

BELGISCHE SENAAAT

ZITTING 2018-2019

22 FEBRUARI 2019

Voorstel van resolutie ter vrijwaring van mededinging in de digitale economie

(Ingediend door
de heer Willem-Frederik Schiltz c.s.)

TOELICHTING

I. INLEIDING

Reeds in 2009 waarschuwde de toenmalige Eurocommissaris voor Consumentenzaken, de Bulgaarse juriste Meglena Kuneva, voor de « commerciële discriminatie » door data : « Persoonlijke data vormen de nieuwe olie van het internet en de nieuwe valuta van de digitale wereld (1). »

De individuele persoonsgegevens laten adverteerders op Facebook toe reclame op maat aan te bieden. Ze zijn ook de brandstof voor artificiële intelligentie, die almaar slimmere internetdiensten mogelijk maakt.

In 1911 gaf het Amerikaanse hoogerechtshof de opdracht om Standard Oil op te breken. De oliemaatschappij produceerde destijds bijna 90 % van de geraffineerde olie in de Verenigde Staten (2). In de techsector neemt Facebook vandaag eenzelfde dominante positie in. Samen met Google trok het sociaal netwerk vorig jaar bijna 80 % van de digitale advertentiedollars naar zich toe.

(1) <https://www.netkwesties.nl/1041/google-facebook-en-amazon-de-nieuwe-oliemaatschappijen.htm>.

(2) <https://www.tijd.be/tech-media/algemeen/hoe-krijg-je-een-gigant-als-facebook-klein/10015722.html>.

SÉNAT DE BELGIQUE

SESSION DE 2018-2019

22 FÉVRIER 2019

Proposition de résolution visant à la sauvegarde de la concurrence dans l'économie numérique

(Déposée par
M. Willem-Frederik Schiltz et consorts)

DÉVELOPPEMENTS

I. INTRODUCTION

Déjà en 2009, la juriste bulgare Meglena Kouneva, alors commissaire européenne à la Protection des consommateurs, mettait en garde contre la « discrimination commerciale » par les données : « Les données personnelles sont le nouvel or noir de l'internet et la nouvelle devise du monde numérique (1). »

Les données personnelles individuelles permettent aux annonceurs sur Facebook de proposer de la publicité sur mesure. Elles sont aussi le carburant de l'intelligence artificielle, qui permet d'offrir des services internet de plus en plus intelligents.

En 1911, la Cour suprême des États-Unis a ordonné le démantèlement de Standard Oil, qui produisait à l'époque près de 90 % du pétrole raffiné aux États-Unis (2). Aujourd'hui, le réseau social Facebook occupe une position dominante similaire dans le secteur technologique. L'an dernier, ce réseau social et Google ont récolté à eux deux près de 80 % des revenus des nouvelles publicités numériques.

(1) <https://www.netkwesties.nl/1041/google-facebook-en-amazon-de-nieuwe-oliemaatschappijen.htm>.

(2) <https://www.tijd.be/tech-media/algemeen/hoe-krijg-je-een-gigant-als-facebook-klein/10015722.html>.

Anders dan met olie zijn de databronnen divers en schier eindeloos, van metro's tot windturbines, van toiletbrillen tot broodroosters. Alle individuele en collectieve handelingen genereren data. Maar, net als in de olie-industrie, beheersen enkele giganten de markt.

We staan aan de vooravond van een kwantsprong op het vlak dataverwerking en het voorspellen van gedrag van individuen en van de maatschappij in haar geheel. De grondstof zijn de data die de mensen en bedrijven genereren. Deze worden verzameld en gekoppeld in steeds grotere verbanden en via kunstmatige intelligentie worden steeds effectievere logaritmen uitgewerkt om deze data om te zetten in informatie en uiteindelijk zelfs gedragssturing. Hoe meer data, hoe scherper het beeld van elke persoon wiens data werden opgeslagen en hoe duidelijker de profielen die daarna kunnen worden aangeboden op de advertentiemarkt of worden doorverkocht aan de diensten- of andere markten.

Het staat als een paal boven water dat de enkele bedrijven die doorlopend de meeste individuele data kunnen verzamelen, uiteindelijk de markt zullen domineren. Voor andere ondernemingen wordt het dan bijna onmogelijk om deze positie nog in te kunnen nemen. Bovendien worden nieuwkomers desnoods opgekocht of gewoon gekopieerd.

Als de markt het niet redt, moeten regelgevers en toezichthouders ingrijpen, onder meer met een beroep op mededinging.

Onderzoeker E. Stucke stelt hieromtrent het volgende : « *Big Data is playing a pivotal role in many companies' strategic decision-making. Companies are striving to acquire a « data advantage » over rivals. Data-driven mergers are increasing. These data-driven business strategies and mergers raise significant implications for privacy, consumer protection and competition law. At the same time, European and United States' competition authorities are beginning to consider the implications of a data-driven economy on competition policy. In 2015, the European Commission launched a competition inquiry into the e-commerce sector and issued a statement of objections in its Google investigation (1).* »

De interne Europese markt is gebaseerd op vrij verkeer van mensen, kapitaal, goederen en diensten. Gegevens zijn de vijfde vrijheid geworden binnen de interne markt van de EU. Binnen de Europese Unie bestaat

À la différence du pétrole, les sources de données sont diverses et quasiment inépuisables, provenant notamment des métros, des éoliennes, des lunettes de W.-C. et des grille-pains. N'importe quelle action individuelle ou collective génère des données. Mais, comme pour le pétrole, quelques géants dominent le marché.

Nous nous trouvons à l'aube d'un saut quantique dans le domaine du traitement des données et de la prédiction du comportement des individus et de la société dans son ensemble. Les matières premières sont les données issues des personnes et des entreprises. Ces données sont récoltées et de plus en plus interconnectées ; l'intelligence artificielle produit des algorithmes de plus en plus poussés qui transforment les données en informations, et finalement influent sur le comportement. Plus il y a de données, plus précise est l'idée que l'on se forge de chaque personne dont les données ont été enregistrées, et plus il est facile de déterminer les profils qui peuvent être proposés sur le marché publicitaire ou être revendus sur le marché des services ou ailleurs.

Il est évident qu'à la longue, seules les quelques entreprises à même de recueillir en permanence la majorité des données domineront le marché. Pour les autres entreprises, il sera quasiment impossible de se faire une place au soleil. En outre, les nouveaux venus sont, si nécessaire, rachetés ou carrément copiés.

Si le marché n'y arrive pas, il faut réglementer et contrôler, entre autres en recourant à la concurrence.

À ce propos, le chercheur E. Stucke écrit : « *Big Data is playing a pivotal role in many companies' strategic decision-making. Companies are striving to acquire a « data advantage » over rivals. Data-driven mergers are increasing. These data-driven business strategies and mergers raise significant implications for privacy, consumer protection and competition law. At the same time, European and United States' competition authorities are beginning to consider the implications of a data-driven economy on competition policy. In 2015, the European Commission launched a competition inquiry into the e-commerce sector and issued a statement of objections in its Google investigation (1).* »

Le marché intérieur européen se base sur la libre circulation des personnes, des capitaux, des biens et des services. Les données sont devenues une cinquième liberté du marché intérieur de l'UE. Il y a donc la libre

(1) Maurice E. Stucke, *Big Data and Competition Policy*, Oxford university press, 2016.

(1) Maurice E. Stucke, *Big Data and Competition Policy*, Oxford university press, 2016.

duis vrij verkeer van gegevens. Op 4 oktober 2018 nam het Europees Parlement wetgeving aan over het vrij verkeer van niet-persoonsgebonden gegevens in de Europese Unie.

De verordening heeft tot doel geografische beperkingen voor de opslag en verwerking van niet-persoonlijke gegevens weg te nemen. Het zal bedrijven en overheidsdiensten in staat stellen om niet-persoonlijke gegevens overal in de EU op te slaan en te verwerken.

Deze verordening verandert de regels voor de digitale economie in Europa en kan een enorme efficiëntiewinst opleveren voor zowel bedrijven als overheden. Het maakt de weg vrij voor kunstmatige intelligentie, *cloud computing* en *big data*-analyse (1).

Voor de duidelijkheid. Deze regels zijn alleen van toepassing op niet-persoonlijke gegevens, die geen informatie bevatten die leidt tot het identificeren van een persoon of die geanonimiseerd zijn (elementen die leiden tot het identificeren van een persoon zijn uit de gegevens verwijderd). De verordening is een aanvulling op de algemene verordening gegevensbescherming die sinds 25 mei 2018 van kracht is.

Indieners vinden dit een goede ontwikkeling maar betreuren dat één aspect over het hoofd werd gezien. Er kan maar sprake zijn van echt vrij verkeer als niet alleen de fysieke grenzen worden opgeheven maar er ook voldoende oog is voor de bestaande *de facto* monopolies inzake *big data*. Ook hier moeten de regels worden aangepast en dat is momenteel nog niet gebeurd.

Daarnaast bieden *big data* zelf en artificiële intelligentie nieuwe mogelijkheden aan bedrijven om binnen een bepaalde tak van de economie kartelafspraken te maken en dit zonder elkaar te ontmoeten of daadwerkelijk af te spreken maar louter door de toepassing van bepaalde algoritmes.

De hedendaagse techbedrijven houden concurrentie buiten de deur op dezelfde wijze als Standard Oil en AT&T dat deden in het verleden.

circulation des données dans l'UE. Le 4 octobre 2018, le Parlement européen a adopté une législation relative à la libre circulation des données à caractère non personnel dans l'Union européenne.

Le règlement tend à lever les restrictions géographiques au stockage et au traitement des données autres que personnelles. Il permettra aux entreprises et aux services publics de stocker et de traiter ce type de données partout dans l'Union.

Le règlement modifie les règles régissant l'économie numérique en Europe et peut avoir pour effet une efficacité nettement accrue tant des entreprises que des administrations. Il libère la voie à l'intelligence artificielle, à l'informatique en nuage (*cloud computing*) et à l'analyse des mégadonnées (1).

Précisons-le : ces règles s'appliquent uniquement aux données non personnelles, qui ne contiennent pas d'informations pouvant mener à l'identification d'une personne ou qui contiennent des informations anonymisées (les éléments pouvant mener à l'identification d'une personne ont été effacés). Ce règlement complète le règlement général sur la protection des données, en vigueur depuis le 25 mai 2018.

Tout en saluant cette évolution, les auteurs de la présente proposition regrettent qu'un aspect ait été oublié. Pour pouvoir véritablement parler de libre circulation, il faut non seulement que les barrières physiques disparaissent, mais aussi que l'on se préoccupe des actuels monopoles *de facto* en matière de mégadonnées. Sur ce plan également, la réglementation devrait être adaptée, et ce n'est pas encore le cas.

Par ailleurs, ces mêmes mégadonnées et l'intelligence artificielle ouvrent aux entreprises de nouvelles possibilités de conclure des accords de cartel, sans se rencontrer ou même en convenir réellement, mais simplement en appliquant certains algorithmes.

Les géants technologiques d'aujourd'hui écartent la concurrence de la même manière que Standard Oil et AT&T le faisaient jadis.

(1) <http://www.europarl.europa.eu/news/nl/headlines/economy/20180601STO04817/vrij-verkeer-van-gegevens-de-digitale-interne-markt-mogelijk-maken>.

(1) <https://www.europarl.europa.eu/news/fr/headlines/economy/20180601STO04817/marche-unique-vers-une-libre-circulation-des-donnees>.

Op vier punten zijn er problemen :

- de keuzevrijheid van consumenten wordt beperkt door de hoge overstapdrempels en door de sturende hand van onzichtbare algoritmes ;
- de toegangspoort-werking heeft als gevolg dat alle transacties via deze ondernemingen lopen ;
- het commerciële belang van de adverteerder primeert boven het inhoudelijke belang van de gebruiker ;
- de techreuzen misbruiken hun markt overstijgende schaal voor praktijken als koppelverkoop (losse producten als een verplicht pakket verkopen), prijsbeperkingen en dumpingprijzen om markten in te palmen en de concurrentie buiten spel te zetten.

In diverse landen worden de maatschappij en politici zich bewust van deze problemen. Indiëners verwijzen in deze context naar de Initiatiefnota van Kees Verhoeven (D66) in de Nederlandse Tweede Kamer.

Hij formuleert het als volgt : « *De schade, de handelsbelemmering, die op deze wijze plaatsvindt, vertaalt zich niet naar hogere prijzen of meer kosten voor de gebruiker – de schade zit hem in de producten en diensten die de gebruiker nooit te zien krijgt. De bedrijven opereren niet in een markt, maar zijn een markt. Daarmee rijst het vraagstuk of deze bedrijven niet « too big to fail » zijn. Er is zelfs een afkorting ontstaan om de ongewenste effecten van Big Tech samen te vatten. « BAADD » : big, anticompetitive, addictive and destructive to democracy (1).* »

Het huidige mededingingsrecht is niet gewapend om deze nieuwe monopolies op het vlak van datastromen in te dammen en de belangen van de vrije concurrentie en de consumenten te vrijwaren.

II. WAT ZIJN DE BESTAANDE VORMEN VAN CONTROLE OP MEDEDINGEN ?

Indiëners overlopen kort de bestaande controles die bestaan op het vlak van mededinging. Het betreft een summier overzicht omdat het probleem niet zozeer zit in de bestaande controlevormen maar vooral in het ontbreken van enige regels en controle op de concentratie van data.

(1) <https://d66.nl/content/uploads/sites/2/2019/02/Initiatiefnota-D66-Paktechreuzen-aan.pdf>.

Le problème est de quatre ordres :

- la liberté de choix du consommateur est limitée par la difficulté de changer et l'influence d'algorithmes invisibles ;
- par un effet de porte d'accès, toutes les transactions passent par ces entreprises ;
- l'intérêt commercial de l'annonceur prime sur l'intérêt intrinsèque de l'utilisateur ;
- les géants technologiques abusent de leur position dominante pour pratiquer la vente couplée (l'achat d'articles n'est possible que sous la forme d'un paquet), les ententes sur les prix et le dumping en vue de s'imposer sur les marchés et d'éliminer la concurrence.

Dans plusieurs pays, la société et les politiques prennent conscience de ces problèmes. Les auteurs de la présente proposition font ici référence à la note d'initiative de Kees Verhoeven (D66) à la Deuxième Chambre néerlandaise.

Il s'exprime comme suit : « *Cette forme de dommages et d'entraves au commerce ne se traduit pas par des prix ou des frais plus élevés pour l'utilisateur – les dommages sont inhérents aux produits et services que l'utilisateur ne verra jamais. Au lieu d'opérer dans un marché, les entreprises sont le marché. On peut se demander si ces entreprises ne sont pas « too big to fail ».* Un sigle a même été créé pour décrire les effets pervers des géants technologiques. « BAADD » : big, anticompetitive, addictive and destructive to democracy (1). »

Le droit actuel de la concurrence n'est pas armé pour endiguer ces nouveaux monopoles de flux de données et pour garantir la libre concurrence et les intérêts des consommateurs.

II. QUELLES SONT LES FORMES EXISTANTES DE CONTRÔLE DE LA CONCURRENCE ?

Les auteurs de la présente proposition de résolution passent brièvement en revue les différents contrôles existant dans le domaine de la concurrence. Il s'agit d'un aperçu sommaire, car le problème ne réside pas tant dans les formes de contrôle existantes que dans l'absence de règles et de contrôle en ce qui concerne la concentration de données.

(1) <https://d66.nl/content/uploads/sites/2/2019/02/Initiatiefnota-D66-Paktechreuzen-aan.pdf>.

A. Kartelverbod

De belangrijkste regel binnen het mededingingsrecht is het verbod op concurrentiebeperkende afspraken (kartelverbod). Alleen al de uitwisseling van informatie tussen concurrenten over prijzen of klanten kan hieronder vallen.

Toezichthouders zijn op dit moment vooral gespitst op de uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie via distributeurs of klanten (*hub-and-spoke*).

Het mededingingsrecht speelt een rol bij het opzetten van een inkooporganisatie, (online) distributiestelsel of franchiseformule, maar ook bij adviezen van leveranciers over (consumenten)prijzen of de inrichting van de webwinkel of het winkelschap van de detaillist (*category management*). Vooral distributie via traditionele *brick-and-mortar* winkels en *e-tailers* worden door toezichthouders op dit moment extra goed in de gaten gehouden. De (on)mogelijkheden voor *dual pricing* zijn hierbij een *hot topic*.

Bepaalde fusies kunnen de werking van de markt evenwel schaden, meer bepaald door een dominante speler te creëren of deze te versterken. In dergelijke gevallen kunnen fusies leiden tot hogere prijzen, minder keuze of minder innovatie.

Daarom moet elke concentratie van een zekere omvang in termen van omzet (zie verder) vooraf worden goedgekeurd door de nationale toezichthouder of, vanaf een bepaalde drempel, de Europese toezichthouder.

B. Verbod misbruik machtspositie

Iedere onderneming is vrij zijn eigen marktgedrag te bepalen.

Ondernemingen met een grote machtspositie hebben echter een bijzondere verantwoordelijkheid. Dit impliceert dat hun commercieel beleid in de praktijk minder ver mag gaan dan dat van concurrenten. Zo moeten dominante ondernemingen voorzichtig zijn met hun prijs- en kortingsbeleid. Concurrenten mogen niet op oneerlijke wijze van de markt worden gedrukt.

A. L'interdiction de cartel

La règle principale du droit de la concurrence est l'interdiction des accords restrictifs de concurrence (interdiction de cartel). Le simple échange d'informations entre concurrents concernant des prix ou des clients peut relever de cette interdiction.

À l'heure actuelle, les autorités de contrôle se focalisent principalement sur l'échange d'informations sensibles au regard de la concurrence, par l'intermédiaire de distributeurs ou de clients (modèle « *hub-and-spoke* »).

Le droit de la concurrence intervient lors de la mise en place d'une organisation d'achat, d'un système de distribution (en ligne) ou d'une formule de franchise, mais aussi dans le cadre d'avis de fournisseurs concernant des prix (à la consommation) ou lors de l'aménagement de la boutique en ligne ou des rayonnages du détaillant (gestion par catégorie ou « *category management* »). Actuellement, les autorités de contrôle surveillent tout particulièrement la distribution par le biais des magasins physiques traditionnels (magasins « en dur ») et des commerçants en ligne. À cet égard, la question des (im)possibilités de pratiquer un système de double prix (« *dual pricing* ») est particulièrement d'actualité.

Certaines fusions peuvent toutefois nuire au bon fonctionnement du marché, notamment lorsqu'elles ont pour effet de créer ou de renforcer un acteur dominant. En pareils cas, les fusions peuvent entraîner des hausses de prix et réduire le choix ou l'innovation.

C'est la raison pour laquelle toute concentration d'une certaine importance en termes de chiffre d'affaires (voir ci-après) doit être approuvée préalablement par l'autorité de contrôle nationale ou, à partir d'un certain seuil, par l'autorité de contrôle européenne.

B. L'interdiction d'abus de position dominante

Toute entreprise est libre de déterminer son propre comportement de marché.

Toutefois, les entreprises qui ont une forte position dominante ont aussi une responsabilité particulière. Il en résulte que, dans la pratique, leur politique commerciale est soumise à davantage de restrictions que celle de leurs concurrents. Ainsi, les entreprises dominantes doivent faire preuve de prudence dans leur politique de prix et de rabais. Elles ne peuvent pas évincer malhonnêtement des concurrents du marché.

In de richtsnoeren van de Europese Commissie zijn de principes terug te vinden die de beoordeling van onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie onderbouwen. Deze richtsnoeren zeggen echter niets over onrechtmatig uitbuitingsgedrag van ondernemingen in een machtspositie, dat eveneens verboden is op grond van artikel IV.2 van het Wetboek van Economisch Recht (WER) en artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

C. Fusiecontrole

Fusies, overnames en bepaalde joint ventures van enige omvang moeten vaak vooraf door de mededingingsautoriteiten (of de Europese Commissie) worden goedgekeurd (concentratiecontrole). Dit proces kan uiteenlopen van snelle procedures, die maar enkele weken in beslag nemen, tot maandenlange onderhandelingen met toezichthouders over een goedkeuring onder voorwaarden (remedies).

D. Wie is bevoegd voor de controle op mededinging ?

De controle op het mededelingen ligt respectievelijk bij de nationale toezichthouder of bij de Europese Commissie. *Grosso modo* kan men stellen dat wanneer de concentratie, het misbruik van machtspositie of het kartelverbod beperkt is tot één land het de nationale toezichthouder is die optreedt. Indien het de landsgrenzen overstijgt is de Europese Commissie aan zet. Infra wordt dit meer gedetailleerd uitgewerkt.

1) De Belgische Mededingingsautoriteit (BMA)

Enkel concentraties die de volgende omzeldrempels bereiken moeten aan de BMA worden aangemeld :

- de betrokken ondernemingen halen samen een omzet in België van meer dan 100 miljoen euro ; en
- ten minste twee van de betrokken ondernemingen halen elk een omzet van minstens 40 miljoen euro in België.

Les lignes directrices de la Commission européenne contiennent les principes qui sous-tendent l'appréciation d'un comportement d'éviction illégitime dans le chef d'entreprises en position dominante. Mais ces lignes directrices restent muettes quant au comportement d'exploitation illégitime dans le chef d'entreprises en position dominante, qui est lui aussi interdit en vertu de l'article IV.2 du Code de droit économique (CDE) et de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

C. Le contrôle des fusions

Les fusions, acquisitions et certaines associations d'entreprises (*joint ventures*) d'une certaine importance doivent souvent être approuvées préalablement (contrôle des concentrations) par les autorités de la concurrence (ou par la Commission européenne). Ces processus peuvent prendre diverses formes : procédures rapides d'une durée de quelques semaines à peine, négociations de plusieurs mois avec les autorités de contrôle ou approbation sous conditions (remèdes).

D. Qui est compétent pour le contrôle de la concurrence ?

Le contrôle de la concurrence incombe, selon le cas, à l'autorité de contrôle nationale ou à la Commission européenne. D'une manière générale, on peut dire que lorsque la concentration, l'abus de position dominante ou le cartel se limite à un seul pays, c'est l'autorité de contrôle nationale qui intervient. En cas de dépassement des frontières nationales, c'est la Commission européenne qui entre en jeu. Cet aspect est développé plus en détail ci-après.

1) L'Autorité belge de la Concurrence (ABC)

Seules doivent être signalées à l'ABC les concentrations qui atteignent les seuils de chiffre d'affaires suivants :

- les entreprises concernées réalisent ensemble un chiffre d'affaires de plus de 100 millions d'euros en Belgique ; et
- au moins deux des entreprises concernées réalisent chacune un chiffre d'affaires de 40 millions d'euros minimum en Belgique.

2) De Europese Commissie : wanneer de concentraties van Europese omvang zijn

Grootschalige operaties hebben doorgaans effecten die de nationale grenzen overstijgen. In dat geval worden zij onderzocht door de Europese Commissie. De verordening (EG) nr. 139/2004 (van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties) bepaalt onder welke voorwaarden een concentratie een Europese dimensie heeft. Er zijn twee hypothesen :

De eerste hypothese vereist :

– een totale wereldwijde omzet van de betrokken ondernemingen van meer dan 5 miljard euro ; en

– een omzet van meer dan 250 miljoen euro binnen de Europese Unie voor ten minste twee van de betrokken ondernemingen, elk afzonderlijk.

De tweede hypothese vereist :

– een totale wereldwijde omzet van de betrokken ondernemingen van meer dan 2,5 miljard euro ;

– een totale omzet van de betrokken ondernemingen van meer dan 100 miljoen euro in minstens drie lidstaten ;

– een omzet van meer dan 25 miljoen euro voor ten minste twee van de betrokken ondernemingen in elk van de drie lidstaten waarvan sprake is in punt 2 ; en

– een omzet van meer dan 100 miljoen euro in de Europese Unie voor minstens twee van de betrokken ondernemingen.

Concentraties die deze drempels bereiken hoeven echter niet aan de Europese Commissie te worden aangemeld indien elk van de betrokken ondernemingen meer dan twee derde van haar totale omzet in de Europese Unie binnen één en dezelfde lidstaat behaalt.

Concentraties die onder toezicht staan van de Europese Commissie zijn niet onderworpen aan het toezicht van de BMA. Onder bepaalde voorwaarden kan de Commissie een concentratie die onder haar toezicht staat evenwel doorverwijzen naar de BMA. Een van die voorwaarden is dat de aangemelde concentratie in

2) La Commission européenne : pour les concentrations d'envergure européenne

Les opérations à grande échelle produisent généralement des effets au-delà des frontières nationales. Dans ce cas, elles sont examinées par la Commission européenne. Le règlement (CE) n° 139/2004 (du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises) détermine les conditions dans lesquelles une concentration revêt une dimension européenne. Deux hypothèses sont possibles :

La première hypothèse requiert :

– un chiffre d'affaires total de plus de 5 milliards d'euros réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées ; et

– un chiffre d'affaires de plus de 250 millions d'euros réalisé individuellement dans l'Union européenne par au moins deux des entreprises concernées.

La seconde hypothèse requiert :

– un chiffre d'affaires total de plus de 2,5 milliards d'euros réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées ;

– un chiffre d'affaires total de plus de 100 millions d'euros réalisé par toutes les entreprises concernées dans chacun d'au moins trois États membres ;

– un chiffre d'affaires de plus de 25 millions d'euros réalisé individuellement par au moins deux des entreprises concernées dans chacun des trois États membres visés au 2^e tiret ci-dessus ; et

– un chiffre d'affaires de plus de 100 millions d'euros réalisé individuellement dans l'Union européenne par au moins deux des entreprises concernées.

Toutefois, les concentrations qui atteignent ces seuils ne doivent pas être signalées à la Commission européenne si chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans l'Union européenne à l'intérieur d'un seul et même État membre.

Les concentrations qui sont sous la surveillance de la Commission européenne ne sont pas soumises au contrôle de l'ABC. Toutefois, dans certaines conditions, la Commission peut renvoyer à l'ABC une concentration qui est sous sa surveillance. Une de ces conditions est que la concentration signalée risque d'avoir des

significante mate gevolgen voor de mededinging dreigt te hebben op een markt in België.

Daarnaast kan er ook beroep tegen de beslissingen van de Europese Commissie worden aangetekend bij het Europese Hof van Justitie.

III. ONTWIKKELINGEN OP HET VLAK VAN *BIG DATA* EN MEDEDINGEN

Er bestaat nog geen eenduidige definitie van de term data. Wat deze resolutie betreft, wordt met data de rauwe, feitelijke gegevens bedoeld die gekoppeld zijn aan of afkomstig van een persoon, vaak in combinatie met de opslag op een computer of in een *cloud*. Vaak lopen de termen data en *big data* door elkaar. Ook over de definitie van *big data* zijn experts en beleidsmakers het niet eens.

In deze resolutie wordt met *big data* de aspecten bedoeld die te maken hebben met het snel produceren en verzamelen van grote hoeveelheden en verschillende soorten data en de verwerking daarvan met nieuwe technologische processen en algoritmes.

Indieners maken voor de punten 2.2 en 2.3 dankbaar gebruik van de bijdrage van Diederik Schrijvershof (1) die gespecialiseerd is in mededingingsrecht.

A. Kartelverbod en *big data*

Het kartelverbod verbiedt bedrijven concurrentiebeperkende afspraken te maken. In het digitale tijdperk is het niet nodig om concurrenten te ontmoeten om prijsafspraken te maken of prijserosie tegen te gaan. Stel dat bedrijven dit kunnen overlaten aan algoritmes? Dit lijkt misschien toekomstmuziek maar de eerste zaken dienden zich al aan.

Zo vervolgde het Amerikaanse *Department of Justice* in 2015 een prijskarte over de online verkoop van posters. Hierbij zouden de betrokken ondernemingen algoritmes gebruikt hebben om hun overeenkomst te implementeren en bij de online verkoop van posters een bepaald prijsniveau vast te stellen. De algoritmes vormden in dit geval een hulpmiddel voor het uitvoeren van de onderliggende kartelafpraak.

Er is ook een meer gesofisticeerde inzet van *software* denkbaar. Wat als concurrenten unilateraal besluiten een vergelijkbaar algoritme te gebruiken met als doel

(1) <https://www.maverick-law.com/nl/blogs/mededingingsrecht-en-big-data-grote-problemen.html>.

conséquences significatives sur un marché en Belgique en termes de concurrence.

Par ailleurs, les décisions de la Commission européenne peuvent également faire l'objet d'un recours devant la Cour de justice de l'Union européenne.

III. ÉVOLUTIONS DANS LE DOMAINE DES MÉGADONNÉES ET DE LA CONCURRENCE

Il n'existe pas encore de définition univoque du terme « données ». Dans le contexte de la présente résolution, on entend par « données » des informations factuelles liées à une personne ou provenant de celle-ci, souvent en combinaison avec leur stockage dans un ordinateur ou dans le nuage (*cloud*). On confond souvent les termes données (*data*) et mégadonnées (*big data*). Les experts et les décideurs ne sont pas plus unanimes quant à la définition des mégadonnées.

Nous entendons ici par mégadonnées les aspects liés à la production et à la collecte rapides de données massives et variées et à leur traitement par des processus technologiques et des algorithmes nouveaux.

Pour les points 2.2 et 2.3, les auteurs de la proposition de résolution se réfèrent à la contribution du spécialiste du droit de la concurrence Diederik Schrijvershof (1).

A. L'interdiction de cartel et les mégadonnées

L'interdiction de cartel défend aux entreprises de conclure des accords qui limiteraient la concurrence. À l'ère numérique, il n'est pas indispensable de rencontrer les concurrents pour s'entendre sur les prix ou lutter contre leur érosion. Et si les entreprises en chargeaient des algorithmes? La perspective peut sembler lointaine, mais les premiers cas se sont déjà présentés.

Par exemple, aux USA, le *Department of Justice* a intenté en 2015 des poursuites contre un cartel des prix lié à la vente en ligne de posters. Les entreprises impliquées auraient fait usage d'algorithmes pour mettre en pratique leur accord et fixer un prix bien déterminé pour leurs posters vendus en ligne. Dans ce cas, les algorithmes constituaient un outil dans la mise en œuvre d'un accord de cartel.

On peut aussi envisager l'usage d'un logiciel plus sophistiqué. Qu'arriverait-il si des concurrents décidaient, chacun de leur côté, d'utiliser des algorithmes

(1) <https://www.maverick-law.com/nl/blogs/mededingingsrecht-en-big-data-grote-problemen.html>.

winstmaximalisatie? Dit gedrag met succes bestraffen als een kartelafsprake, wanneer de ondernemingen unilateraal kozen voor inzet van het algoritme, is zeer lastig zo niet onmogelijk. Parallel marktgedrag is volgens vaste rechtspraak immers niet verboden. De inzet van algoritmes kan niettemin tot gevolg hebben dat concurrenten (sneller) een gemeenschappelijke prijsniveau bereiken.

Deze en andere ontwikkelingen in de digitaliserende samenleving stellen mededingingsautoriteiten voor een uitdaging, omdat pasklare oplossingen lijken te ontbreken.

De Duitse mededingingsautoriteit (het « BkA ») en Franse mededingingsautoriteit (de « AdIC ») publiceerden in mei 2016 een gezamenlijke rapport over dit onderwerp : « *Competition Law and Data* ».

Vervolgens bracht ook de *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD) in oktober 2016 een rapport uit over dit onderwerp : « *Big Data : Bringing competition policy to the digital era* (1). »

B. Fusies en overnames en *big data*

Het ontstaan van marktmacht wordt in het kader van fusies, overnames of de vorming van *joint ventures* (concentraties) beoordeeld. De gezamenlijke marktaandeelen van de bij de concentratie betrokken ondernemingen vormen daarbij een eerste sterke indicatie voor het antwoord op de vraag of de concentratie kan leiden tot een significante beperking van de mededinging. In fusiezaken in de technologiesector speelt ook de vraag of de verkrijging van *big data* tot een significante beperking van de mededinging kan leiden.

Dat toegang tot een dataset in een concurrentiestrijd van grote waarde kan zijn geldt, bijvoorbeeld, wanneer een dataset het gericht adverteren (*behavioral targeting*) faciliteert.

Dat ondernemingen potentie zien in een transactie waarbij toegang tot *big data* wordt verworven volgt onder andere uit de overnamesommen die worden betaald. Enkele zaken die bij de Europese Commissie zijn gemeld illustreren dit : het betref de overname door Google van Double Click voor 3,1 miljard dollar en de overname door Facebook van Whatsapp voor 19 miljard

similaires en vue de maximiser leur profit ? Il serait difficile, voire impossible, de réprimer ce comportement en tant qu'accord de cartel, si chaque entreprise a choisi unilatéralement d'y recourir : selon une jurisprudence constante, des comportements de marché parallèles ne sont en effet pas illicites. Cependant, l'usage d'algorithmes peut avoir pour effet que des concurrents alignent (plus rapidement) leur prix.

Ces évolutions – et d'autres – de notre société toujours plus numérique mettent les autorités de la concurrence face à un défi qu'il n'est pas facile de relever en l'absence de solution toute faite.

Les autorités allemande (le « BkA ») et française (l'« AdIC ») de la concurrence ont publié en mai 2016 un rapport conjoint sur le sujet, intitulé : « *Competition Law and Data* ».

Ensuite, en octobre 2016, est paru un rapport de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur le même thème : « *Données massives : Adapter la politique de la concurrence à l'ère du numérique* (1). »

B. Fusions, acquisitions et mégadonnées

L'émergence d'un pouvoir de marché est examinée dans le cadre de fusions, d'acquisitions ou d'associations d'entreprises (*joint ventures*) (concentrations). Pour déterminer si la concentration peut entraîner une limitation significative de la concurrence, une première et importante indication est fournie par la part totale de marché des entreprises concernées par la concentration. Dans le cas de fusions dans le secteur technologique, intervient également la question de savoir si l'obtention de mégadonnées peut conduire à une limitation significative de la concurrence.

Dans une situation de concurrence, il peut être très important d'accéder à un ensemble de données, par exemple lorsque celui-ci facilite les annonces ciblées (*behavioral targeting*).

Que des entreprises trouvent leur avantage dans des transactions qui leur assurent un accès à des mégadonnées se reflète entre autres dans les sommes qu'elles sont prêtes à déboursier. En guise d'illustration, voici quelques dossiers transmis à la Commission européenne : Google a racheté Double Click pour 3,1 milliards de dollars, Facebook a repris Whatsapp pour 19 milliards de

(1) <http://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>.

(1) [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/fr/pdf).

dollar alsook de overname door Microsoft van LinkedIn voor 26 miljard euro.

De diverse richtsnoeren van de Europese Commissie, uit respectievelijk 2004 en 2008, gaan niet in op de rol van *big data* bij fusiecontrole. Ook uit de bovengenoemde zaken zijn geen eenduidige criteria te ontwaren die worden ingezet om in het kader van concentratiecontrole de verkrijging van (toegang tot) *big data* mee te laten wegen bij de vraag of een concentratie groen licht krijgt.

Wel valt op dat de Commissie in Facebook / WhatsApp en Microsoft / LinkedIn geen problemen zag in het verkrijgen van de data waarover WhatsApp respectievelijk LinkedIn (kunnen) beschikken. Volgens de Commissie viel ook na de overname een grote hoeveelheid waardevolle data niet onder de exclusieve controle van Facebook respectievelijk Microsoft en bleef derhalve beschikbaar voor derden.

Concentraties waarbij de verkrijging van *big data* een rol speelt kunnen ook onder de relevante omzetrempeldrempels blijven en daarom niet worden beoordeeld door één of meerdere mededingingsautoriteiten.

Zo kon de Duitse Marktautoriteit BkA de Facebook / WhatsApp niet beoordelen, omdat de relevante omzetrempels in Duitsland niet werden gehaald (vanwege de lage omzet van WhatsApp in Duitsland).

Mede naar aanleiding van dit voorval volgde in Duitsland in 2016 een wet om een bepaalde transactiewaarde als meldingsdrempel in te voeren.

C. Misbruik machtspositie en *big data*

De combinatie van marktmacht en *big data* kan ook als misbruik van machtspositie op de radar van mededingingsautoriteiten komen. Het Duitse BkA en de Franse AdIC stippen enkele klassieke vormen van misbruik van machtspositie in de context van *big data* aan in hun rapport « *Competition Law and Data* ».

Het gaat daarbij, bijvoorbeeld, om het sluiten van exclusieve contracten voor het gebruik van data of het ontzeggen van toegang van concurrenten tot bepaalde data.

dollars et Microsoft a payé 26 milliards d'euros pour absorber LinkedIn.

Les lignes directrices de la Commission européenne sur le contrôle des fusions, qui datent de 2004 et de 2008, ne s'intéressent pas au rôle des mégadonnées. Les dossiers précités ne permettent pas non plus d'identifier des critères univoques pour déterminer si l'obtention de (l'accès à des) mégadonnées joue un rôle lorsqu'il s'agit de donner le feu vert à une concentration.

Il importe cependant de noter que, dans les dossiers Facebook / WhatsApp et Microsoft / LinkedIn, la Commission n'a pas vu de problème à l'obtention des données dont WhatsApp et LinkedIn disposaient ou pouvaient disposer. Selon la Commission, même après l'acquisition, une grande quantité de données utiles ne s'est pas retrouvée sous le contrôle exclusif de Facebook ou Microsoft, restant donc disponibles pour des tiers.

Les concentrations où l'obtention de mégadonnées joue un rôle peuvent aussi demeurer en-dessous de seuils en termes de chiffre d'affaires, et dès lors échapper au contrôle d'une ou de plusieurs autorités de la concurrence.

C'est ainsi que l'autorité allemande des marchés BkA n'a pu se prononcer dans le dossier Facebook / WhatsApp, parce que le seuil en termes de chiffre d'affaires n'avait pas été atteint en Allemagne (du fait du chiffre d'affaires réduit de WhatsApp en Allemagne).

C'est notamment à la suite de ce dossier que l'Allemagne a adopté en 2016 une loi prévoyant une obligation de déclaration dès que la transaction porte sur un certain montant.

C. L'abus de position dominante et les mégadonnées

La combinaison d'un pouvoir de marché et de mégadonnées peut aussi attirer l'attention des autorités de la concurrence pour abus de position dominante. Dans leur rapport « *Competition Law and Data* », le BkA allemand et l'AdIC française citent différentes formes classiques d'abus de position dominante dans le contexte des mégadonnées.

Il peut s'agir par exemple de la conclusion de contrats exclusifs portant sur l'usage des données ou, au contraire, de la volonté d'empêcher des concurrents d'accéder à des données déterminées.

Ook de Britse *Competition & Markets Authority* meldde in 2015 in het rapport « *Commercial use of Consumer Data* » dergelijke gedragingen.

Interessant is dat het BkA en de AdIC in hun rapport « *Competition Law and Data* » ook ingaan op het beperken van de privacybescherming. Het BkA had op 2 maart 2016 de daad overigens al bij het woord gevoegd toen het een onderzoek startte inzake misbruik van machtspositie door Facebook. Het BkA onderzoekt of Facebook misbruik maakt van een machtspositie door de privacywetgeving te schenden.

Ook Eurocommissaris Vestager wijst in deze context naar de algemene verordening Gegevensbescherming die vanaf 25 mei 2018 van kracht is. Deze verordening stelt op straffe van hoge boetes veel (nieuwe) eisen aan bedrijven op het gebied van privacy. Dat specifieke regelgeving privacybelangen beter kan waarborgen dan het klassieke mededingingsrecht lijkt niet meer dan logisch.

Big data staat in de belangstelling bij diverse Europese mededingingsautoriteiten maar tot op heden werden geen maatregelen getroffen.

Het OESO is alvast ongerust en formuleert het als volgt : « *Business models based on the vast collection and process of user data in nearly real-time in recent years have enabled companies to offer a wide range of innovative and customised services, often at zero prices, with substantial gains for consumers. At the same time, datadriven network effects reinforced by user feedback loops, and high economies of scale associated with information technology infrastructures, may provide companies that own the data with market power and create a tendency for markets to tip. Concern is rising that the increasing reliance and use of personal data is harmful to consumers (1).* »

La *Competition & Markets Authority* britannique, dans son rapport de 2015 intitulé « *Commercial use of Consumer Data* », a également épinglé ce genre de comportements.

Autre élément intéressant : dans leur rapport « *Competition Law and Data* », le BkA et l'AdIC se penchent aussi sur les atteintes à la protection de la vie privée. Le 2 mars 2016, le BkA était déjà passé aux actes en lançant une enquête contre Facebook pour abus de position dominante. Le BkA examine si Facebook abuse d'une position dominante en violant la législation sur la vie privée.

Dans ce contexte, la commissaire européenne Vestager se réfère elle aussi au règlement général sur la protection des données, en vigueur depuis le 25 mai 2018. Ce règlement impose, sous peine de lourdes amendes, de nombreuses exigences (nouvelles) aux entreprises sur le plan de la vie privée. Qu'une réglementation spécifique garantisse mieux la protection de la vie privée que le droit classique de la concurrence n'est que logique.

Différentes autorités européennes de la concurrence s'intéressent aux mégadonnées, mais aucune mesure n'a été prise jusqu'à présent.

L'OCDE, en tout cas, s'inquiète : « *Ces dernières années, les modèles économiques reposant sur la collecte et le traitement à grande échelle et quasiment en temps réel de données sur les utilisateurs ont permis aux entreprises de proposer un large éventail de services innovants et personnalisés, souvent sans contrepartie financière et en apportant des bienfaits considérables aux consommateurs. Parallèlement, il est possible que les effets de réseau créés par les données, ainsi que les vastes économies d'échelle liées aux infrastructures informatiques permettent aux entreprises détentrices des données d'accumuler du pouvoir de marché et créent une tendance à l'apparition de monopoles. D'aucuns commencent à redouter que les consommateurs ne pâtissent d'un recours de plus en plus massif aux données personnelles et de leur utilisation croissante (1).* »

(1) [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf).

(1) [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/fr/pdf).

IV. INITIATIEVEN VANWEGE OVERHEDEN OM MEDEDINGING IN DE DIGITALE ECONOMIE TE VRIJWAREN

A. Invoering van bepaalde transactiecriteriën als meldingsdrempel voor mededingingsautoriteit

Eerder startte de Commissie een onderzoek naar Facebook. In haar concentratiemelding voor de overname van WhatsApp uit 2014 zou Facebook hebben aangegeven dat de eigen data niet met die van WhatsApp kunnen matchen. Dit was toen voor de Commissie een relevant element in haar afweging. Toch vond deze match plaats in augustus 2016. Facebook loopt nu het risico op een boete van 1 % van haar groepsomzet. Deze transactie zette vele landen aan het denken waaronder Frankrijk en Duitsland.

1) Duitsland

Samenhangend met deze zaak werd in 2016 een wetsvoorstel in Duitsland goedgekeurd dat beoogt een bepaalde transactiewaarde als meldingsdrempel in te voeren (1). Zulke drempels bestaan al in sinds jaar en dag in andere landen, zoals in de Verenigde Staten en Canada.

Het *Bundeskartellamt* voert momenteel onderzoek naar Facebook. Zij vermoeden dat de gebruikers van het sociale netwerk amper kunnen inschatten waarmee ze instemmen, als ze de gebruikersvoorwaarden van Facebook accepteren. Wat weer een vraag doet rijzen : « Is het misbruik van macht als je niets te kiezen hebt over de voorwaarden waarop je de dienst mag gebruiken ? »

2) De Verenigde Staten

Ook hier beweegt wat. Meerdere Amerikaanse burgerrechtenorganisaties lanceerden onlangs de petitie « *Freedom From Facebook* », waarin ze de Amerikaanse handelswaakhond FTC vragen de drie dochterapps van Facebook af te splitsen van het moederbedrijf in concurrerende sociale netwerken. Facebook, goed voor 2,1 miljard gebruikers, zou plots stevige rivalen krijgen :

IV. INITIATIVES PRISES PAR LES AUTORITÉS PUBLIQUES AFIN DE SAUVEGARDER LA CONCURRENCE DANS L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE

A. Introduction de certains critères conditionnant l'obligation de notification de la transaction à l'autorité de la concurrence

Par le passé, la Commission a ouvert une enquête relative à Facebook. Dans la notification de concentration élaborée lors de l'acquisition de WhatsApp en 2014, Facebook aurait indiqué que ses propres données n'étaient pas compatibles avec celles de WhatsApp. Dans son analyse de l'époque, la Commission a jugé cet argument pertinent. Les deux banques de données ont pourtant été fusionnées en 2016. Facebook risque maintenant une amende équivalente à 1 % du chiffre d'affaires du groupe. Cette transaction a suscité une réflexion dans plusieurs pays, dont la France et l'Allemagne.

1) L'Allemagne

Dans la foulée de cette affaire, une proposition de loi visant à fixer la valeur de la transaction à partir de laquelle la concentration doit être notifiée, a été adoptée en Allemagne (1). De tels seuils existent déjà de longue date dans d'autres pays, comme les États-Unis et le Canada.

Le *Bundeskartellamt* mène actuellement une enquête sur Facebook. Il pense que les utilisateurs du réseau social sont à peine en mesure de comprendre les risques auxquels ils s'exposent en acceptant les conditions d'utilisation de Facebook. Cela soulève la question suivante : « Y a-t-il abus d'une position dominante lorsque l'utilisateur n'a aucune possibilité de choisir à quelles conditions il pourra utiliser le service ? »

2) Les États-Unis

Là-bas aussi, les choses bougent. Plusieurs organisations américaines de défense des droits civiques ont lancé dernièrement une pétition « *Freedom From Facebook* » dans laquelle elles demandent à l'agence américaine chargée de contrôler les pratiques commerciales, la Federal Trade Commission (FTC), d'imposer la séparation des trois applications filiales de Facebook de la société

(1) <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP18/772/77250.html>.

(1) <https://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP18/772/77250.html>.

WhatsApp (1,5 miljard gebruikers), Messenger (1,3 miljard) en Instagram (800 miljoen).

3) Nederland

Het Nederlandse ministerie van Economische Zaken is op het hoogste niveau informatie aan het vergaren over *big data*, meerkantige markten en toezicht. Hierbij werden diverse lezingen gehouden die allen wijzen op het gevaar van de concentratie van big data in enkele bedrijven en het risico op monopolievorming.

Het Nederlands Online Bereiksonderzoek (NOBO) liet alvast zien dat er in de top tien van sites met het grootste bereik slechts drie Nederlandse zijn : Marktplaats, NU.nl en Buienradar. De rest van het verkeer gaat naar Facebook, Google en Twitter c.s. Hetzelfde geldt ook voor de reclamebudgetten.

Zestig procent van de Nederlandse online reclamebudgetten gaat naar *social and search*, lees : Facebook en Google. De kruimeltjes zijn voor lokale en andere buitenlandse partijen, zo wijst de recentste *Online Ad Spend Study* van IAB Nederland uit.

Ook de toezichthouder Autoriteit Consument en Markt (ACM), onderzoekt de digitale economie en de concentratie van data. Kennisopbouw en contact met bedrijven zijn noodzakelijke voorwaarden voor effectief toezicht op online platforms. De dynamiek van platformmarkten en de aard van mogelijke problemen vragen hierom. Dit « voorwerk » is nodig om ervoor te zorgen dat ACM tussentijds kan bijsturen om (grotere) problemen te voorkomen (1).

4) Het Verenigd Koninkrijk

De *Competition and Markets Authority* heeft een specifiek team opgericht dat zich richt op het gebruik van algoritmes, kunstmatige intelligentie en *big data* : « *The UK CMA announced the formation of a new technology*

mère pour en faire des réseaux sociaux concurrents. Facebook, qui compte 2,1 milliards d'utilisateurs, serait subitement confronté à de puissants rivaux : WhatsApp (1,5 milliard d'utilisateurs), Messenger (1,3 milliard) et Instagram (800 millions).

3) Les Pays-Bas

Le ministère néerlandais des Affaires économiques est en train de collecter au plus haut niveau des informations sur les mégadonnées, les marchés de plateformes et la surveillance. Pour ce faire, il a organisé diverses conférences qui mettent toutes en évidence le danger d'une concentration de mégadonnées dans un petit nombre d'entreprises et les risques de monopole.

L'étude néerlandaise sur l'accessibilité en ligne, Nederlands Online Bereiksonderzoek (NOBO), a en tout cas révélé que seuls trois opérateurs néerlandais se trouvaient dans le top dix des sites le plus souvent consultés : Marktplaats, NU.nl et Buienradar. Le reste des connexions se fait sur Facebook, Google, Twitter et les autres plateformes semblables. Il en va de même pour les budgets publicitaires.

Soixante pour cent des budgets consacrés à la publicité en ligne aux Pays-Bas sont affectés au domaine *social and search*, à savoir Facebook et Google. Les autres opérateurs locaux et étrangers se partagent les miettes, comme l'indique la dernière étude d'IAB Nederland, *Online Ad Spend Study*.

L'autorité néerlandaise de la concurrence, Autoriteit Consument en Markt (ACM), étudie elle aussi l'économie numérique et la concentration des données. Un contrôle efficace des plateformes en ligne passe par l'acquisition de connaissances et les contacts avec les entreprises. C'est une nécessité vu la dynamique des marchés de plateformes et la nature des éventuels problèmes. Un travail préliminaire s'impose si l'on veut que l'ACM soit en mesure de procéder à des ajustements en cours de route et d'éviter ainsi des problèmes (plus importants) (1).

4) Le Royaume-Uni

Le *Competition and Markets Authority* a créé une équipe spécifique qui se focalisera sur l'utilisation des algorithmes, de l'intelligence artificielle et des mégadonnées : « *The UK CMA announced the formation*

(1) https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/16333_toezicht-online-platforms.pdf.

(1) https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/16333_toezicht-online-platforms.pdf.

team to keep pace with the use of algorithms, artificial intelligence and big data in 2017 (1). »

5) De Europese Commissie

In 2016 lanceerde de Commissie een consultatie met betrekking tot de huidige regels en drempels.

Momenteel kennen vrijwel alle EU jurisdicties uitsluitend omzetrempels. De plannen voor een aanpassing van de drempels voor toepassing van het fusietoezicht komen met name voort uit de Facebook / WhatsApp transactie. Die was niet meldingsplichtig in Duitsland, wegens de lage omzet van WhatsApp ondanks een koopprijs van 19 miljard dollar.

Het voorstel is begrijpelijk omdat de impact van dergelijke deals eerder afgemeten kan worden aan het aantal gebruikers dan aan de gerealiseerde omzet. Het is goed voorstelbaar dat meer landen een voorbeeld nemen aan dergelijke initiatieven.

De commissaris voor Mededinging, Vestager (Alde) formuleert het als volgt : « Voor het mededingingsbeleid is niet China de belangrijkste uitdaging, maar de digitale revolutie : toegang tot data en de ontwikkeling van kunstmatige intelligentie wordt in steeds meer sectoren onontbeerlijk voor eerlijke concurrentie (2). »

V. WAT ZIJN DATA VOOR DE NIEUWE ECONOMIE ?

Kort samengevat : data zijn het fundament. Aan data en de verwerking daarvan mag een zeer een grote waarde worden toegekend. Exclusieve toegang tot specifieke data kan al snel leiden tot een economische machtspositie van een onderneming.

Ook kan het verzamelen van data leiden tot grote toetredingsbarrières voor nieuwkomers op de markt als het hen niet mogelijk wordt gemaakt om dezelfde soort data te verzamelen of er toegang toe te krijgen als degene die reeds in handen zijn van de grote gevestigde bedrijven.

(1) <https://academic.oup.com/jeclap/article-abstract/9/9/569/5126886>.

(2) <https://www.nrc.nl/nieuws/2019/02/06/europa-houdt-vast-aan-mededingingsbeleid-ondanks-de-chinezen-a3653134>.

of a new technology team to keep pace with the use of algorithms, artificial intelligence and big data in 2017 (1). »

5) La Commission européenne

En 2016, la Commission a lancé une consultation portant sur les règles et seuils actuels.

À l'heure actuelle, la quasi-totalité des juridictions de l'UE appliquent des seuils basés exclusivement sur les chiffres d'affaires. Les projets d'adaptation des seuils à partir desquels la fusion fait l'objet d'un contrôle découlent entre autres de la transaction Facebook/WhatsApp. Alors qu'elle s'est chiffrée à 19 milliards de dollars, cette transaction ne devait pas être obligatoirement notifiée en Allemagne parce que le chiffre d'affaires de WhatsApp y était peu élevé.

La proposition est compréhensible dès lors que l'incidence de telles transactions se mesure plutôt au nombre d'utilisateurs qu'au chiffre d'affaires réalisé. On peut tout à fait s'attendre à ce qu'un plus grand nombre de pays s'inspirent de telles initiatives.

La commissaire européenne à la Concurrence, Margrethe Vestager (Alliance des démocrates et des libéraux pour l'Europe), a décrit la situation en ces termes : « Quant à la politique de la concurrence, ce n'est pas la Chine mais bien la révolution numérique qui constitue le plus grand défi : l'accès aux données et le développement de l'intelligence artificielle deviennent, dans de nombreux domaines, des conditions indispensables d'une concurrence loyale (2). »

V. QUE REPRÉSENTENT LES DONNÉES POUR LA NOUVELLE ÉCONOMIE ?

En un mot : les données sont fondamentales. Les données sont très importantes, de même que leur traitement. L'accès sans partage à des données déterminées peut rapidement procurer à une entreprise une position économique dominante.

Les nouveaux venus auront du mal à s'insérer dans le marché si on les met dans l'impossibilité de collecter le même genre de données que les grandes entreprises ayant déjà pignon sur rue, ou d'accéder à ces données.

(1) <https://academic.oup.com/jeclap/article-abstract/9/9/569/5126886>.

(2) <https://www.nrc.nl/nieuws/2019/02/06/europa-houdt-vast-aan-mededingingsbeleid-ondanks-de-chinezen-a3653134>.

Toegang tot een grote hoeveelheid data of een grote variëteit aan data is cruciaal voor eerlijke concurrentie op de markt. Daarmee zijn data dus een essentiële faciliteit, die gedeeld moet worden. Daarnaast is het vanuit economisch en maatschappelijk perspectief onwenselijk dat bedrijven zoveel klanten hebben en daarmee over zoveel data beschikken dat het onmogelijk wordt gemaakt voor concurrenten om dezelfde kwaliteit en kwantiteit te vergaren. Deling van data die voor concurrentie essentieel is, kan bijdragen aan een gelijk spelveld voor partijen die aanvankelijk geen toegang tot deze, of vergelijkbare, essentiële data hebben.

Eurocommissaris Margrethe Vestager zegt hieromtrent : « We zitten midden in een nieuwe industriële revolutie en hebben geen idee hoe groot die wordt. Maar we hebben genoeg gezien om niet naïef te denken dat alles wel goed komt. De donkere kant van data bestaat. Bedrijven die klagen dat hun digitale deur plots is dichtgeslagen : opeens zijn er geen clicks meer, geen traffic, en zijn ze verdwenen uit de zoekmachines die noodzakelijk zijn om klanten te krijgen. Waarom dat is gebeurd, wie erachter zit en wat ze er tegen kunnen doen, weten ze niet. In een digitale economie, waar internet je etalage is, zijn toezicht en openheid onontbeerlijk. We zitten midden in een nieuwe industriële revolutie (1). »

Ook de voormalige voorzitter van de Nederlandse Mededingingsautoriteit en huidig voorzitter van de Autoriteit Consument en Markt in Nederland, Chris Fonteijn windt er geen doekjes om : « Techbedrijven blijken in staat om in korte tijd gehele sectoren te ontwrichten. Met hun algoritmes kunnen ze markten naar hun hand zetten. De beschikking over enorme hoeveelheden gebruikersdata kan ze immense concurrentievoordelen opleveren, dan wel misbruik in de hand werken, zoals de Facebook-affaire de afgelopen maand liet zien. »

Het is duidelijk dat de toezichthouders achter de feiten aan lopen. Indiërs dringen langs deze weg aan op een dringende bijsturing.

Chris Fonteijn is deze mening alvast toegedaan. Een van de vragen op een door hem georganiseerde symposium luidde : « loop je met het huidige mededingingstoezicht niet achter de feiten aan ? Nu komt de ACM in actie als ze een overtreding constateert. Dan volgt een uitgebreid onderzoek met – soms jaren nadien – een

(1) <https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/margrethe-vestager-de-schrik-van-grote-bedrijven-we-zitten-midden-in-een-nieuwe-industriële-revolutie--b79334ec/>.

Pour une concurrence loyale, il est crucial de pouvoir accéder à une grande quantité, ou une grande variété, de données. Les données forment donc un outil essentiel et doivent être partagées. Par ailleurs, dans une perspective tant économique que sociétale, il n'est pas souhaitable que des entreprises comptent de si nombreux clients et disposent de ce fait d'une masse de données telle que leurs concurrents se trouvent dans l'incapacité d'en rassembler une même quantité de la même qualité. Le partage des données essentielles pour la concurrence peut contribuer à des conditions de concurrence plus équitables pour les acteurs qui, au départ, n'ont accès ni à ces données ni à des données comparables.

À ce propos, la commissaire européenne Margrethe Vestager déclare : « Nous sommes en plein dans une nouvelle révolution industrielle dont nous ignorons encore l'ampleur. Mais nous en avons déjà assez vu pour ne pas croire naïvement que tout ira bien. Les données ont aussi un côté sombre. Des entreprises se plaignent que leur portail numérique s'est subitement bouché : plus personne ne clique sur leur site, elles ont disparu des moteurs de recherche qui leur permettent d'attirer des clients. Elles se demandent pourquoi cela s'est passé, qui est responsable, et comment faire pour s'opposer. Dans une économie numérique, avec internet pour vitrine, le contrôle et la transparence sont indispensables. Nous sommes en plein dans une nouvelle révolution industrielle (1). »

Chris Fonteijn, ancien président de la « Nederlandse Mededingingsautoriteit » et actuel président de l'ACM (« *Autoriteit Consument en Markt* ») est tout aussi explicite : « Les entreprises technologiques sont capables de déstabiliser rapidement des secteurs entiers. Leurs algorithmes leur permettent d'orienter des marchés comme bon leur semble. Disposer d'une masse énorme de données d'utilisateurs peut leur procurer un avantage concurrentiel immense, et parfois favoriser des abus, comme l'affaire Facebook l'a montré le mois dernier. »

Les autorités de contrôle courent visiblement après les faits. Les auteurs de la présente proposition insistent pour que l'on remédie au plus vite à cette situation.

Telle est en tout cas l'opinion de Chris Fonteijn. Lors d'un symposium qu'il avait organisé, on lui a posé la question : « Actuellement, le contrôle de la concurrence n'est-il pas dépassé par les événements ? Aujourd'hui, l'ACM entre en action lorsqu'elle constate une infraction. Une enquête approfondie se conclut – parfois

(1) <https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/margrethe-vestager-de-schrik-van-grote-bedrijven-we-zitten-midden-in-een-nieuwe-industriële-revolutie--b79334ec/>.

uitspraak tot slot. In de tussentijd kan een techbedrijf de markt al compleet naar zich hebben toegetrokken. Het tijdsverloop is echt een probleem. De grote uitdaging is in te grijpen als er nog te beïnvloeden valt. »

A. BAADD : Aggregatie gebaseerde monopolies

De technologiebedrijven zijn er zich maar al te goed van bewust dat ze mogelijks in de problemen kunnen geraken door hun grote concentratie van data. Zo blijkt Amazon vlak voor de kerst zijn *lobbyteam* op mededinging te hebben verdubbeld. Het doel : een grote *tech-clash* voorkomen, waarin de machtigen van het internet opgesplitst worden (1).

Indieners verwijzen naar professor Sandra Phlippen. Zij is actief bij het economisch bureau van ABN Amro en universitair docent aan de Erasmus School of Economics. Zij formuleert het als volgt : « Er is een nieuwe generatie toezichhouders in Amerika, die bereid is hen aan te pakken. In Amerika begint men eindelijk in te zien, dat hun macht niet onschadelijk is omdat hun producten gratis zijn. De klassieke redenering was, dat te veel marktmacht tot steeds hogere prijzen leidt. Maar als je zo redeneert, dan kan Google nooit te machtig worden. Het is gratis, terwijl Amerikanen er wel 18 000 dollar per jaar voor over zouden hebben, blijkt uit onderzoek. »

Om deze trend van steeds verdergaande marktconcentratie te duiden, ontwikkelde onafhankelijk analist Ben Thompson de aggregatietheorie. Kort samengevat beschrijft deze hoe bedrijvigheid werkt in een wereld met nul distributiekosten en nul transactiekosten. Waarbij consumenten naar een aggregatie toe worden gezogen, omdat die een superieure gebruikerservaring biedt. Wat vervolgens weer leveranciers aantrekt uit andere bedrijfstakken. Op basis van die ervaringen, aan de kant van de gebruiker en de leverancier, wordt de dienst verder verfijnd. Wat wederom meer gebruikers en leveranciers oplevert. Een vicieuze cirkel waarbij gebruikers aan alle kanten van het platform ook nog eens persoonlijke gebruiks-, gedrags- en intentiegegevens achterlaten. Juist die data leveren de platformeigenaar een enorm concurrentievoordeel op ten opzichte van andere, veelal kleinere partijen.

Dit verschijnsel zie je op meerdere terreinen, stelt Thompson. Bij Google voor *search*, Facebook voor

(1) <https://www.ad.nl/economie/nieuwe-generatie-toezichhouders-bereid-techreuzen-aan-te-pakken-af915d66/>.

après des années – par une décision. Entretemps, une entreprise technologique s’est peut-être déjà accaparé le marché. Le délai constitue un vrai problème. Le défi consiste à intervenir lorsque c’est encore utile. »

A. BAADD : Monopoles basés sur l’agrégation

Les entreprises technologiques ne sont que trop conscientes qu’elles peuvent rencontrer des problèmes en raison de leur grande concentration de données. C’est ainsi qu’Amazon a doublé son équipe de lobbyistes sur la concurrence juste avant la Noël. L’objectif : prévenir un grand *clash* technologique dans lequel les puissants de l’Internet sont divisés (1).

Les auteurs font référence à la professeur Sandra Phlippen. Celle-ci travaille auprès du bureau économique d’ABN Amro et donne cours à l’Erasmus School of Economics. Elle déclare ce qui suit : « Il existe une génération nouvelle de surveillants en Amérique qui est prête à lutter contre les grandes entreprises technologiques. En Amérique, on commence finalement à percevoir que leur puissance n’est pas sans nocivité sous prétexte que leurs produits sont gratuits. Le raisonnement classique était qu’une trop grande puissance sur le marché entraîne des prix sans cesse plus élevés. Mais si l’on raisonne ainsi, Google ne peut jamais devenir trop puissant. Il est gratuit, alors que les Américains seraient prêts à déboursier 18 000 dollars par an pour pouvoir en disposer, comme le démontrent des recherches. »

Pour expliquer cette tendance sans cesse croissante de concentration sur le marché, l’analyste indépendant Ben Thompson a développé la théorie de l’agrégation. En bref, celle-ci décrit comment l’activité fonctionne dans un monde avec zéro frais de distribution et zéro frais de transaction, les utilisateurs étant aspirés vers une agrégation, parce que celle-ci leur offre une expérience supérieure. Ce qui attire ensuite des fournisseurs d’autres branches d’activité. Sur la base de cette expérience, du côté de l’utilisateur et du fournisseur, le service est encore affiné. Ce qui attire ensuite plus d’utilisateurs et plus de fournisseurs. C’est un cercle vicieux, et les utilisateurs de tous les côtés de la plateforme laissent encore traîner des données personnelles d’utilisation, de comportement et d’intention. Ce sont justement ces données qui fournissent au propriétaire de la plateforme un énorme avantage concurrentiel par rapport aux autres parties, beaucoup plus petites.

Ce phénomène se voit sur plusieurs terrains, indique Thompson. Chez Google pour *search* (recherche), chez

(1) <https://www.ad.nl/economie/nieuwe-generatie-toezichhouders-bereid-techreuzen-aan-te-pakken-af915d66/>.

social en *content*, Amazon voor *shopping* en Booking.com voor hotelkamers. « Een van de implicaties van aggregatiegebaseerde monopolies is dat wanneer de concurrentie uiteindelijk uitsterft, ze monopsonies worden. Anders gezegd, de enige afnemer van producten of diensten op een markt. »

Op vrije markten zijn dergelijke marktverhoudingen hooguit te vinden bij overheden, wat op zich niet zorgelijk hoeft te zijn aangezien het geen marktpartijen zijn. Bij, bijvoorbeeld, Google ligt dit uiteraard anders.

Voor Google CEO Sundar Pichai is het nochtans allemaal kraakhelder. « Data zijn de benzine van kunstmatige intelligentie en wij hebben een van de grootste datasets in de wereld. Zes van onze diensten hebben maandelijks meer dan een miljard gebruikers. We worden niet goed in één soort kunstmatige intelligentie, maar in kunstmatige intelligentie over verscheidene toepassingsgebieden. »

Dit is, vergeleken met de « *mobile first* »-strategie van 2016, een compleet nieuw paradigma, stelt hij.

Het is nog vroeg dag maar Google denkt momenteel ook al na over hoe zijn producten te bouwen rondom *machine learning*. Illustratief daarvoor is de reeks nieuwe *hardware* met ingebouwde AI. Het gaat hierbij om nog vrij basale zaken als beeld- en taalherkenning in telefoons, *smart speakers* en een koptelefoon met Google Assistant aan boord. Maar het zaadje is geplant.

Hoeveel haast de technologiegiganten hebben met het ontwikkelen van kunstmatige intelligentie blijkt overigens uit een recente aankondiging van Alibaba. Dat bedrijf steekt de komende jaren zo'n 15 miljard dollar in de ontwikkeling van AI en quantumcomputers. Middels zeven *R&D-labs* verspreid over de wereld. Doel : tegen 2036 twee miljard gebruikers bedienen en honderd miljoen banen creëren (1).

Politiek econoom David Nieborg, assistant professor Media Studies aan de University of Toronto windt er alvast geen doekjes om : « Het gaat hier om hele grote krachten die de weerstand van onze democratie testen. Dat reikt verder dan e-commerce, het is veel fundamenteeler. Monopolies kunnen heel lang hun invloed

Facebook pour *social* et *content* (social et contenu), chez Amazon pour le *shopping* et chez Booking.com pour les chambres d'hôtel. « L'une des implications des monopoles basés sur l'agrégation est que lorsque la concurrence se meurt finalement, les monopoles deviennent des monopsones. Autrement dit, le seul client de produits ou de services sur un marché. »

Sur les marchés libres, de tels rapports de marché peuvent être trouvés au maximum parmi les organismes publics, ce qui en soi ne doit pas être préoccupant étant donné qu'ils ne participent pas au marché. Chez Google, par exemple, ceci est bien entendu différent.

Pour le CEO de Google, Sundar Pichai, les choses sont malgré tout claires et nettes. « Les données sont le combustible de l'intelligence artificielle et nous avons l'un des plus grands ensembles de données au monde. Six de nos services ont chaque mois plus d'un milliard d'utilisateurs. Nous ne devenons pas bons dans un seul type d'intelligence artificielle mais en intelligence artificielle sur différents domaines d'application. »

Ceci, comparé à la stratégie « *mobile first* » de 2016, est un paradigme tout à fait nouveau, indique-t-il.

Il est encore tôt, mais Google réfléchit déjà actuellement à la manière dont ses produits doivent être construits autour de l'apprentissage automatique. Un élément illustratif à cet égard est la nouvelle série de *matériel* avec IA intégrée. Il s'agit ici de choses encore plutôt basiques comme la reconnaissance de l'image et de la langue dans les téléphones, les *smart speakers* et un casque téléphonique offrant Google Assistant. Mais la petite graine est semée.

On peut d'ailleurs voir à quel point les géants de la technologie sont pressés de développer l'intelligence artificielle à travers une annonce récente d'Alibaba. Cette entreprise investit dans les prochaines années quelque 15 milliards de dollars dans le développement de l'IA et des calculateurs quantiques, grâce à sept laboratoires de R&D répartis dans le monde. L'objectif : d'ici 2036, servir deux milliards d'utilisateurs et créer cent millions d'emplois (1).

L'économiste politique David Nieborg, professeur assistant en études des médias à l'Université de Toronto, ne mâche pas ses mots : « Il s'agit ici de très grandes forces qui testent la résistance de notre démocratie. Cela va plus loin que l'e-commerce, c'est beaucoup plus fondamental. Les monopoles peuvent exercer très

(1) <https://www.emerce.nl/nieuws/machtspositie-big-tech>.

(1) <https://www.emerce.nl/nieuws/machtspositie-big-tech>.

uitoefenen. » Hij verwijst in deze context naar de bankensector. Ook daar zagen heel weinig mensen de financiële crisis van 2008 aankomen en vooral te laat. « Misschien is het nu ook al te laat. », besluit hij.

Er is een wezenlijk verschil met eerdere monopolies. Het verschil is dat de moderne platformen alles van je weten. Facebook is hét besturingssysteem van je leven. Dat is van een geheel andere orde dan IBM en Microsoft. Het gaat hier om data op meerkantige markten. Die laatste term toont het wezenlijke verschil. Die markten, ook wel platformmarkten genoemd, verzamelen en exploiteren data van alle kanten van de markt. Op Facebook zijn dat onder meer gebruikers en adverteerders, alsook uitgevers en app-ontwikkelaars.

Het Nederlandse ministerie van Economische Zaken is inmiddels drukdoende om zichzelf op het hoogste niveau bij te scholen over *big data*, meerkantige markten en toezicht.

Onlangs hield econoom Jens Prüfer van het *Law and Economics Center* (TILEC) van de Tilburg University daarover een presentatie bij het Nederlandse ministerie van Economische Zaken. Hij liet zien hoe markten werken zodra een partij een monopolie heeft verworven. Het besluit was duidelijk. Na het bereiken van dit omslagpunt zijn er heel weinig *incentives* tot innovatie voor de dominante partij én voor concurrenten en nieuwe toetreders.

Een dominante partij (als Google) remt innovatie op de markten af door zijn dominante positie. Data versterken dit effect echter.

De dominante speler gaat de gebruikersinformatie van een markt gebruiken voor andere markten. « Een onderneming met een datagedreven bedrijfsmodel zal een markt betreden, uitwerken en overnemen. Zelfs als die oorspronkelijk niet datagedreven was. »

Het gevolg is dat er voor *start-ups* geen reden meer is iets innovatiefs te beginnen, omdat ze uiteindelijk óf worden gekopieerd óf worden gekocht door de monopolist.

Prüfers schuift een duidelijke oplossing naar voor : laat alle marktpartijen verplicht gebruikersdata met elkaar delen. Dat geeft een gelijk speelveld en daardoor meer concurrentie.

longtemps leur influence. » Il réfère dans ce contexte au secteur bancaire. Là aussi, très peu de personnes ont vu venir la crise financière de 2008 et, si elles l'ont vu venir, c'était trop tard. « Peut-être est-il aussi déjà trop tard », conclut-il.

Il existe une différence essentielle avec les monopoles antérieurs. La différence est que les plateformes modernes savent tout sur vous. Facebook est le système de conduite de votre vie. C'est d'un tout autre ordre qu'IBM et Microsoft. Il s'agit ici de données sur des marchés de plateformes. Ce dernier terme montre la différence essentielle. Ces marchés de plateformes rassemblent et exploitent des données de tous les côtés du marché. Sur Facebook, ce sont notamment les utilisateurs et les annonceurs ainsi que les éditeurs et les développeurs d'applis.

Le ministère néerlandais des Affaires économiques est en train de se former au plus haut niveau sur les megadonnées, les marchés de plateformes et la surveillance.

Récemment, l'économiste Jens Prüfer du *Law and Economics Center* (TILEC) de l'Université de Tilburg a fait à ce propos une présentation auprès du ministère néerlandais des Affaires économiques. Il a montré comment les marchés fonctionnent dès qu'une partie a acquis un monopole. La conclusion était claire. Une fois le point critique atteint, il existe très peu d'incitants à innover pour la partie dominante ainsi que pour les concurrents et les nouveaux venus.

Une partie dominante (comme Google) freine l'innovation sur les marchés de par sa position dominante. Les données renforcent toutefois cet effet.

L'acteur dominant va utiliser les informations des utilisateurs d'un marché pour d'autres marchés. « Une entreprise avec un modèle d'entreprise fondée sur les données va accéder à un marché, le développer et le racheter. Même si celle-ci n'était pas fondée sur les données initialement. »

La conséquence est que pour les *start-ups*, il n'y a plus aucune raison d'entamer quelque chose d'innovant étant donné qu'elles sont finalement ou bien copiées ou bien rachetées par le détenteur du monopole.

Aux yeux de Prüfer, une solution évidente se profile à l'horizon : faire partager obligatoirement les données d'utilisateurs entre tous les acteurs du marché. Cela permet des conditions de concurrence équitables et augmente donc la concurrence.

Thompson heeft in dezen drie suggesties : verbied netwerken om andere netwerken te kopen (zodat Facebook bijvoorbeeld Instagram niet kon kopen), maak dataportabiliteit verplicht bij alle sociale netwerken, en maak het voor gebruikers mogelijk om zich te onttrekken aan het verzamelen van persoonlijke data.

Tweede Kamerlid Verhoeven (D66) heeft een bijzonder relevante Initiatiefnota neergelegd die enkele pistes naar voor schuift. Deze resolutie sluit hierbij aan.

Indieners delen de bezorgdheid van de hoger aangehaalde professoren, de diverse agentschappen die toezien op het mededingen wat betreft de dominante positie die enkele *big data* bedrijven bekleden in de wereldeconomie in het algemeen en de Europese economie in het bijzonder.

Het huidige mededingingsrecht is niet gewapend om deze nieuwe monopolies dankzij datastromen in te dammen en de belangen van de vrije concurrentie en de consumenten te vrijwaren.

Willem-Frederik SCHILTZ.
Rik DAEMS.
Anne BARZIN.
Yves EVRARD.

Thompson formule à cet égard trois suggestions : interdire aux réseaux d'acheter d'autres réseaux (de sorte que Facebook, par exemple, ne puisse pas racheter Instagram), rendre la portabilité des données obligatoire pour tous les réseaux sociaux, et faire en sorte qu'il soit possible pour les utilisateurs de se soustraire à la collecte de données à caractère personnel.

Aux Pays-Bas, le député Verhoeven (D66) a déposé une note d'initiative particulièrement pertinente qui avance plusieurs pistes. La présente proposition de résolution va dans le même sens.

Les auteurs partagent les préoccupations des professeurs susmentionnés, des diverses agences qui veillent à la concurrence en ce qui concerne la position dominante occupée par quelques entreprises de megadonnées dans l'économie mondiale en général et dans l'économie européenne en particulier.

Le droit de la concurrence actuel n'est pas armé pour endiguer ces nouveaux monopoles grâce aux flux de données et pour préserver les intérêts de la libre concurrence et des consommateurs.

VOORSTEL VAN RESOLUTIE

De Senaat,

A. overwegende dat vrije mededinging een belangrijke voorwaarde is voor een vrije Europese handel en het tot stand brengen van de Europese markt ;

B. overwegende dat het concurrentiebeleid zijn basis vindt in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) ;

C. overwegende dat de artikelen 101 tot en met 109 VWEU, alsmede protocol nr. 27 betreffende de interne markt en de mededinging, waarin wordt aangegeven dat onvervalste mededinging onder het in artikel 3, lid 3, VWEU genoemde doel van de interne markt valt ;

D. gelet op de concentratieverordening van de Europese Unie (verordening (EG) nr. 139/2004) ;

E. gelet op de artikelen 37, 106 en 345 VWEU voor overheidsbedrijven en de artikelen 14, 59, 93, 106, 107, 108 en 114 VWEU voor openbare diensten, diensten van algemeen belang en diensten van algemeen economisch belang ; het Protocol nr. 26 betreffende de diensten van algemeen belang en artikel 36 van het Handvest van de grondrechten ;

F. overwegende dat de EU-regels voor mededinging zo zijn opgesteld dat zij billijke en gelijke voorwaarden voor bedrijven scheppen, met volop ruimte voor innovatie, uniforme normen en de ontwikkeling van kleine bedrijven ;

G. gelet op de bilaterale mededingingsovereenkomsten die werden afgesloten door de Europese Unie ;

H. overwegende dat de Europese Commissie toezicht houdt op en onderzoek doet naar concurrentieverstorende praktijken, fusies en staatssteun om te zorgen voor een gelijk speelveld voor EU-bedrijven, waarbij een ruime keuze en eerlijke prijzen voor de consument gewaarborgd zijn ;

I. gelet op het voorstel van de Commissie om nationale mededingingsautoriteiten bevoegdheden te geven om doeltreffender toe te kunnen zien op de naleving van het mededingingsrecht van de EU ;

PROPOSITION DE RÉOLUTION

Le Sénat,

A. considérant que la concurrence ouverte est une condition importante pour le libre-échange européen et la mise sur pied du marché européen ;

B. considérant que la politique de concurrence est fondée sur le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

C. considérant que les articles 101 à 109 du TFUE, ainsi que le protocole n° 27 sur le marché intérieur et la concurrence, indiquent que la concurrence loyale fait partie des objectifs du marché intérieur visés à l'article 3, alinéa 3, du TFUE ;

D. vu le règlement de l'Union européenne sur les concentrations (règlement (CE) n° 139/2004) ;

E. vu les articles 37, 106 et 345 du TFUE pour les entreprises publiques et les articles 14, 59, 93, 106, 107, 108 et 114 du TFUE pour les services publics, les services d'intérêt général et les services d'intérêt économique général ; le protocole n° 26 sur les services d'intérêt général et l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

F. considérant que les règles de l'UE pour la concurrence ont été établies de manière telle qu'elles créent des conditions loyales et égales pour les entreprises, et laissent suffisamment d'espace pour l'innovation, des normes uniformes et le développement des petites entreprises ;

G. vu les accords de concurrence bilatéraux qui ont été conclus par l'Union européenne ;

H. considérant que la Commission européenne contrôle les pratiques anticoncurrentielles, les fusions et les aides d'État et coordonne les recherches en la matière, pour que les entreprises de l'UE puissent bénéficier de conditions de concurrence équitables, et garantir au consommateur un large choix et un prix équitable ;

I. vu la proposition de la Commission de rendre les autorités nationales de la concurrence compétentes pour veiller plus efficacement au respect du droit de la concurrence dans l'UE ;

J. gelet op het feit dat concentraties die een bepaalde omzetsdrempel bereiken (artikel IV.7 WER) aan de Belgische Mededingingsautoriteit moeten worden aangemeld ;

K. gelet op de richtlijn van 2014 die regels vastlegt voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (richtlijn 2014/104/EU) ;

L. gelet op het Witboek van de Commissie getiteld « *Naar een effectievere EU-concentratiecontrole* » van 2014 dat tot doel heeft voor meer samenhang tussen de regels op EU-niveau en op nationaal niveau te zorgen ;

M. gelet op de goedkeuring van de verordening door het Europees Parlement en de Raad inzake een kader voor het vrije verkeer van niet-persoonsgebonden gegevens in de Europese Unie (COM/2017/0495 final – 2017/0228 (COD)) ;

N. overwegende dat het huidige mededingingsrecht niet gewapend is om deze nieuwe monopolies dankzij datastromen in de dammen en de belangen van de vrije concurrentie en de consumenten te vrijwaren ;

O. overwegende dat parallel marktgedrag dat gedreven wordt door algoritmes niet verboden is volgens de vigerende rechtspraak maar dat dit ertoe kan leiden dat concurrenten een gemeenschappelijk prijsniveau bereiken ;

P. gelet op het rapport « *Big Data : Bringing competition policy to the digital era* » dat werd gepubliceerd door de OESO in november 2016 ;

Q. overwegende dat in Duitsland op 31 maart 2017 een wet werd goedgekeurd die, als een gevolg van de voortschrijdende digitalisering van de economie, lage aanmelddrempels invoert in het kader van de controle op de mededinging door de Duitse toezichthouder ;

R. overwegende dat zowel de Nederlandse Autoriteit Consument en Markt als het Nederlandse ministerie van Economische Zaken onderzoeksrapporten heeft besteld over *big data*, meerkantige markten en toezicht waarbij de nadruk ligt op kennisopbouw met het oog op mogelijke aanpassing van het toezicht ;

J. considérant que les concentrations qui atteignent un seuil de chiffre d'affaires déterminé (article IV.7 du Code de droit économique) doivent être signalées à l'Autorité belge de la concurrence ;

K. vu la directive de 2014 qui fixe les règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne (directive 2014/104/UE) ;

L. vu le Livre blanc de la Commission intitulé « *Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE* » de 2014 qui a pour but de veiller à une plus grande convergence des règles au niveau de l'UE et au niveau national ;

M. vu l'approbation du règlement par le Parlement européen et le Conseil concernant un cadre applicable à la libre circulation des données à caractère non personnel dans l'Union européenne (COM/2017/0495 final – 2017/0228 (COD)) ;

N. considérant que le droit actuel de la concurrence n'est pas armé pour endiguer ces nouveaux monopoles de flux de données et pour garantir la libre concurrence et les intérêts des consommateurs ;

O. considérant que le comportement de marché parallèle qui est commandé par des algorithmes n'est pas interdit selon la jurisprudence en vigueur mais qu'il peut avoir pour effet que des concurrents alignent leur prix ;

P. vu le rapport « *Données massives : adapter la politique de concurrence à l'ère du numérique* » qui a été publié par l'OCDE en novembre 2016 ;

Q. considérant qu'en Allemagne, une loi a été adoptée le 31 mars 2017 qui, en raison de la numérisation croissante de l'économie, prévoit des seuils de notification bas dans le cadre du contrôle sur la concurrence par l'autorité de contrôle allemande ;

R. considérant que tant l'ACM néerlandaise (Autoriteit Consument en Markt) que le ministère néerlandais des Affaires économiques ont commandé des rapports d'études concernant les megadonnées, les plateformes de marché et le contrôle, l'accent étant placé sur l'élaboration de connaissances dans l'optique d'une adaptation éventuelle du contrôle ;

S. overwegende dat de Britse *Competition and Markets Authority* (CMA) in 2017 een specifiek team heeft opgericht dat zich richt op het gebruik van algoritmes, kunstmatige intelligentie en *big data* ;

T. gelet op de sleutelrol die *big data* spelen in de nieuwe economie en overwegende dat de exclusieve toegang tot data al snel leidt tot grote toetredingsbarrières voor nieuwkomers op de markt en dat toegang tot data cruciaal is voor eerlijke concurrentie ;

U. overwegende dat we midden in een nieuwe industriële revolutie zitten waar data de grondstof zijn voor artificiële intelligentie die op haar beurt de motor is van het « *internet of things* » en dat diegene die de data beheerst de toegangspoort tot deze technologie beheerst en er een duidelijke trend naar marktconcentratie is ;

V. overwegende dat monopolies een duidelijke weerslag hebben op de werking van onze democratieën. Een gezonde marktconcurrentie is ook een democratisch principe ;

W. gelet op de initiatiefnota « *Mededinging in de digitale economie* » die werd neergelegd in de Tweede Kamer in Nederland,

Vraagt de regeringen van dit land :

1) in navolging van diverse buurlanden, waaronder Duitsland en Oostenrijk, het criterium « data » op te nemen in de criteria die bepalen wanneer de mededingingsautoriteit een onderzoek dient te voeren naar fusies en overnames alsook de meldingsplichtige omzetzeldrempels verlagen ;

2) opdracht te geven aan de Belgische Mededingingsautoriteit (BMA) om, in samenwerking met de Gewesten, een uitgebreid onderzoeksrapport op te stellen over de impact van *big data* op het toezicht en over de mate waarin de vrijheid van mededinging kan worden gevrijwaard en gegarandeerd in de nieuwe digitale economie teneinde duidelijke beleidsaanbevelingen te formuleren aan de Parlementen ;

3) om, in samenwerking met de federale overheidsdienst (FOD) Economie en de Belgische Mededingingsautoriteit (BMA), een kenniscel op te richten die toezicht zal uitoefenen op de marktverstoringende werking van algoritmes, kunstmatige intelligentie en *Big Data*, naar het voorbeeld van het Britse Consument en Markt toezichthouder (CMA), en dit om oneerlijke

S. considérant que le *Competition and Markets Authority* britannique (CMA) a mis sur pied en 2017 une équipe spécifique qui se focalise sur l'utilisation d'algorithmes, de l'intelligence artificielle et des mégadonnées ;

T. vu le rôle clé que les mégadonnées occupent dans la nouvelle économie et considérant que l'accès exclusif aux données a rapidement pour effet que les nouveaux venus ont du mal à accéder au marché, et considérant que l'accès aux données est crucial pour la concurrence loyale ;

U. considérant que nous nous trouvons au cœur d'une nouvelle révolution industrielle où les données sont la matière première de l'intelligence artificielle laquelle, à son tour, est le moteur de l'internet des objets, que celui qui maîtrise les données maîtrise l'accès à cette technologie, et qu'il existe une tendance évidente à la concentration du marché ;

V. attendu que les monopoles ont une répercussion évidente sur le fonctionnement de nos démocraties. Une concurrence saine sur le marché est aussi un principe démocratique ;

W. vu la note d'initiative « *Mededinging in de digitale economie* » qui a été déposée à la Deuxième chambre néerlandaise,

Demande aux divers gouvernements du pays :

1) à l'instar de divers pays voisins, dont l'Allemagne et l'Autriche, d'intégrer le critère « données » dans les critères qui déterminent à quel moment l'autorité de la concurrence doit mener une enquête sur les fusions et les acquisitions, et d'abaisser les seuils de chiffre d'affaires qui nécessitent une notification ;

2) de donner mission à l'Autorité belge de la concurrence (ABC), d'établir, en coopération avec les Régions, un rapport d'analyse étendu concernant l'impact des mégadonnées sur le contrôle et sur la mesure dans laquelle la liberté de la concurrence peut être garantie et préservée dans la nouvelle économie numérique, dans le but de formuler des recommandations politiques claires à l'intention des Parlements ;

3) en collaboration avec le service public fédéral (SPF) Économie et l'Autorité belge de la concurrence (ABC), de mettre sur pied une cellule qui exercera un contrôle sur le fonctionnement des algorithmes, de l'intelligence artificielle et des mégadonnées qui perturbe le marché, à l'instar de la *Competition and Markets Authority* (CMA), et ce pour prévenir la concurrence déloyale et

concurrentie te voorkomen en misbruik van machtspositie alsook de vorming van monopolies tegen te gaan ;

4) om binnen Europa het voortouw te nemen om de artikelen die de basis vormen van de mededingingsregels te moderniseren en hierbij een specifieke regeling te voorzien voor Internet- en technologiebedrijven waarbij alles in het werk moet worden gesteld om de toetredingsbarrières tot data voor nieuwe bedrijven weg te werken. Tevens moet er bijkomend toezicht worden voorzien voor de marktversturende werking van parallel marktgedrag ingevolge de inzet van identieke algoritmes ;

5) om binnen de Europese Unie het voortouw te nemen om de data die afkomstig zijn van consumenten als vermogensbestanddeel te erkennen in het kader van het mededingingstoezicht en een bijkomende waardedrempel van data, analysetechnieken en datatoepassingen in het concentratietoezicht te creëren waarbij datadeling zowel *ex-ante* als *ex-post* verplicht kan worden gesteld om marktdominantie, een te groot marktaandeel of een te hoge graad van marktconcentratie tegen te gaan. Mededingingsautoriteiten moeten de bevoegdheid krijgen om datadeling en de verwerking daarvan te kunnen opleggen en voorwaardelijk te maken bij fusies, overnames en *joint-ventures* van internet- en technologiebedrijven ;

6) om aan te dringen op een substantiële verhoging van de boete voorzien in de Europese verordening 1/2003 die kan worden opgelegd in het kader van het concentratietoezicht.

7) om op Europees niveau aan te dringen op een maximumplafond van 50 % marktaandeel voor internetbedrijven bij het beoordelen van fusies, overnames en *joint ventures* en aldus artikel 102 VWEU in die zin aan te passen.

13 februari 2019.

Willem-Frederik SCHILTZ.
Rik DAEMS.
Anne BARZIN.
Yves EVRARD.

l'abus de position dominante et pour lutter contre la formation de monopoles ;

4) de prendre l'initiative, en Europe, pour moderniser les articles qui forment la base des règles de concurrence et de prévoir dans ce contexte une réglementation spécifique pour les entreprises de l'Internet et les entreprises technologiques, et de mettre tout en œuvre pour éliminer les obstacles auxquels sont confrontées les nouvelles entreprises lorsqu'elles veulent accéder aux données. Un contrôle supplémentaire doit également être prévu pour vérifier si le comportement de marché parallèle perturbe le marché par l'utilisation d'algorithmes identiques ;

5) de prendre l'initiative au sein de l'Union européenne pour reconnaître les données qui proviennent de consommateurs comme éléments patrimoniaux dans le cadre du contrôle de la concurrence, et de créer un seuil de valeur supplémentaire de données, de techniques d'analyse et d'applications de données dans le cadre du contrôle de la concentration, le partage des données pouvant être rendu obligatoire tant *ex-ante* que *ex-post* pour lutter contre la domination du marché, une trop grande part du marché ou un degré excessif de concentration sur le marché. Les autorités de la concurrence doivent être compétentes pour imposer le partage des données et leur traitement et en faire une condition lors des fusions, des acquisitions et des associations d'entreprises de l'Internet et d'entreprises technologiques ;

6) d'insister sur une augmentation substantielle de l'amende prévue dans le règlement européen 1/2003 qui peut être imposée dans le cadre du contrôle sur la concentration ;

7) d'insister, au niveau européen, sur un plafond maximum de 50 % de part de marché pour les entreprises de l'Internet lors de l'évaluation de fusions, d'acquisitions et d'associations d'entreprises et d'adopter l'article 102 du TFUE en ce sens.

Le 13 février 2019.