

# 'Survival of the fittest' in de aandachtsmarkt

## *Niet de sterkste, maar de meest innovatieve*

Mr. A. van der Veer

De innovatiegedreven concurrentie op technologische features dwingt aandachtshandelaren, zoals Google, Facebook en LinkedIn, voortdurend te innoveren. De angst uit de markt te worden beconcurrerd door meer innovatieve concurrenten of nieuwkomers voorkomt dat zij zekerheid verkrijgen over hun positie op de markt, ondanks hun grote marktaandelen. In deze bijdrage wordt uiteengezet dat marktmacht – en prijsconcurrentie en substitutie – minder relevante maatstaven zijn voor het beoordelen van de concurrentie in de aandachtsmarkt. Succes in de aandachtsmarkt vereist uitblinken in technologische innovatie en sterke dynamische capaciteiten. Op basis hiervan kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de toepassing van het traditionele mededingingsrechtelijke instrumentarium.

## Introductie

De concurrentie op de digitale markt bezorgt online platformen slapeloze nachten, maar leidt niet tot slaperige monopolies.<sup>1</sup> Platformen worden door concurrentiedreigingen van innovatieve concurrenten en nieuwkomers voortdurend gedwongen hun technologie te innoveren. Onder deze omstandigheden is geen enkel platform zeker van zijn positie op de markt, ook platformen met grote marktaandelen niet. De door de markt opgelegde '*survival of the fittest*'-test selecteert niet altijd de sterksten om te overleven. In sommige markten blijkt dat de consument juist die onderneming kiest die het meest innovatief is in het voorzien in de behoefte van die consument.

Deze bijdrage bespreekt twee onderwerpen ter onderbouwing van het bovenstaande: de aandachtsmarkt en de dynamische concurrentie. Dynamische concurrentie is niet beperkt tot de aandachtsmarkt, maar aan de hand van deze markt kan worden uitgelegd hoe de theorie in de praktijk speelt en welke vragen het oproept voor de toepassing van het mededingingsrecht. Allereerst worden de aandachtshandelaren geïntroduceerd en wordt uitgelegd hoe zij met behulp van technologie om gebruikersaandacht concurreren. Vervolgens wordt met behulp van dynamische concurrentietheorieën uiteengezet waarom sommige marktpartijen succes bereiken en anderen simpelweg de boot missen. Op basis hiervan zullen vraagtekens worden geplaatst bij het mededingingsrechtelijke instrumentarium, omdat, zo zal blijken, de traditionele maatstaven minder relevant zijn voor het beoordelen van de markt.

## Handelaren in aandacht

Aandachtshandelaren zijn de tussenpersonen tussen gebruikers en adverteerders. De gebruiker besteedt aandacht aan de content die wordt aangeboden door de aandachtshandelaar. Aandacht kan worden gemeten aan de hand van de tijd die bij een aandachtshandelaar wordt besteed.<sup>2</sup> Zo besteedt een Nederlander gemiddeld 107 minuten per dag aan sociale media, waarbij jongeren 156 minuten besteden, de leeftijdsgroep 20 tot 39 jaar 138 minuten en ouderen gemiddeld 82 minuten.<sup>3</sup> Deze aandacht is maar beperkt beschikbaar, omdat zowel de cognitieve capaciteit om informatie te verwerken als het aantal wakkere uren per dag beperkt is. Aandacht is daarmee schaars en dus een waardevol product,

---

<sup>1</sup> David S. Evans, 'Why the Dynamics of Competition for Online Platforms Leads to Sleepless Nights But not Sleepy Monopolies' (2017).

<sup>2</sup> Zie ook John M. Newman, 'Attention Markets and the Law' (2019) University of Miami Legal Studies Research Paper, 28; David S. Evans, 'Attention Platforms, the Value of Content, and Public Policy (2019) 54 Review of Industrial Organization, 779; David S. Evans, 'The Economics of Attention Markets' (2020) 2.

<sup>3</sup> Danny Oosterveer, 'Social media in Nederland 2022: WhatsApp minder intensief gebruikt, opmars TikTok zet door' (Marketingfacts, Newcom Research & Consultancy, 29 januari 2022) <<https://www.marketingfacts.nl/berichten/social-media-in-nederland-2022/>>.

voornamelijk voor adverteerders. Deze adverteerders zoeken toegang tot gebruikersaandacht. Daarvoor kopen zij advertentieruimte bij de aandachtshandelaar. De aandachtshandelaar bundelt vervolgens de content en advertenties en presenteert dit als geheel aan zijn gebruikers. Gebruikers besteden dan tegelijkertijd aandacht aan zowel content als advertenties. Door advertentieruimte aan te bieden aan adverteerders bieden tussenpersonen dus in feite toegang tot de aandacht van hun gebruikers.<sup>4</sup>

In tegenstelling tot wat vaak wordt gedacht, kwalificeert een aandachtshandelaar niet als onlineplatform. In de literatuur wordt een onderscheid gemaakt tussen onlineplatformen en *aggregators* op basis van de functionaliteit die wordt aangeboden.<sup>5</sup> Een onlineplatform biedt een platform waarop producten of diensten kunnen worden gebouwd en geëxploiteerd, zoals de besturingssystemen van Apple, Android en Microsoft. Een *aggregator*, daarentegen, kan niet worden gebruikt als platform. Een aggregator verzamelt grote hoeveelheden informatie om deze vervolgens op een gebruiksvriendelijke manier aan zijn gebruikers te presenteren, zoals Google, Facebook en Netflix doen. Aandachtshandelaren kwalificeren waarschijnlijk als *aggregators*, omdat het businessmodel bestaat uit content verzamelen, sorteren en door middel van een algoritme op een gebruiksvriendelijke manier presenteren.

Voor het businessmodel van een aandachtshandelaar is toegang tot aandacht cruciaal. Hiervoor dient aandacht te worden verzameld en vastgehouden. Aandacht wordt verzameld door gebruikers aan te trekken die tijd spenderen aan content. Vervolgens moet de aandacht worden vastgehouden; elke extra bestede minuut kan immers aan adverteerders worden verkocht. Aandachtshandelaren proberen dan ook zoveel mogelijk tijdsbesteding en gebruikersactiviteiten te stimuleren door gepersonaliseerde content en advertenties te presenteren in combinatie met interactiemogelijkheden met andere gebruikers.<sup>6</sup> Dit raakt aan het verschil tussen online en offline aandachtshandelaren, zoals (gratis) kranten. Waar offline aandachtshandelaren genoeg hebben te nemen met passieve betrokkenheid van gebruikers – zij nemen de niet-gepersonaliseerde content en advertenties slechts tot zich – richten online aandachtshandelaren zich op het stimuleren van een zo actief mogelijke betrokkenheid van gebruikers.

Voorbeelden van online marktpartijen met een dergelijk businessmodel zijn zoekmachines zoals Google en sociale mediakanalen zoals Facebook, Twitter, TikTok en YouTube.<sup>7</sup> Het businessmodel van deze spelers onderscheidt zich van andere online marktpartijen. Entertainmentaanbieders als Netflix en Disney+ volgen een ander businessmodel door abonnementsgeld te vragen van gebruikers. Evenzo volgen de accommodatieplatformen Airbnb en Booking.com een andere strategie door gebruikers gratis toegang te geven tot hun product, maar een vergoeding te vragen op het moment dat zij willen consumeren. Booking.com vraagt hotels bijvoorbeeld een vergoeding voor iedere reservering en Airbnb vraagt een vergoeding aan zowel verhuurders als gasten.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Anouk van der Veer, 'The attention market: a blind spot for the European Commission' (Concurrence Antitrust Writing Awards 2021) 3.

<sup>5</sup> Ben Thompson heeft dit onderscheid geïntroduceerd en grondig bestudeerd. Ben Thomson, 'Aggregation Theory' (2015, Stratechery) <<https://stratechery.com/2015/aggregation-theory/>>. Zie ook Thibault Schrepel, 'Platforms or Aggregators: Implications for Digital Antitrust Law (2021) 12/1 Oxford Journal of European Competition Law & Practice.

<sup>6</sup> Giorgio Monti, 'Attention Intermediaries: Regulatory Options and their Institutional Implications' (2020) TILEC Discussion Paper No. DP2020-018, 6; 'Stigler Committee on Digital Platforms' (2019) Final Report, 10, 62.

<sup>7</sup> Zie voor een meer uitgebreidere analyse Anouk van der Veer, 'Survival of the fittest: What if it no longer means the strongest but refers to the one best *fit* for users?' (LLM thesis, Utrecht University 2021) Hoofdstuk 2.

<sup>8</sup> Martin Peitz, 'Economic Policy for Digital Attention Intermediaries' (2020) ZEW - Centre for European Economic Research Discussion Paper No. 20-035, 8.

## Technologie als wapen in de concurrentiestrijd

Aandachtshandelaren concurreren om gebruikersaandacht. Ter stimulering van tijdsbesteding en gebruikersactiviteiten ontwikkelen aandachtshandelaren technologische *features*.<sup>9</sup> Technologische *features* zijn dus het wapen in de concurrentiestrijd om de aandacht van gebruikers vast te houden. Een door technologie gedreven concurrentie brengt de vrees met zich mee dat meer innovatieve concurrenten of nieuwkomers de gevestigde bedrijven uit de markt zullen concurreren. Google was zo een innovatieve nieuwkomer. Drie jaar na het ontstaan van zoekmachines betrad Google de markt met een verbeterde technologie waardoor het relevantere zoekresultaten kon tonen. Hierdoor groeide het bedrijf in vier jaar tijd uit tot marktleider en verdreef het Yahoo van de markt.<sup>10</sup> Google wordt nog steeds gedreven door deze angst, zo blijkt uit een uitspraak van Eric Schmidt, voormalig CEO van Google: ‘*someone, somewhere in a garage is gunning for us. I know because not long ago we were in that garage*’.<sup>11</sup>

Dat een positie als marktleider geen garanties biedt voor de toekomst ervaren andere aandachtshandelaren ook. Op het moment dat gebruikersaandacht verschoof van desktopcomputers met browsers naar smartphones met apps, slaagde Facebook er eerst niet in een app te ontwikkelen en daalde zijn marktwaarde met 26%.<sup>12</sup> Nieuwkomers voeden de innovatie concurrentie eveneens. In september 2017 betrad TikTok de internationale markt, waarna het de meest gedownloade app van 2020 werd en inmiddels heeft het meer dan een miljard maandelijks actieve gebruikers.<sup>13</sup> Toen Clubhouse zijn intrede deed, verzamelde de app binnen nog geen jaar al meer dan 10 miljoen wekelijkse gebruikers.<sup>14</sup> De nieuwste hit is BeReal dat afgelopen juli de meest gedownloade app in de Apple App Store werd na 28 miljoen keer te zijn gedownload in de laatste 12 maanden.<sup>15</sup> Deze voorbeelden laten zien dat partijen die nieuwe technologieën ontwikkelen de kans hebben de markt succesvol te betreden.

Deze door innovatie gedreven concurrentie dwingt aandachtshandelaren voortdurend met nieuwe en creatieve ideeën te komen om de aandacht van gebruikers te trekken en vast te houden.<sup>16</sup> Wanneer een speler achteropraakt, kan hij de gebruikersaandacht verliezen aan een concurrent. Innovatie vindt plaats door (i) de introductie van nieuwe features, (ii) imitatie van concurrenten en (iii) overnames. Nieuwe *features* wijken af van het huidige aanbod, zoals het innovatieve algoritme van TikTok, dat zijn beslissingen, anders dan Facebook en Instagram, niet baseert op sociale interactie, maar op basis van de

---

<sup>9</sup> Feature is een veelgebruikte term om te verwijzen naar functionaliteiten of eigenschappen van een softwareprogramma, zoals de ‘Vind ik leuk’, opmerking plaatsen of delen buttons op Facebook. David S. Evans, ‘Attention Rivalry Among Online Platforms’ (2013) 627 University of Chicago Institute for Law & Economics, 3, 21.

<sup>10</sup> Nicolas Petit, ‘Technology Giants, the Moligopoly Hypothesis and Holistic Competition: A Primer’ (2016) 20; Jenny Paquette, ‘Old Is Not Always Wise: The Inapplicability of the Sherman Act in the Age of the Internet’ (2017) 89 Temple Law Review Online, 7.

<sup>11</sup> Eric Schmidt, ‘The New Gründergeist’ (13 October 2014, Google Europe Blog) <<https://europe.googleblog.com/2014/10/the-new-grundergeist.html>>. Zie ook Nicolas Petit, ‘Technology Giants, the Moligopoly Hypothesis and Holistic Competition: A Primer’ (2016) 18-19.

<sup>12</sup> David S. Evans, ‘Why the Dynamics of Competition for Online Platforms Leads to Sleepless Nights But not Sleepy Monopolies’ (2017) 19-20.

<sup>13</sup> Ariel Michaeli, ‘The Most Downloaded Apps Worldwide in 2020’ (11 December 2020, Appfigures) <<https://appfigures.com/resources/insights/most-downloaded-mobile-apps-2020>>; S. Dixon, ‘Most popular social networks worldwide as of January 2022, ranked by number of monthly active users’ (26 July 2022, Statista) <<https://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/>>.

<sup>14</sup> H. Tankovska, ‘Number of weekly active Clubhouse users 2020-2021’ (22 April 2021, Statista) <<https://www.statista.com/statistics/1199871/number-of-clubhouse-users/>>.

<sup>15</sup> David Curry, ‘BeReal Revenue and Usage Statistics (2022)’ (15 August 2022, Business of Apps) <<https://www.businessofapps.com/data/bereal-statistics/>>.

<sup>16</sup> David S. Evans, ‘Attention Rivalry Among Online Platforms’ (2013) 627 University of Chicago Institute for Law & Economics, 3.

kenmerken van de video's die het langst worden bekeken. Een ander voorbeeld is BeReals dubbele camerafunctie waarmee op hetzelfde moment een foto wordt gemaakt met de voor- en achtercamera.

Daarnaast kopiëren aandachtshandelaren innovatieve en succesvolle *features* van hun concurrenten, een strategie die Meta niet onbekend voorkomt. Als reactie op het succes van TikTok introduceerde Meta Instagram Reels, waarmee gebruikers video's kunnen uploaden die vergelijkbaar zijn met die op – of zelfs opgenomen via – TikTok. Ook heeft Meta stappen ondernomen om de content op Instagram meer te laten lijken op die van TikTok door voorgestelde Reels van onbekenden te tonen boven door vrienden geplaatste content. Tot slot is het sinds eind juli mogelijk Reels op te nemen met (BeReal's) dubbele camerafunctie.

Als een aandachtshandelaar er zelf de niet in slaagt een bepaalde technologie te ontwikkelen, kan het de technologie door middel van een overname verkrijgen. Op deze manier verkreeg Meta de nieuwe advertentietechnologie van Giphy waarmee gifs in het berichtenverkeer kunnen worden opgenomen. Kanttekening hierbij is dat de Britse mededingingsautoriteit besloot dat Meta afstand moest doen van Giphy en het Gerecht voor mededingingszaken in juni 2022 oordeelde dat dit besluit rechtmatig is.<sup>17</sup> Ook de overname van Instagram door Meta was ingegeven door deze denkwijze. Meta-CEO Mark Zuckerberg erkende de achterstand van Facebook en schreef: *'In the time it has taken us to get ou[r] act together on this[,] Instagram has become a large and viable competitor to us on mobile photos, which will increasingly be the future of photos.'*<sup>18</sup> De technologie zou hij integreren: *'The integration plan involves building their mechanics into our products rather than directly integrating their products if that makes sense.'*<sup>19</sup> Hoewel hierin kan worden gelezen dat Zuckerberg zeggenschap wilde verkrijgen over een beginnende concurrent, blijkt uit het ex-post bewijs dat de producten van beide partijen sinds de overname zijn verbeterd. Instagram had 30 miljoen gebruikers op het moment van de overname en genereerde geen inkomsten. Sinds de overname door Meta – en daarmee de toegang tot expertise in sociale media en advertentie-industrie, de verbetering van de infrastructuur en de introductie van nieuwe features<sup>20</sup> – is het aantal gebruikers gegroeid tot meer dan een miljard. Ook Facebook groeide van ongeveer 900 miljoen naar meer dan twee miljard gebruikers. Deze aanzienlijke toename in gebruikersaantallen is het tegenovergestelde van wat doorgaans als concurrentieverstorende uitkomst wordt beschouwd.<sup>21</sup>

## Dynamische concurrentie: marktmacht is van ondergeschikt belang

Het voorgaande geeft weer hoe door innovatie gedreven concurrentie op de aandachtsmarkt plaatsvindt. Aandachtshandelaren gebruiken technologische *features* om de aandacht van gebruikers vast te houden. De angst voor meer innovatieve concurrenten of nieuwkomers dwingt hen ertoe deze technologie voortdurend te innoveren. Technologische innovatie vindt plaats door nieuwe technologieën te ontwikkelen, welke vervolgens door concurrenten kunnen worden gekopieerd of verkregen door middel van een overname. In een concurrentiestrijd als deze bieden verworven posities geen garanties voor de

---

<sup>17</sup> 'CAT endorses CMA assessment that Meta's purchase of Giphy harms competition' (14 June 2022, Competition and Markets Authority) <<https://www.gov.uk/government/news/cat-endorses-cma-assessment-that-meta-s-purchase-of-giphy-harms-competition>>.

<sup>18</sup> Federal Trade Commission's complaint against Facebook, Case 1:20-cv-03590, 13 januari 2021, para 12.

<sup>19</sup> Federal Trade Commission's complaint against Facebook, Case 1:20-cv-03590, 13 januari 2021, para 14.

<sup>20</sup> Elena Argentesi and others, *Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Market* (Final Report, Lear for the Competition and Markets Authority, 2019) para II.2.

<sup>21</sup> Geoffrey A. Manne, Samuel Bowman and Dirk Auer, 'Technology Mergers and the Market for Corporate Control' (2022) 86 *Missouri Law Review*, 1118-1119. Zie ook John M. Yun, 'Potential Competition, Nascent Competitors, and Killer Acquisitions' (2020) 18 *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy*, 652-653.

toekomst. Aandachtshandelaren worden geconfronteerd met de aanhoudende concurrentiedreiging die uitgaat van innovatie. In dergelijke omstandigheden is marktmacht van ondergeschikt belang.

Tegen deze achtergrond is er een dringende oproep om dynamische concurrentie serieus te nemen.<sup>22</sup> Dynamische concurrentie verzet zich tegen neoklassieke economie als voornaamste leidraad voor de beoordeling van het mededingingsrecht. In plaats daarvan stoelt dynamische concurrentie op innovatie-economie, zoals omschreven door de Oostenrijkse School met economen als Schumpeter en Hayek. Waar neoklassieke economie is gericht op het bereiken van een economisch equilibrium, beschouwen de Oostenrijkse economen concurrentie als een proces in een staat van disequilibrium. Ook verzet innovatie-economie zich tegen elementen als producten, vraag en aanbod als statische gegevens te beschouwen. Deze elementen zijn voortdurend aan verandering onderhevig, doordat bedrijven streven naar innovatie en groei in plaats van economische efficiëntie. Zoals Schumpeter schreef, het is niet alleen de concurrentie op prijs of kwaliteit die telt, maar ook ‘*the competition from the new commodity, the new technology, the new source of supply, the new type of organization*’.<sup>23</sup>

Daarnaast put dynamische concurrentie inzichten uit Darwins evolutietheorie. Deze theorie helpt het proces van economische verandering te begrijpen aan de hand van biologische analogieën.<sup>24</sup> De theorie geeft inzicht in hoe en onder welke voorwaarden bedrijven de door de markt opgelegde *survival of the fittest*-test overleven. De overlever is niet altijd de sterkste, zoals doorgaans wordt verondersteld in het mededingingsrecht met zijn focus op marktmacht en marktaandeel. Uit de concurrentiestrijd tussen Facebook en MySpace blijkt dat het van doorslaggevend belang is om met technologische innovatie op de behoeften van de consument in te kunnen spelen. Facebook maakte het mogelijk via e-mailadressen vrienden uit te nodigen voor het netwerk en sociale interactie kon plaatsvinden zonder dat een nieuw browserscherm geopend hoefde te worden, twee features die MySpace aan zich voorbij liet gaan.<sup>25</sup> Hoewel de koppen in 2007 luiden: ‘MySpace is a Natural Monopoly’<sup>26</sup> en ‘Will Myspace Ever Lose Its Monopoly?’<sup>27</sup> bood de positie van marktleider MySpace geen garantie voor de toekomst.

Tot slot trekt dynamische concurrentie lessen uit strategische managementtheorieën, voornamelijk de *resource-based theory*. Deze theorie schrijft het bereiken van een concurrentievoordeel toe aan de reeks waardevolle, toepasbare en niet gemakkelijk te dupliceren eigenschappen waar bedrijven over beschikken. Marktwinnaars beschikken bovendien over sterke dynamische capaciteiten.<sup>28</sup> Deze capaciteiten stellen hen in staat snel en innovatief te reageren op veranderingen in de omgeving. De

---

<sup>22</sup> Zie het Dynamic Competition Initiative, [www.dynamiccompetition.com](http://www.dynamiccompetition.com), een onderzoeksinitiatief van UC Berkeley, EUI en VU Amsterdam.

<sup>23</sup> Joseph A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy* [1942] (Routledge 2010) 74.

<sup>24</sup> Richard Nelson, ‘Economics from an Evolutionary Perspective’ in *Modern Evolutionary Economics: An Overview* (Cambridge University Press 2018). Richard R. Nelson and Sidney G. Winter, *An Evolutionary Theory of Economic Change* (Harvard University Press 1982); Giovanni Dosi and Richard R. Nelson, ‘An introduction to evolutionary theories in economics’ (1994) 4 *Journal of Evolutionary Economics*.

<sup>25</sup> Matthew Garrahan, ‘The rise and fall of MySpace’ (4 December 2009, *Financial Times*) <<https://www.ft.com/content/fd9ffd9c-dee5-11de-adff-00144feab49a>>.

<sup>26</sup> John Barrett, ‘MySpace Is a Natural Monopoly’ (17 January 2007, *TechNewsWorld*) <<https://www.technewsworld.com/story/myspace-is-a-natural-monopoly-55185.html>>.

<sup>27</sup> Victor Keegan, ‘Will MySpace ever lose its monopoly’ (8 February 2007, *The Guardian*) <<https://www.theguardian.com/technology/2007/feb/08/business.comment>>.

<sup>28</sup> David J. Teece, Gary Pisano, and Amy Shuen, ‘Dynamic Capabilities and Strategic Management’ (1997) 18 *Strategic Management Journal*; David J. Teece, ‘Reflections on ‘Profiting From Innovation’’ (2006) 35 *Research Policy*; David J. Teece, ‘The foundations of enterprise performance: dynamic and ordinary capabilities in an (economic) theory of firms’ (2014) 28/4 *Academy of Management Perspectives*; David J. Teece, ‘Dynamic Capabilities and Entrepreneurial Management in Large Organizations: Toward a Theory of the (Entrepreneurial) Firm’ (2016) 86C *European Economic Review*; Nicolas Petit and David J. Teece, ‘Innovating Big Tech Firms and Competition Policy: Favoring Dynamic Over Static Competition’ (2021) 15.

capaciteiten zien op het snel kunnen aanvoelen van kansen en bedreigingen, aangrijpen hiervan en het voortdurend aanpassen van systemen en processen. Sterke dynamische capaciteiten vergen flexibiliteit, dat wil zeggen een open houding ten aanzien van het uitproberen van nieuwe technologieën, verschillende strategieën of businessmodellen, alsmede een management dat uitblinkt in zijn rol als ondernemer en als leider. Bedrijven zijn zich niet altijd bewust van het belang van dynamische capaciteiten om een concurrentievoordeel te behalen. Het verlies van MySpace tegen Facebook is illustratief voor het belang van dynamische capaciteiten. Facebook toonde sterke dynamische capaciteiten door kansen te zien, deze onmiddellijk te grijpen en systemen en processen aan te passen. In tegenstelling tot Facebook ontbrak het MySpace aan dynamische capaciteiten. MySpace vergaderde maandenlang over de ontwikkeling van de *features* en stelde zich terughoudend op vanwege de mogelijke vermindering van advertentie-inkomsten door de *features*.<sup>29</sup>

Het succesverhaal van Google onderstreept nogmaals het belang van dynamische capaciteiten en flexibiliteit. Ten tijde van de oprichting waren Lawrence Page en Sergey Brin sterk gekant tegen een verdienmodel gebaseerd op advertenties. De ontwikkeling van Google was echter niet gratis en met tegenzin introduceerden zij in 2000 betaalde advertenties.<sup>30</sup> In plaats van vast te houden aan het oorspronkelijke bedrijfsmodel toonden zij zich bereid de strategie aan te passen toen deze in de praktijk niet houdbaar bleek. Tegenwoordig bestaat het overgrote deel van de inkomsten van Google uit advertenties, waardoor Google kon uitgroeien tot een van de financieel meest succesvolle bedrijven.

Bovenstaande voorbeelden laten zien dat dynamische concurrentietheorieën bijdragen aan het begrijpen van het succes en falen van bepaalde aandachtshandelaren. Om – tijdelijk – succes te boeken in een omgeving van aanhoudende concurrentiedreigingen die voortkomen uit innovatie moeten aandachtshandelaren uitblinken in technologische innovatie en sterke dynamische capaciteiten ontwikkelen. De toekomst zal moeten uitwijzen hoe tijdelijk de successen zijn. De geschiedenis leert ons in elk geval dat de monopolies die ooit zo onverslaanbaar leken, dat niet waren.<sup>31</sup>

## Kanttekeningen bij de mededingingsrechtelijke beoordeling

Zoals hiervoor uitgelegd, verzet dynamische concurrentie zich tegen neoklassieke economie als voornaamste leidraad voor de beoordeling van het mededingingsrecht. Een mededingingsrechtelijke beoordeling is nu voornamelijk gericht op de eindstand in de markt en, meer specifiek, op de vraag of de onderneming al dan niet een machtspositie inneemt. Daarnaast is het gedachtegoed van perfecte concurrentie leidend, waardoor marktstructuren met veel leveranciers, prijsconcurrentie en homogene goederen worden bevorderd.<sup>32</sup> Een mededingingsrechtelijke beoordeling stoelt op deze elementen, maar de zojuist besproken door innovatie gedreven concurrentie wijkt hiervan af. Prijsconcurrentie is niet de voornaamste vorm van concurrentie, waardoor traditionele testen, zoals de SSNIP-test, moeilijk kunnen worden toegepast. Daarnaast leidt de voortdurende technologische innovatie tot steeds veranderende en dus sterk gedifferentieerde producten. Tot slot, de aanhoudende concurrentiedreigingen die gepaard

---

<sup>29</sup> Matthew Garrahan, 'The rise and fall of MySpace' (4 December 2009, Financial Times) <<https://www.ft.com/content/fd9ffd9c-dee5-11de-adff-00144feab49a>>.

<sup>30</sup> Sergey Brin and Lawrence Page, 'The Anatomy of a Large-Scale Hypertextual Web Search Engine' (1998) 30 Computer Networks, 8 appendix A; Jenny Paquette, 'Old Is Not Always Wise: The Inapplicability of the Sherman Act in the Age of the Internet' (2017) 89 Temple Law Review Online, 8.

<sup>31</sup> Geoffrey Manne and Alec Stapp, 'This Too Shall Pass: Unassailable Monopolies That Were, in Hindsight, Eminently Assailable' (1 April 2019, Truth on the Market) <<https://truthonthemarket.com/2019/04/01/this-too-shall-pass-unassailable-monopolies-that-were-in-hindsight-eminently-assailable/>>.

<sup>32</sup> Mark Blaug, 'Is Competition Such a Good Thing? Static Efficiency Versus Dynamic Efficiency' (2001) 19 Review of Industrial Organization, 37; Maurice E. Stucke, 'Reconsidering Competition' (2011) 81/2 Mississippi Law Journal, 110, 118; Nicolas Petit and David J. Teece, 'Big Tech, Big Data, And Competition Policy: Favoring Dynamic Over Static Competition' (2021) 7.

gaan met deze innovatie maken iedere positie op de markt kwetsbaar. De discrepantie tussen de grondslagen van het mededingingsrecht en de concurrentie tussen aandachtshandelaren roept vragen op over de toepasbaarheid van het mededingingsrechtelijk instrumentarium.

In het afbakenen van de relevante markt zijn vraagsubstitutie en de SSNIP-test leidend. Gelukkig blijft het niet daarbij. Uit de toepassing van marktdefinitie op digitale markten blijkt dat er ook ruimte is voor elementen van dynamische concurrentie. In *Google Shopping* bijvoorbeeld, erkent de Commissie dat Google concurreert op andere parameters dan prijs, zoals de relevantie van de resultaten en de snelheid waarmee de resultaten worden geleverd.<sup>33</sup> Hoewel niet expliciet, erkent de Commissie dat Google concurreert op technologie in plaats van prijzen. Daarnaast onderzoekt de Commissie of potentiële concurrenten in de relevante markt moeten worden opgenomen. Met deze toekomstgerichte benadering van marktdefinitie wijkt de Commissie af van het traditionele kader waarin potentiële concurrentie uitdrukkelijk wordt uitgesloten van overweging.<sup>34</sup>

Afgezien van deze uitstapjes naar dynamische concurrentie, volgen de Commissie en het Gerecht desondanks de weg van de substitutie.<sup>35</sup> *Google Shopping* en *Amazon.com* behoren niet tot eenzelfde relevante markt, omdat er beperkte substitutie plaatsvindt tussen vergelijkingsdiensten en handelsplatformen.<sup>36</sup> Toch gebruiken consumenten zowel *Google* als *Amazon* om producten te zoeken; consumenten geven zelfs aan *Amazon* vaker als startpunt te gebruiken.<sup>37</sup> Waarom sluit marktdefinitie *Amazon* uit van de relevante markt van *Google Shopping*? *Amazon* is geen perfect substituuut.

Wat betreft de algemene zoekdiensten bestaan er volgens de Commissie hoge toetredingsdrempels: ‘*a provider of online services wishing to offer a new general search service would have to make very substantial investments*’ (onderstreping toegevoegd).<sup>38</sup> Vanuit het oogpunt van statische concurrentie zijn de toetredingsdrempels inderdaad hoog. Potentiële concurrentie komt echter niet alleen van degenen die een nieuwe algemene zoekdienst willen aanbieden. Door innovatie gedreven concurrenten streven niet naar het ontwikkelen van een nieuwe algemene zoekdienst in concurrentie met *Google*, maar naar het ontwikkelen van een gedifferentieerd product. *Instagram* introduceerde bijvoorbeeld in juli 2022 een doorzoekbare kaart die populaire locaties toont en gebruikers kunnen locatieresultaten filteren op specifieke categorieën, waaronder restaurants en hotels.<sup>39</sup> Meta daagt *Google* niet uit als algemene zoekdienst, maar als aanbieder van lokale zoekfuncties.

---

<sup>33</sup> Case T-612/17 *Google and Alphabet v. Commission (Google Shopping)* [2021] para 160.

<sup>34</sup> Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht [1997] OJ C 372/5, para 24.

<sup>35</sup> Het is niet uitzonderlijk dat de relevante markt in hightechnologie zaken wordt beperkt tot volmaakte substituten. Zo concludeerde de Commissie en bevestigde het Gerecht in *Google Android* dat het besturingssysteem van *Google* niet concurreerde met de besturingssystemen van *Apple* en *Blackberry* vanwege het verschil in productkenmerken. Zie *Google Android* (Case AT.40099) Commission Decision (2018) 4761 [2018], paras 238-239 en Case T-604/18 *Google and Alphabet v. Commission (Google Android)* [2022]. Eenzelfde conclusie is te vinden in *Facebook/WhatsApp*. De Commissie hield geen rekening met potentiële concurrentiedruk van spraakoproepen, SMS, MMS en e-mails, omdat het imperfecte substituten of complementen waren, ook al beschouwde de meerderheid van de respondenten van het marktonderzoek ze als substituten. Zie *Facebook/WhatsApp* (Case M.7217) Commission Decision C(2014) 7239 [2014] OJ C 417/4, para 29.

<sup>36</sup> Case T-612/17 *Google and Alphabet v. Commission (Google Shopping)* [2021] para 52.

<sup>37</sup> Lurnie Wilson, ‘Most Americans Still Start Product Searches on Amazon Before Google’ (20 May 2020, Civic Sience) <<https://civicscience.com/most-americans-still-start-with-amazon-before-google-for-product-searches/>>; ‘Consumer Trends Report Q2 2022’ (2022, JungleScout) <<https://www.junglescout.com/wp-content/uploads/2022/06/Jungle-Scout-Consumer-Trends-Report-Q2-2022.pdf>>.

<sup>38</sup> Case T-612/17 *Google and Alphabet v. Commission (Google Shopping)* [2021] para 47.

<sup>39</sup> Aisha Malik, ‘Instagram rolls out a new searchable map to make it easier to discover popular locations’ (19 July 2022, TechCrunch) <<https://techcrunch.com/2022/07/19/instagram-new-searchable-map-experience/>>.

Tot slot, de beoordeling van marktmacht. Hoewel wordt erkend dat marktaandeelen niet veel zeggen in dynamisch en snel veranderende markten, blijkt uit de handhavingspraktijk dat de Commissie zich veelal baseert op marktaandeelen in het vaststellen van een machtspositie.<sup>40</sup> Toch is de beoordeling van marktmacht, net als marktdefinitie, niet blind voor dynamische concurrentie. Potentiële concurrentie kan in de beoordeling worden betrokken wanneer deze ‘*waarschijnlijk, tijdig en in voldoende mate*’ plaatsvindt.<sup>41</sup> Deze toekomstgerichte beoordeling houdt er rekening mee dat de eindstand op de markt wellicht niet veel zegt over de concurrentie op de markt waarvoor juist het concurrentieproces relevant is. Deze potentiële concurrentietoets vangt waarschijnlijk niet alle concurrentiedruk die door een aandachtshandelaar wordt ervaren, omdat door innovatie gedreven concurrentie geen daadwerkelijke toetreding of uitbreiding vereist.<sup>42</sup> De dreiging die uitgaat van innovatie is reeds voldoende om concurrentiedruk uit te oefenen. Zoals blijkt uit de eerder aangehaalde voorbeelden van Google en Facebook en de toetreding van TikTok, Clubhouse en BeReal zijn marktaandeelen beschikbaar voor hen die nieuwe technologieën ontwikkelen.

De beoordeling zou echter niet zo ver moeten gaan dat iedere concurrent wordt geacht het in zich te hebben effectief te kunnen concurreren met de grote aandachtshandelaar. Neem de overname van Instagram door Meta. Het kan op het eerste gezicht lijken alsof een innovatieve concurrent die Facebook zou kunnen uitdagen van de markt is verdwenen. De groei die Instagram na de overname heeft doorgemaakt, doet echter de vraag rijzen of Instagram de dynamische capaciteiten had om effectief met Facebook te concurreren. Hetzelfde geldt voor de overname van Giphy door Meta. Hoewel de Britse mededingingsautoriteit Meta terugfloot, omdat de overname de dynamische concurrentie zou verminderen, kan men zich afvragen of Giphy de dynamische capaciteiten had om het waar te maken.

Enkele kanttekeningen kunnen worden geplaatst bij de toepassing van het mededingingsrecht op de aandachtsmarkt. Zowel in marktafbakening als beoordeling van marktmacht worden bepaalde vormen van concurrentiedruk niet in overweging genomen. Deze concurrentiedruk maakt machtsposities kwetsbaar, waardoor marktpartijen voortdurend handelen uit angst om uit de markt te worden geconcurrereerd door meer innovatieve concurrenten of nieuwkomers. Marktpartijen handelen daarom niet onafhankelijk van concurrenten, zoals de definitie van een machtspositie vereist. Een positie in de markt staat hen slechts toe om in de volgende ronde opnieuw mee te concurreren.<sup>43</sup>

## En nu?

De inhoudelijke beoordeling van Meta/Giphy is, mijns inziens, een stap in de goede richting. De Britse mededingingsautoriteit – en het Gerecht mededingingszaken oordeelde dat dit rechtmatig was – besloot dat Meta afstand moest doen van Giphy, omdat de overname de dynamische concurrentie verminderde. De autoriteit erkende dat ondernemingen door dynamische concurrentie worden aangezet tot innovatie en het creëren van betere producten voor consumenten.<sup>44</sup> Vraag blijft of de beoordeling tot de juiste conclusie heeft geleid. Het erkennen van concurrentie op innovatie is een eerste stap, maar dynamische

---

<sup>40</sup> In *Google Shopping* stelde de Commissie dat het bestaan van zeer grote marktaandeelen op zich, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, het bewijs van een machtspositie vormt. Zie *Google Search (Shopping)* (Case AT.39740) Commission Decision C(2017) 4444 [2017], para 266. In *Google Android* vond de Commissie doorslaggevend bewijs in het marktaandeel van Google van meer dan 90%. Zie *Google Android* (Case AT.40099) Commission Decision C(2019) 4761 [2018], para 676-685.

<sup>41</sup> Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie [2009] OJ C 45/7, para 12, 16.

<sup>42</sup> Joseph A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism, and Democracy* (2d ed. 1942) 85.

<sup>43</sup> Raymond Hartmans en anderen, ‘Assessing Market Power in Regimes of Rapid Technological Change’ (1993) 2/3 *Industrial and Corporate Change*, 317.

<sup>44</sup> *Meta/Giphy* [2022] CAT 26, [2022].



concurrentie is meer dan dat. Dynamische concurrentie rust op een ander economisch kader dat uitgaat van concurrentie als een proces, disequilibrium en continue verandering als gevolg van innovatie en groei. Dynamische concurrentie implementeert de lessen uit, onder andere, de evolutietheorie en strategisch managementtheorieën. Hieruit blijkt dat een potentiële technologieconcurrent zijn één ding is; de capaciteiten hebben om het waar te maken is iets heel anders.

Beoefenaars van het mededingingsrecht moeten zodoende dynamische concurrentie op waarde schatten en implementeren. De beoordeling zou zich moeten richten op de impact van gedragingen en transacties op de drijfveren van dynamische concurrentie, zoals door innovatie gedreven concurrentie en dynamische capaciteiten. Gedragingen of transacties die vanuit een statisch oogpunt verdacht lijken, kunnen vanuit een dynamisch perspectief onschuldig zijn en vice versa. Wanneer dynamische concurrentie wordt begrepen en geïmplementeerd, kan een meer waarheidsgetrouw beeld van marktconcurrentie ontstaan en daarmee een betere handhaving van het mededingingsrecht.