoemde specifieke wetgeving die direct gericht is op consumentenbescherming.

Zoals bekend, stoelt het mededingingsrecht op drie pijlers: het kartelverbod, het verbod tot het misbruik maken van een machtspositie en concentratiecontrole. In deze bijdrage bespreken wij welke betekenis toekomt aan de twee eerstgenoemde pijlers. Ons doel is om een beschrijvend overzicht te geven van welke zaken op dit moment spelen in de online-economie, waarmee ondernemingen rekening moeten houden vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt. De online-economie is in dit verband een breed begrip; het kan de daadwerkelijke omgeving van het internet en de toegang daartoe betekenen, maar het kan ook betrekking hebben op de ondernemingen die gebruik maken van het internet voor hun dienstverlening en verkoop.

* Mr. J.I. Kohlen en mr. J.W. van Rookhuijzen zijn beiden advocaat te Den Haag (Bird & Bird).

¹ Dit alles tijdens een speech aan de *London School of Economics* op 11 november 2013; zie http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-905_en.htm.

Het kartelverbod – artikel 6 Mededingingswet en/of artikel 101 VwEU

Het klassieke kartelverbod dat ziet op het verbod tot het maken van prijsafspraken, productiebeperkingen, marktverdeling etc., geldt uiteraard ook in de online-economie. Een goed voorbeeld hiervan is het onderzoek van de Europese Commissie naar afspraken tussen de vijf grootste uitgeverij van e-books en Apple.² De uitgeverij werden ervan verdacht dat zij hun prijzen voor de e-books kunstmatig hoog hielden, doordat Apple hen verbood hun e-books elders tegen lagere prijzen te verkopen.³ Uiteindelijk hebben alle uitgeverij, om een boete te ontlopen, toegezegd dat ook de andere retailers de vrijheid hadden om zelfstandig de verkoopprijzen te bepalen voor de e-books, waarbij ze dus ook goedkoper dan Apple mogen zijn.⁴ Door deze toezegging zijn de uitgeverij van e-books hoge boetes ontlopen.

Beperkingen in onlineverkoop

Een andere interessante ontwikkeling is het feit dat hoewel onlineverkoop in beginsel mededingingsrechtelijk gezien altijd mogelijk dienen te zijn, bijna alle grote concerns trachten die onlineverkoop aan banden te leggen althans trachten te voorkomen dat hun producten 'te goedkoop' via het internet worden verkocht. Ook het voorkomen van het *free-rider*-aspect⁵ is een veel gehoord argument om de verkoop via internet aan banden te leggen.

Leveranciers en producenten trachten op allerlei manieren de prijserosie die ontstaat door onlineverkoop, te beperken. Een aantal voorbeelden van dergelijke verticale beperkingen die komen kijken bij de verkoop in de online-economie zijn: per se verbod tot internetverkoop, verplichting om slechts bepaalde hoeveelheden of producten te verkopen via internet, manieren om verticale prijsbinding te bewerkstelligen, *dual pricing* (dus voor internetproducten een hogere inkoopprijs te rekenen door de leverancier dan voor producten die offline worden verkocht), een kortingssysteem waarbij hogere kortingen worden gegeven voor offlineverkoop met het doel onlineverkoop te beperken, een selectief distributiestelsel opzetten waarin bepaalde strikte eisen worden gesteld aan verkoop via internet, bijvoorbeeld het verbod om bepaalde platforms te gebruiken (eBay/Amazon etc.).

Dat de Europese Commissie extra aandacht heeft voor het voorkomen van beperkingen van de onlineverkoop in verticale relaties, bleek al vrij duidelijk bij de herziening van de oude Groepsvrijstellingsverordening inzake Verticale overeenkomsten (GVO) en de Richtsnoeren in 2009-2010.⁶ Voorafgaand aan

die herziening heeft de Europese Commissie, nog onder leiding van Commissaris Kroes, een rondetafelbijeenkomst gehouden met vertegenwoordigers uit de industrie die betrekking had op de onlineverkoop van goederen en het online aanbieden van muziek.⁷ In de huidige Richtsnoeren behorend bij de 2010 GVO⁸ is duidelijk een plaats gegeven aan het onderscheid tussen passieve en actieve verkoop⁹ en dan met name in het licht van de (on)mogelijkheid om onlineverkoop te beperken. In beginsel mag iedere onderneming een webshop hebben en kan hij zijn producten online verkopen. Wanneer het noodzakelijk is, gelet op de aard van het product,¹⁰ kan de eis gesteld worden aan een distributeur door de leverancier dat hij naast een onlinewinkel ook een fysieke winkel heeft, de zogenaamde *brick-and-mortar-shop*.

52) *Internet is een machtig instrument om een groter aantal en een grotere verscheidenheid aan klanten te bereiken dan met de meer traditionele verkoopmethoden; daarom worden bepaalde beperkingen op het gebruik van internet behandeld als (weder)verkoopbeperkingen. In principe moet elke distributeur het recht hebben om internet te gebruiken voor de verkoop van producten. Over het algemeen geldt, dat wanneer een distributeur een website gebruikt om producten te verkopen, dit wordt beschouwd als een vorm van passieve verkoop, omdat het een redelijke manier is om klanten in staat te stellen de distributeur te bereiken. Het gebruik van een website kan effecten hebben die verder reiken dan het eigen gebied van de distributeur of de eigen klantenkring; die effecten vloeien evenwel voort uit de technologie die gemakkelijke universele toegankelijkheid mogelijk maakt. Wanneer een klant de website van een distributeur bezoekt en die distributeur benadert en wanneer dat contact tot een verkoop met inbegrip van levering leidt, wordt dit als passieve verkoop beschouwd. [...]*¹¹

Maar ook recent heeft de Europese Commissie weer blijk gegeven van extra aandacht voor verticale beperkingen in onlineverkoop. De *OECD Competition Committee* hield in februari 2013 een rondetafelbijeenkomst en daaraan deed ook de Europese Unie (ambtenaren van de Europese Commissie) mee.¹² Verder leverden Australië, Oostenrijk, Canada, Tsjechië, Frankrijk, Duitsland, Japan, Korea, Noorwegen, Taipei, Turkije, Verenigd Koninkrijk en Amerika een bijdrage aan die rondetafeldiscussie. Dit heeft geresulteerd in een 275 pagina's tellend rapport van de OECD dat ingaat op allerlei mogelijke verticale beperkingen die bij onlineverkoop worden ervaren. Uit de inleiding blijkt onder meer dat de ontwikkeling van het internet en de e-commerce een behoorlijke impact hebben op de businessmodellen van de ondernemingen, het gedrag van consumenten en de economie in zijn geheel. Het internet en e-commerce zouden – wat de OECD betreft en dus ook commissaris Joaquín Almunia – de mededinging tussen leveranciers moeten versterken, waardoor hogere consumenten- en

2 Zie ook C.P.W. van Veen, 'E-books en EU-recht: wie bepaalt de prijs voor Mulisch op de iPad?', *Mediaforum* 2011-6, p. 183-184.

3 Case COMP/39.847/EBOOKS.

4 Bekendmaking van de Commissie overeenkomstig artikel 27, lid 4, van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad in zaak COMP/39.847/EBOOKS (Kennissgeving geschied onder nummer C(2012) 6552) (*Pb EU C* 283 van 19 september 2012, p. 7).

5 Het gratis meeliften op de reputatie van de fysieke winkels en de mogelijkheid om in fysieke winkels de producten te voelen waarna via internet de producten goedkoper worden aangeschaft.

6 Verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *Pb EU L* 336/21, 29 december 1999 en daarbij behorende Richtsnoeren.

7 Online Commerce Roundtable (17 september 2008 en 16 december 2008),

Report on Opportunities and barriers to online retailing van 26 mei 2009; <http://bit.ly/104LrXW>.

8 Verordening (EU) Nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *Pb EU L* 102/1, 23 april 2010 en daarbij horende Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, *Pb EU C* 130/1, 19 mei 2010.

9 In een verticale relatie geldt in beginsel dat de actieve verkoop onder voorwaarden wel mag worden beperkt maar de passieve verkoop niet.

10 De noodzakelijkheid kan gelegen zijn in het kunnen proberen van het product of bijzonder luxe producten waarbij de doeltreffende werking van de fysieke winkel belangrijk is; zie Richtsnoeren GVO, paragraaf 52(c) en 54.

11 Richtsnoeren GVO, paragraaf 52.

12 Vertical Restraints for On-line Sales, 2013, OECD 12 September 2013, DAF/COMP(2013)13, <http://bit.ly/104LO4N>.

sociale welvaart ontstaat. De inleiding van het OECD-rapport geeft goed weer wat het belang is van internet en een goede marktwerking tussen de ondernemingen die actief zijn in de online-economie. Eigenlijk kan geconcludeerd worden dat een goede toepassing van het mededingingsrecht wezenlijk wordt geacht voor de verdere ontwikkeling van de online-economie en het belang van de consument en de verbetering van de welvaart daarin.

The development of the internet and e-commerce is having a profound impact on firms' business models, consumers' behaviour and the overall economy. That should improve competition among suppliers and yield higher consumer and social welfare. Yet, digital ecosystems present some competitive risks. This greater availability of information may allow firms to monitor each other more easily, thereby facilitating collusive conduct; also, strong network externalities may tip markets toward creating dominant players; consumers may be deceived more readily by misleading and non-verifiable information. Moreover, manufacturers and distributors have strived over the years to create distribution systems that offer consumers pre-sale and post-sale services that enhance the consumers' evaluation of goods and services, increase their welfare and make all market players better off.

The diffusion of on-line sales, however, may disrupt or jeopardise this system and harm firms and consumers alike in the medium/long-run. Arguably for that reason, manufacturers might limit their online distributors' ability to compete on price. Whether such limitations are generally pro- or anti-competitive was a hotly contested issue at the roundtable, but a consensus did emerge that the framework for analysing that question should be the same in both the on-line and off-line contexts.

Voorts is noemenswaardig dat het *Bundeskartellamt* op 10 oktober 2013 in een werkgroep bijeen kwam, waarin eveneens de verticale beperkingen in de interneteconomie zijn besproken en waarbij de verschillende vormen van verticale beperkingen met als doel een beperking van de mededinging in de online-economie, zijn behandeld.¹³ Dit is met name interessant omdat het Background Paper dat is gepubliceerd de recente stand van zaken in Duitsland goed weergeeft, waarbij tevens de vraag wordt opgeworpen of de huidige GVO wel het juiste kader geeft voor de beoordeling van verticale overeenkomsten in de online-economie.

Tot slot mag niet onvermeld blijven dat de Europese Commissie in december 2013 invallen heeft gedaan bij grote distributeurs van elektronica zoals Mediamarkt en Saturn. Ook Samsung heeft bezoek gehad.¹⁴ De Europese Commissie is bezorgd over de prijsstrategie tussen leveranciers en distributeurs die mogelijk de onlineverkoop beperken. Het onderzoek loopt nog.

Misbruik machtspositie – artikel 24 Mw en/of artikel 102 VwEU

Almunia stond in zijn recente toespraak bij de London School of Economics ook stil bij, onder andere, de poortwach-

ters van het internet, oftewel *'the gatekeepers of the online world'*. Een poortwachter is een dominante onderneming met een strategische positie. Voorbeelden zijn: eigenaars van zoekmachines, bepaalde octrooihouders en netwerk operators. Hoewel het innemen van een dominante strategische positie, zoals het geval is bij poortwachters, niet verboden is, is het misbruiken van deze positie wel verboden. Dit misbruik door poortwachters kan bijzonder schadelijk zijn omdat andere aanbieders, directe concurrenten of concurrenten op de downstream markten, hinder ondervinden bij de toegang tot die markt waardoor consumenten uiteindelijk niet de beste keus krijgen, althans hen in ieder geval de mogelijkheid tot de beste keus (en prijs?) wordt onthouden. Om die reden zijn de mededingingsautoriteiten niet alleen bijzonder opmerkzaam op verticale beperkingen die worden opgelegd in de online-economie, maar ook op beperkingen die juist aan de toegang van de online-economie worden gehanteerd. Die toegang wordt door poortwachters geboden, maar kan ook zien op de apparaten waarmee toegang wordt verkregen, denk daarbij aan smartphones of tablets.

Google

Eén van de bekendste poortwachters, Google, is afgelopen jaren onderwerp geweest van een groot onderzoek van de Europese Commissie. Almunia haalt het onderzoek naar het gedrag van Google ook aan in zijn speech. In Europa heeft Google een marktaandeel van ongeveer 90% op de markt voor internetzoekmachines. De reden voor dit onderzoek was dat Google haar eigen diensten bevoordeelde door deze bovenaan de zoekresultaten te laten verschijnen nadat een consument een zoekterm in Google Search had ingevoerd.¹⁵ Begin dit jaar heeft Google een toezegging gedaan aan de Europese Commissie om een boete te ontlopen. Toegezegd is dat URL-links van bedrijven die concurreren met de eigen diensten van Google een hogere plek krijgen bij de zoekresultaten en dat tevens aangegeven moet worden welke zoekresultaten links naar eigen diensten van Google zijn. De Europese Commissie heeft in april 2013 een marktonderzoek verricht naar de toezeggingen en getest of deze toereikend zijn om de gesignaleerde mededingingsbezwaren weg te nemen.¹⁶ Een aantal uitgevers is echter zeer kritisch geweest over de voorgestelde toezeggingen en daaruit volgde dat ook Almunia in december vorig jaar tot de conclusie is gekomen dat de toezeggingen onvoldoende waren. Op 5 februari 2014 is duidelijk geworden dat Almunia en Eric Schmidt (bestuursvoorzitter van Google) overeenstemming bereikt lijken te hebben over de toezeggingen van Google. Google zal wijzingen doorvoeren in haar zoekmachine waardoor concurrerende gespecialiseerde zoekmachines naast haar eigen zoekresultaten worden getoond.¹⁷

Sinds eind vorig jaar is Google wederom onderwerp van onderzoek. Het *Centre of the Picture Industry* (Cepic) heeft op 8 november 2013 een klacht ingediend bij de Europese Commissie. Daarin stelt zij dat Google (wederom) misbruik maakt van haar machtspositie doordat Google Images zonder toestemming en zonder copyrightvermelding beschermd fotomateriaal van derden in haar zoekresultaten laat opdoemen.¹⁸ Om een kopie te maken van het beschermde materiaal is het zelfs niet nodig om naar de betreffende site van de rechthebbende

13 Vertical Restraints in the Internet Economy, Meeting of the Working Group on competition law, 10 October 2013, *Bundeskartellamt*; <http://bit.ly/NkQ6Hz>.

14 Antitrust: Commission confirms inspections relating to potential restrictions on online sales, European Commission, Memo/13/1106, 5 December 2013; <http://bit.ly/hBP6Lk>.

15 Mededeling van de Commissie overeenkomstig artikel 27, lid 4, van Verordening (EG) nr. 1/2003 in zaak AT.39740, *Google*, Pb EU C 120/22 van 26 april 2013.

16 Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competition concerns – questions and answers, European Commission – Memo/13/383, 25 april 2013, <http://bit.ly/hkoYi70>.

17 Antitrust: Commission obtains from Google comparable display of specialised search rivals – Frequently asked questions, European Commission – Memo/14/87, 5 februari 2014, <http://bit.ly/1njPn42>.

18 Zie <http://bit.ly/1d6kQp6>.

te gaan, maar kan direct via Google Image een grote afbeelding worden gekopieerd. Naast het feit dat deze praktijk tot een verlies aan bezoekers voor de betreffende sites van rechthebbenden leidt, is het door het gebrek van de copyrightvermelding onduidelijk dat mogelijk auteursrechten rusten op de betreffende afbeelding. Cepic stelt in haar klacht dat Google een provider van 'gratis' content is geworden en op deze wijze online piraterij voedt in haar eigen voordeel. Volgens Cepic weigert Google technologische ontwikkelingen toe te staan, door bijvoorbeeld door te linken naar de website van de rechthebbende. Het voorstel van Google om met een opt-in te werken, kan volgens Cepic onmogelijk worden geaccepteerd, omdat het niet meegaan met de opt-in betekent dat het beeldmateriaal en de website onvindbaar worden, wat volgens Cepic neerkomt op het verdwijnen van het materiaal van het internet. Onduidelijk is of de Europese Commissie ook daadwerkelijk een onderzoek zal starten naar aanleiding van de klacht van Cepic.

Samsung

Niet alleen het onderzoek naar Google en de toezeggingen die de Europese Commissie daarin hoopt te realiseren, verloopt moeizaam, ook het onderzoek en het toezeggingstraject met Samsung verloopt niet soepel.

De Europese Commissie heeft onderzocht of Samsung misbruik maakt van haar machtspositie doordat zij inbreukprocedures start tegen haar concurrenten (waaronder Apple) die gebruik maken van de 3G-technologie, waarvoor zij een FRAND-verklaring¹⁹ heeft afgegeven. Daarbij merkte de Commissie in 2012 direct op dat het aanhangig maken van procedures tegen concurrenten die octrooi-inbreuk plegen, op zich niet verboden is, maar dat zij zich met name zal richten op de vraag of Samsung haar verplichtingen om op FRAND-voorwaarden te licentiëren, heeft geschonden.²⁰ Echter, eind 2012 heeft de Europese Commissie aan Samsung een bericht gestuurd dat zij misbruik maakte van haar machtspositie tegenover Apple doordat zij procedures startte jegens Apple waarin zij stelde dat Apple inbreuk maakte op haar Standard Essential Patents²¹ (SEP's). Almunia berichtte op 21 december 2012 als volgt:

Intellectual property rights are an important cornerstone of the single market. However, such rights should not be misused when they are essential to implement industry standards, which bring huge benefits to businesses and consumers alike. When companies have contributed their patents to an industry standard and have made a commitment to license the patents in return for fair remuneration, then the use of injunctions against willing licensees can be anti-competitive.²²

De Europese Commissie is dan ook bezorgd dat het gedrag van Samsung ertoe leidt dat hogere royalty's moeten worden

betaald of dat hierdoor de introductie van concurrerende producten zou worden vertraagd. Om die reden heeft Samsung in oktober 2013 een voorstel voor een toezegging gedaan waarbij zij heeft aangeboden om gedurende een periode van vijf jaar geen procedures te starten inzake haar SEP's die betrekking hebben op technologieën die gebruikt worden in smartphones en/of tablets.²³ De consultatie van die toezegging heeft ertoe geleid dat Samsung een nieuwe toezegging heeft gedaan aan de Europese Commissie waarvan verwacht wordt dat deze toezegging zal leiden tot overeenstemming tussen Samsung en de Europese Commissie.²⁴ De belangrijkste wijziging die Samsung in haar toezegging heeft aangebracht is dat wanneer partijen niet tot overeenstemming komen over de licentie en de te betalen royalty's, zij niet aan arbitrage gebonden zijn, maar het recht hebben om het geschil aan een gewone rechter voor te leggen.

Microsoft

Microsoft is een ander goed voorbeeld van een partij die essentieel is bij het bieden van toegang tot het internet en welke Almunia ook aanhaalt in zijn speech. Met name de zaken die op deze onderneming betrekking hebben, zijn bij uitstek voorbeelden van poortwachterzaken waarbij de toegang tot de online-economie door de onderneming met een machtspositie werd beperkt. Immers, de gebruikers werden beperkt in hun keuze voor toegang tot het internet en welke browser zij daarvoor konden gebruiken en concurrerende ondernemingen werden beperkt in de mogelijkheid om toegang tot het internet aan Windowsgebruikers te bieden. De Europese Commissie heeft in 2009 de toezeggingen van Microsoft bindend verklaard. Microsoft heeft het toezeggingvoorstel gedaan naar aanleiding van de bezorgdheid van de Europese Commissie dat Microsoft haar webbrowser Internet Explorer aan haar besturingsstelsel Windows had gekoppeld en dat dit in strijd is met de het verbod op misbruik van een machtspositie op de markt (artikel 102 VwEU). Microsoft heeft in die toezegging beloofd om de Europese Windowsgebruikers een keuze te laten maken tussen een aantal webbrowsers. Ook heeft Microsoft toegezegd het voor computerfabrikanten en gebruikers mogelijk te maken Internet Explorer uit te schakelen. Bovendien heeft Microsoft toegezegd om een groot aantal gegevens bekend te maken om de interoperabiliteit van haar besturingsstelsel te verbeteren.

In maart 2013 is echter wederom een boete opgelegd aan Microsoft, ditmaal € 561 miljoen,²⁵ wegens schending van haar toezeggingen in 2009.²⁶ Microsoft biedt haar gebruikers van Windowssoftware namelijk nog steeds onvoldoende keuze met betrekking tot de gewenste internetbrowser en dat was een van de toezeggingen die Microsoft in 2009 aan de Europese Commissie had gedaan.

¹⁹ FRAND: Fair, Reasonable and Non-Discriminatory voorwaarden op grond waarvan licenties worden verleend.

²⁰ Zie ook D.P. Kuipers en J.I. Kohlen, 'De titanenstrijd tussen Apple en Samsung; Uitleg van de FRAND-verplichtingen bij de rechter en in het onderzoek van de Europese Commissie naar Samsung,' *NtEr* 2012/10, p. 342-349.

²¹ Toepassing van de standaard brengt met zich dat – noodzakelijkerwijs – geoctrooierde technologie wordt toegepast. Octrooien die noodzakelijk zijn voor toepassing van (delen van) de gestandaardiseerde technologie worden 'essential IPRs' of 'standard essential patents' (hierna: SEP) genoemd.

²² Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Samsung on potential misuse of mobile phone standard-essential patents, European Commission – IP/12/1448, 21 december 2012, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1448_en.htm.

²³ Antitrust: Commission consults on commitments offered by Samsung Electronics regarding use of standard essential patents, European Commission – IP/13/971, 17 oktober 2013; http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-971_en.htm.

²⁴ MLex-bericht van 29 januari 2014, 'Samsung revises settlement offer to wrap up antitrust probe into patents'.

²⁵ Antitrust: Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competition concerns, European Commission – IP/13/371, 25 april 2013, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-371_en.htm.

²⁶ Antitrust: Commissie aanvaardt voorstel Microsoft om gebruikers browser te laten kiezen, European Commission – IP/09/1941, 16 december 2009; http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-1941_nl.htm.

ACM en de online wereld

Tot slot nog een kort uitstapje naar de Nederlandse toezichthouder Autoriteit, Consument en Markt (ACM) en haar mededingingsrechtelijke activiteiten op het gebied van de online wereld.²⁷ Voorop staat dat deze activiteiten vooralsnog beperkt zijn, maar ACM is wel bijzonder actief op het gebied van consumentenbescherming in relatie tot de online wereld. Recent heeft ACM de glasvezelaanbieders opgedragen de consument beter te informeren over de dienstverlening;²⁸ ook heeft ACM aandacht gevraagd voor de risico's voor kinderen bij online games²⁹ en is ACM een voorlichtingscampagne gestart voor webwinkeliers.³⁰ Dit zijn slechts enkele voorbeelden van de activiteiten van ACM in de online wereld vanuit consumentenrechtelijk perspectief.

Maar ook vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt heeft ACM aandacht voor de online wereld. ACM heeft recent in een mededingingsrechtelijk toezeggingstraject de toegankelijkheid van het internet en het creëren van een gelijk speelveld proberen te bereiken. ACM concludeerde in haar marktscan woningmakelaardij dat de toenemende concurrentiedruk van andere woningsites weinig invloed heeft op huizenzoekwebsite Funda, omdat de website voor meer dan 75% in handen is van de Nederlandse Vereniging voor Makelaars (NVM).³¹ Het beleid werd gevoerd dat huizen van NVM-makelaars bovenaan de zoekresultaten op de Funda-website kwamen te staan. ACM concludeerde in haar marktscan dat de concurrentie toe zou nemen door Funda te verplichten alle makelaars op non-discriminatoire en transparante voorwaarden toegang te geven tot Funda en een situatie te bewerkstelligen waar Funda haar eigen beslissingen en strategische afwegingen kan maken, onafhankelijk van de belangen van makelaars. Uiteindelijk heeft Funda toegezegd duidelijk te zullen vermelden dat de huizen van NVM-makelaars altijd eerder verschijnen in zoekresultaten dan het aanbod van andere makelaars.³² Een toezegging die wat ons betreft niet vergelijkbaar is met de toezeggingen die de Europese Commissie weet te bereiken met Google en Samsung; maar toch, als consument weet je nu dat er meer is dan alleen de NVM-makelaars. En ACM, blijkens de uitspraken van de heer Fontein, is er blij mee:

De maatregel van de NVM is een stap in de goede richting. Funda maakt nu duidelijk dat consumenten altijd verder moeten klikken om relevant aanbod van niet NVM-makelaars te vinden en dus veel meer keuze hebben,' zegt Chris Fontein, bestuursvoorzitter van ACM. Over een jaar evalueert ACM of deze maatregel effectief is geweest. Afhankelijk daarvan bepaalt de toezichthouder of vervolgstappen nodig zijn. In de tussentijd blijft ACM de ontwikkelingen op de voet volgen. Ook zal de NVM richting haar leden duidelijk maken op welke wijze zij zich van elkaar mogen onderscheiden in reclame-uitingen. Dit mag bijvoorbeeld op basis van de courtage die zij in rekening brengen bij hun klanten of via de klanttevredenheid. Uit de marktscan bleek dat dit niet voor alle NVM-makelaars even duidelijk was.³³

Conclusie

Onze verwachting is dat de Europese Commissie, maar ook de nationale toezichthoudende instanties zoals ACM, meer en meer de mededinging in de online-economie zullen monitoren. Dit zal zowel op grond van het kartelverbod (verticale beperkingen, afspraken tussen concurrerende ondernemingen etc.) worden gedaan als het verbod op het misbruik maken van een machtspositie. Dit betekent dat waarschijnlijk de – in ieder geval voor Nederland – enigszins onderbelichte rol van de verticale beperkingen meer in de belangstelling zal komen te staan, maar er ook meer misbruikzaken zullen zijn. Dit alles uiteraard wel in de wetenschap dat ACM waarschijnlijk zal aansturen op toezeggingen van de betrokken ondernemingen dat zij in de toekomst hun gedrag zullen aanpassen. Helaas leidt de extra aandacht voor de mededinging in de online-economie dan wel tot verscherpt toezicht, voor de mededingingsrechtelijke jurist zullen er weinig meer precedentes worden geschapen op basis waarvan de advisering aan de ondernemingen kan worden ingestoken.³⁴ Een gemiste kans, of wordt hierdoor een mogelijkheid gecreëerd voor ondernemingen om te proberen hoe ver zij kunnen gaan? Immers, een boete lijkt wellicht nog ver weg omdat zij toch eerst worden uitgenodigd om een toezegging te doen.

27 ACM heeft ook de handhaving en naleving van de consumentenbeschermingsregels als één van haar taken en is op dat gebied een stuk actiever.

28 Zie <http://bit.ly/1f4yqWC>.

29 Zie <http://bit.ly/1MB58YI>.

30 Zie <http://bit.ly/1N1PGo>.

31 Marktscan Woningmakelaardij ACM, maart 2012; <http://bit.ly/1fTh1UU>.

32 Toezegging van NVM inzake Funda, 25 juli 2013; <http://bit.ly/1aHELve>.

33 Zie <http://bit.ly/1aHELve>.

34 Een toezeggingstraject is vaak toch ondoorzichtig en de echte *theory of harm* en beperking van de mededinging wordt niet gedeeld met de buitenwereld.