

Toezicht op machtsmisbruik door platformbedrijven moet sneller en beter

De opkomst van platformbedrijven stelt toezichthouders voor fundamentele vragen. Hoe blijft het mededingingstoezicht toekomstbestendig en welvaartsverhogend? In hoeverre is het achteraf corrigeren van machtsmisbruik nog effectief? Welke problemen kunnen we via mededingingstoezicht oplossen, en welke niet?

IN HET KORT

- ▶ Optreden tegen machtsmisbruik kost vaak jaren en de baten ervan zijn onzeker
- ▶ Deze onzekerheid vergroot de kans op fouten van de toezichthouder
- ▶ Effectiever toezicht vereist vroegtijdig en snel ingrijpen met goede onderbouwing

In de afgelopen twintig jaar hebben techbedrijven, zoals Google, Facebook en Amazon, de oude giganten uit de olie-industrie en de farmaceutische sector afgelost als zijnde de waardevolste bedrijven ter wereld. Volgens veel commentatoren zijn deze nieuwe reuzen inmiddels zo machtig geworden dat een daadkrachtig optreden van overheden en concurrentietoezichthouders hard nodig is. In Nederland bracht bijvoorbeeld, in het najaar van 2020, het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat

een discussiestuk uit waarin het verschillende interventies voorstelt om handelsplatformen (*gatekeepers*) te reguleren, zoals *dataportabiliteit* voor zakelijke klanten of een verbod op het bevoordelen van eigen diensten boven de concurrerende diensten op het platform. In een recent verschenen rapport (Nadler en Cicilline, 2020) concludeert het Amerikaanse Congres dat techreuzen zowel de concurrentie als de democratie bedreigen, en roept het op tot verregaande ingrepen, zoals het opsplitsen van bedrijven of het bemoeilijken van overnames door dominante platformen. Kort daarna diende de Amerikaanse mededingingsautoriteit een aanklacht in tegen Google vanwege overtreding van de Amerikaanse mededingingswetten.

DG Competition, de Europese concurrentietoezichthouder, voert al jaren actief rechtszaken tegen misbruik door techbedrijven van dominante posities en heeft al meerdere miljardenboetes opgelegd, zie tabel 1.

Na zaken aan het begin van dit millennium tegen Microsoft heeft de Commissie meerdere boetes opgelegd aan

YANNIS KERKEMEZOS
Wetenschappelijk medewerker bij het Centraal Planbureau (CPB)

BASTIAAN OVERVEST
Programmaleider bij het CPB

We willen graag Eric van Damme, Ramy El-Dardiry, Mariëlle Non en Ruben van Oosten hartelijk bedanken voor hun commentaar op een eerdere versie.

Google vanwege concurrentieverstorende gedragingen, en lopen er inmiddels nieuwe onderzoeken naar Apple en Amazon. Ook de ACM – de Nederlandse concurrentietoezichthouder – is in 2019 een onderzoek begonnen naar misbruik van een machtspositie door Apple.

Het is echter niet vanzelfsprekend dat deze wijze van achteraf corrigeren (het zogenaamde ‘ex post toezicht’) effectief is. Misbruikzaken duren namelijk erg lang. Zoals uit tabel 1 kan worden afgeleid, komen toezichthouders relatief laat in actie: gemiddeld zit er bijna vier jaar tussen het begin van het vermeende misbruik en de start van het onderzoek. Bij een kartel, waar de afspraken geheim zijn, is het begrijpelijk dat de gedraging vaak veel eerder is begonnen dan het onderzoek, maar bij misbruik van een machtspositie is het gedrag vaak voor iedereen zichtbaar, en zou er dus veel eerder ingegrepen kunnen en moeten worden. Na de start van het onderzoek laat het uiteindelijke besluit gemiddeld enkele jaren op zich wacht-

ten. Ook na het besluit is er nog geen duidelijkheid over de juridische status, omdat bedrijven vrijwel altijd in beroep gaan bij de rechter. Tegen het besluit *Google Shopping* bijvoorbeeld heeft het bedrijf al in 2017 beroep aangetekend, de zaak werd begin 2020 behandeld door het Europese Hof en nu (november 2020) is het nog steeds wachten op juridisch uitsluitel. Op die manier kan het al snel een decennium duren voordat het duidelijk wordt of een gedraging juridisch toelaatbaar is; een periode die op digitale markten welhaast een eeuwigheid lijkt omdat de concurrentiedynamiek aldaar vaak groot is. De relevantie van de zaak *Windows Media Player* verdween bijvoorbeeld grotendeels door de opkomst van de mp3, en later van de iTunes en streamingdiensten zoals Spotify.

En als er een uitspraak volgt, dan impliceert dat nog niet dat de uitkomsten voor de consument wenselijk zijn. Gedragingen die door de rechter mededingingsbeperkend worden geacht, kunnen toch welvaartsverhogend zijn. Dit soort

Overzicht mededingingszaken tegen techbedrijven

TABEL 1

Mededingingszaak (datum bekendmaking)	Start onderzoek toezichthouder	Start gedraging volgens het besluit	Gedraging volgens het besluit	Boete (mln. euro)
EC - Microsoft (maart 2004)	Februari 2000	December 1998	Beperking interoperabiliteit en koppelverkoop Media Player met Windows	1.677*
EC - Microsoft (december 2009)	Januari 2008	Augustus 2001	Beperking interoperabiliteit en koppelverkoop van Internet Explorer met Windows	561*
EC – Google (juni 2017)	November 2010	Januari 2008	Bevoordelen Google Shopping boven andere prijsvergelijkers	2.420
EC – Google (juli 2018)	April 2015	Januari 2011	Koppelverkoop Search en Chrome voor appstorelicentie	4.340
EC – Google (maart 2019)	Juli 2016	Januari 2006	Uitsluiten van andere advertentie-intermediairs via AdSense	1.490
Autorité de la concurrence – Google (december 2019)	Maart 2015	September 2014	Intransparante regels van Google Ads	150
Bundeskartellamt – Facebook (februari 2019)	Maart 2016	Februari 2014	Overmatige verzameling van persoonsgegevens	geen

* Inclusief latere boetes voor niet-naleven van het besluit.

Bron: DG Competition, Autorité de la concurrence en Bundeskartellamt

‘Type I-fouten’, waarbij wenselijk gedrag verboden wordt, zijn in het mededingingstoezicht altijd mogelijk aangezien toezichthouders en rechtbanken onvolledige informatie hebben over het concurrentieproces, en soms meer juridisch dan economisch naar een zaak kijken. Tegelijkertijd kan onvolledig of verkeerd inzicht in de werking van digitale markten ook leiden tot ‘Type II-fouten’, waarbij een toezichthouder onrecht niet ingrijpt of niet tijdig ingrijpt.

Dat risico op Type I- en Type II-fouten is bij techbedrijven als Google en Amazon misschien zelfs wel groter. Dit komt doordat deze bedrijven werken als platformen, als makelaars op tweezijdige markten, waarvoor andere economische wetten gelden dan op de traditionele eenzijdige markten. Als toezichthouders de inzichten uit eenzijdige markten onveranderd toepassen op de tweezijdige markten, dan kan dat leiden tot verkeerd geïnformeerde besluiten. De hamvraag is daarom of het mededingingstoezicht moet worden aangepast aan de digitaliserende economie. Meerdere toezichthouders en commissies, vaak bestaande uit gerenommeerde economen, hebben zich hier reeds over geboeid.

In het vervolg van dit hoofdstuk zullen we eerst de inzichten bespreken uit de economische literatuur over machtsmisbruik op platformmarkten en over de betekenis daarvan voor de toezichtspraktijk. Daarna zullen we de adviezen samenvatten uit de verschillende rapporten die zijn verschenen over de toekomst van het mededingingstoezicht. In de conclusie geven we vervolgens een korte samenvatting en een drietal aanbevelingen om het toezicht in de digitale economie te versterken.

PLATFORMEN EN MACHTSMISBRUIK

Bedrijven als Amazon, Uber en Booking.com worden vaak als platformen getypeerd, en uit de economische literatuur is bekend dat toepassing van ‘eenzijdige’ logica op ‘tweezijdige’ markten tot toezichtsfouten leidt (Wright, 2004) – daarover meer hieronder. Maar wanneer is een bedrijf een platform? Twee belangrijke kenmerken van een platform zijn dat het interacties tussen verschillende typen klanten mogelijk maakt, en enige mate van marktmacht heeft over deze klanten. Een voorbeeld is Uber, dat interacties tussen chauffeurs

en passagiers faciliteert en de ruimte (marktmacht) heeft om prijzen te zetten. Met deze kenmerken is het verschil tussen een platform en een gewoon bedrijf niet altijd duidelijk, want ieder bedrijf faciliteert interacties tussen de inkoopzijde en de verkoopzijde (zij het vaak indirect). De economische literatuur geeft ook verschillende, meer exacte definities van platformen. Rochet en Tirole (2006) definiëren een platform bijvoorbeeld aan de hand van de prijzen die het bedrijf rekent aan de twee verschillende zijden van de markt. Als een veranderende structuur van de prijzen het transactievolume beïnvloedt terwijl de som van de beide prijzen gelijk blijft, dan is er volgens hun definitie sprake van een platform. Maar voor de toezichtspraktijk is deze definitie niet bruikbaar, omdat een ‘eenzijdig’ bedrijf dat gelijktijdig de inkoopprijs en de verkoopprijs verhoogt (waardoor de marge van het bedrijf gelijk blijft, maar de prijsstructuur verandert) minder transacties zal tegenkomen (Katz, 2019). Een andere definitie is dat er op een tweezijdige markt sprake is van kruislingse netwerkeffecten, waarbij het nut van de ene zijde van de markt afhangt van de mate van gebruikersparticipatie aan de andere zijde (Weyl, 2010). Volgens Katz (2019) is ook deze definitie niet onderscheidend genoeg voor praktische toepassing, omdat ook op reguliere eenzijdige markten een bedrijf dat aan de inkoopzijde zit een hogere winst (en dus nut) zal hebben bij een groter aantal deelnemers aan de verkoopzijde. Een veilige voorlopige conclusie is dat sommige bedrijven overduidelijk platformen zijn, terwijl bij andere bedrijven het vaststellen van tweezijdigheid in de praktijk meer een ‘kunst’ blijft dan een wetenschap.

In de mededingingszaken tegen Microsoft en Google concludeerde de Europese Commissie dat deze bedrijven een *economische machtspositie* (ook wel: *dominante positie*) hebben, en daarvan mogen in het Europese mededingingsrecht bedrijven geen misbruik maken. Het begrip ‘machtspositie’ is echter zeer problematisch, en het helpt niet dat juristen en economen wat dit betreft verschillende perspectieven hebben. In de jurisprudentie wordt een onderneming als dominant gezien wanneer het in staat is om zich “jegens haar concurrenten, haar afnemers en, uiteindelijk, de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen” (Hoffmann-

La Roche, 1979). Wat onafhankelijk gedrag is, kan alleen worden afgeleid uit specifieke casussen; er is geen algemeen toepasbare juridische definitie van. In de economische literatuur komt het begrip ‘dominantie’ vrijwel niet voor. Papers die ingaan op strategieën als rooftprijzen of koppelverkoop, waarbij een concurrent uit de markt gehouden wordt, nemen doorgaans aan dat een bedrijf een bepaald voordeel heeft boven een ander bedrijf – zoals een monopolie op een deelmarkt (Whinston, 1990), meer contractsvrijheid (Aghion en Bolton, 1987) of betere informatie over een concurrentieparameter (Milgrom en Roberts, 1982). Zowel de juridische als de economische benadering laat zich niet eenvoudig op concrete zaken toepassen.

Juristen en economen hebben verschillende opvattingen over wat een machtspositie is

Bij het vaststellen van een machtspositie baseren toezichhouders zich nog vooral op marktaandelen en minder op toetredingsbarrières. Los van de zwakke economische fundering is een nadeel van deze aanpak dat zo de marktafbakening centraal staat, terwijl die vaak vrij arbitrair is – kijken we bijvoorbeeld naar de markt voor op sociale media gerichte advertenties, voor online-advertenties, of horen offline-advertenties er ook bij? Daarbij is het voor een tweezijdige markt de vraag of beide zijden tot één markt behoren, of dat elk apart afgebakend moet worden. Een tweede zwakte, die extra relevant is voor platformen, is dat zo de betwistbaarheid van de markt en de dynamische concurrentie uit het oog dreigen te raken. Bij platformen zijn netwerkeffecten (zowel directe als kruislingse) cruciaal, waardoor het beste of populairste bedrijf vaak een hoog marktaandeel heeft en als dominant gezien kan worden – maar die statische observatie overschat de mate van marktmacht wanneer ontevreden klanten gemakkelijk kunnen overstappen naar een concurr-

rent. Voorbeelden van ‘dominante’ techbedrijven die hun marktaandeel snel zagen slinken zijn Nokia, Myspace, Skype en Yahoo. In het verlengde hiervan is nog een derde nadeel van een marktaandeelbenadering dat de overnames door een bedrijf met een groot marktaandeel van een concurrent met een marginaal marktaandeel onterecht goedgekeurd kunnen worden (Type II-fout). De fout kan ontstaan door te veel focus op statische concurrentie, terwijl het overgenomen bedrijf mogelijk een toekomstige uitdager is van het dominante bedrijf. Een inmiddels klassiek voorbeeld hiervan is de overname van Instagram door Facebook.

Aangenomen dat een platformbedrijf dominant is, hóé zou het daarvan dan misbruik kunnen maken? Op deze vraag heeft de economische theorie nog geen goed antwoord. Dit komt omdat de meeste papers over anticompetitief gedrag uitgaan van een eenzijdige, in plaats van een tweezijdige markt. De natuurlijke benchmark op een eenzijdige markt is volledige mededinging, maar die mate van concurrentie is onhaalbaar op platformen vanwege netwerkeffecten. Een ander probleem is dat platformen anders werken dan gewone bedrijven, waardoor gedragingen die op een eenzijdige markt traditioneel als misbruik worden gezien, op een platform een wenselijk competitief gedrag kunnen vormen.

KOPPELVERKOOP EN SELF-PREFERENCING

Koppelverkoop (ook wel ‘bundeling’) is een voorbeeld van een gedraging die op een platform anders beoordeeld moet worden dan op een gewone markt. Een traditionele verklaring van koppelverkoop is dat deze gebruikt wordt om een concurrent uit te sluiten van een markt (Whinston, 1990). Maar op een platform speelt mogelijk een ander motief, namelijk vergroting van de marktomvang. Dit werkt zo: vanwege de kruislingse netwerkeffecten wil het platform zo veel mogelijk consumenten aan één zijde (bijvoorbeeld lezers) om daarmee een hogere betalingsbereidheid te realiseren aan de andere zijde (bijvoorbeeld adverteerders). Hiervoor kan het nodig zijn om één zijde te subsidiëren. In de praktijk zien we dat bijvoorbeeld door het aanbod van gratis diensten. Als het platform eigenlijk nóg lagere prijzen zou willen aanbieden, kan het zijn product koppelen aan een tweede product, zodat

het een grotere groep consumenten aantrekt. Deze redenering is geformaliseerd door Choi (2010) en door Amelio en Jullien (2012). Zij laten zien dat koppelverkoop door een platform de consumentenwelvaart juist kan vergroten. Een bekende casus over koppelverkoop is *Windows Media Player*, waarbij Microsoft de mediaspeler standaard installeerde bij het besturingssysteem Windows.

In een recente paper modelleren Jeon en Choi (2020) koppelverkoop op tweezijdige markten, geïnspireerd door de zaken *Android* en *Google Shopping*. Hun paper laat zien dat een ander klassiek resultaat uit de literatuur, het 'single monopoly profit'-resultaat, geen stand houdt op een platformmarkt. Volgens dit resultaat een bedrijf met een monopolie voor een bepaald product wel de *mogelijkheid*, maar niet de *prikkel* om dat product te koppelen aan een ander product. In het model van Choi en Jeon heeft een platformbedrijf concurrentie van een ander platformbedrijf, en is het vanwege de concurrentie en tweezijdigheid optimaal om een zo laag mogelijke prijs te zetten aan één zijde. Omdat voor een digitaal product deze kosten vrijwel nul zijn, is de optimale prijs eigenlijk negatief. Als het bedrijf op een andere markt een monopolie heeft, dan kan het de platformdienst koppelen aan het monopolieproduct, daarmee de *'zero lower bound'* doorbreken en zo dus agressiever concurreren. Toegespast op de *Android*-zaak zou Google de zoekmachine (waarmee Google onder andere concurreert met Microsoft Bing), via contracten voor ontwikkelaars van mobiele telefoons die het besturingssysteem Android willen gebruiken, koppelen aan Google Play (waarop Google een monopolie heeft). Hiermee zou Google zijn marktmacht bij Google Play overhevelen naar zijn zoekmachine Google Search. Dergelijk strategisch gedrag hoeft in het model niet noodzakelijk schadelijk te zijn voor de consumentenwelvaart. Of deze theorie ook het gedrag van Google in de praktijk verklaart, is nog een open vraag. Een andere mogelijke verklaring is dat bundeling een kwaliteitsverhogende vorm van productintegratie is.

Naast koppelverkoop is *'self-preferencing'* een mogelijke vorm van misbruik van een dominante positie door een platform. Bij deze gedraging geeft het platform een voorkeurspositie aan de eigen producten of diensten die op het platform

concurreren met andere bedrijven. De lopende mededingingsrechtelijke onderzoeken tegen Amazon en Apple gaan (onder andere) over dit type gedrag. Amazon zou mogelijk concurrentiegevoelige informatie van bedrijven die verkopen via Amazons e-commerce-platform, gebruiken voor de ontwikkeling van eigen producten, en Apple zou in haar Appstore ongelijke voorwaarden opleggen aan ontwikkelaars van concurrerende apps. Self-preferencing is een vorm van verticale integratie, omdat een *upstream*-bedrijf (het platform) met eigen producten concurreert met een *downstream*-bedrijf. Vanuit de economische theorie is het a priori niet duidelijk of dit soort gedragingen nadelig zijn. Verticale integratie kan bijdragen aan verschillende efficiëntievoorden, zoals het voorkomen van dubbele marginalisatie, meer keuze voor de consument of het vergroten van netwerkeffecten (Jullien en Sand-Zantman, 2020). Een verbod op verticale integratie door platformen zou gunstig uitpakken voor de downstreambedrijven, maar nadelig voor consumenten (Hagiu et al., 2020).

PRIJSPARITEITSREGELS

Een derde vorm van misbruik door de platformen die we willen bespreken zijn de prijspariteitsregels (soms ook *'most favoured nation'*-clausules genoemd). Wellicht het bekendste platformbedrijf, maar zeker niet het enige, dat gebruikmaakt van een prijspariteitsregel is *Booking.com*. Als een platform zo'n regel hanteert, dan mag een bedrijf dat via het platform zijn product aanbiedt, het niet tegen een lagere prijs aanbieden op de eigen website (of soms ook elders online). Voor consumenten lijkt dat ideaal, omdat ze uit een groot aanbod kunnen kiezen en gegarandeerd de laagste prijs betalen. Een theoretisch argument vóór een prijspariteitsregel is dat dit het opportunistische gedrag van consumenten tegengaat, waardoor het platform zijn investeringen kan terugverdienen. Verschillende theoretische papers laten echter zien dat een prijspariteitsregel nadelen heeft (Edelman en Wright, 2015). Het belangrijkste nadeel is dat de regel een negatieve prijsexternaliteit creëert. Dit komt omdat bedrijven de commissie van het platform, die in de praktijk vijftien à dertig procent bedraagt, doorberekenen aan consumenten. Vanwe-

ge de prijspariteitsregel betalen consumenten die rechtstreeks bij het bedrijfskopen ten minste evenveel als consumenten die via het platform boeken – waardoor de eerste groep meebetaalt aan de commissie van het platform. Vanwege dit soort zorgen hebben verschillende mededingingsautoriteiten, waaronder in Duitsland en Frankrijk, beperkingen opgelegd aan het gebruik van prijspariteitsregels. Deze interventie lijkt te hebben geleid tot lagere prijzen (Hunold et al., 2018; Ennis et al., 2020). Onbekend is nog wat de effecten op de langere termijn zijn van een verbod op prijspariteitsregels, en wat de voor- en nadelen zijn van andere mogelijke interventies, zoals een maximale hoogte van de *fee* of een verbod op het commissiemodel.

In hun overzichtsartikel over platformen en mededinging concluderen Jullien en Sand-Zantman (2020) dat de verschillende strategieën van platformbedrijven vaak een andere reden hebben dan bij een niet-platformbedrijf, en bovendien ook een ander effect kunnen hebben op de welvaart. Dit is een uitdaging voor toezichthouders, die snel inzicht moeten kunnen krijgen in vaak innovatieve bedrijfsmodellen, maar ook voor academische economen die beleid kunnen helpen om de kennis te vergroten over de economische effecten van verschillende gedragingen door platformbedrijven.

Stel dat een dominant platform een strategie volgt die ertoe leidt dat een ander bedrijf van de markt wordt uitgesloten, is mededingingsrechtelijk ingrijpen dan wenselijk? Om deze normatieve vraag te beantwoorden, moeten we weten wat het doel is van het toezicht. Is dat het vergroten van de consumentenwelvaart, het voorkomen van concurrentievervalsingen, of nog iets anders? De Europese Commissie kiest in de praktijk voor een juridische benadering die neerkomt op het tegengaan van concurrentievervalsingen; een dominant bedrijf heeft een 'speciale verantwoordelijkheid' om de concurrentie niet te verstoren door af te wijken van de *competition on the merits*. De meeste economen (Van Damme, 2008; Vickers, 2005; Katz, 2019) geven de voorkeur aan een effectbenadering, en zien doorgaans consumentenwelvaart als de juiste doelstelling – want waarom concurrentievervalsingen tegengaan als dit de huidige en/of toekomstige consumenten geen extra welvaart oplevert?

Opvallend is, ten slotte, dat in sommige gevallen het mededingingstoezicht ingezet lijkt te worden voor doelstellingen die noch in de juridische, noch in de economische visie horen bij de taak van de concurrentiewaakhond. De Duitse Facebook-zaak gaat bijvoorbeeld over het voorkomen van een overmatig gebruik van persoonsgegevens, en de Franse zaak tegen Google gaat over intransparante voorwaarden – dit zijn eerder consumentenbeschermingszaken dan concurrentiezaken. Ook de maatschappelijke zorgen over de grote tech-bedrijven gaan vaak helemaal niet over mededinging, maar over thema's als privacy, accumulatie van politieke macht of de verspreiding van nepnieuws. Wanneer er gekeken wordt naar mededingingstoezichthouders om deze zorgen op te lossen, dan is dat een gevaarlijke ontwikkeling. Want een mededingingstoezichthouder is er voor de mededinging.

TOEKOMST VAN MEDEDINGINGSTOEZICHT

In de afgelopen jaren zijn er een tiental rapporten verschenen van toezichthouders, expertcommissies en beleidsmakers over de toekomst van het mededingingstoezicht, waaronder Furman et al., (2019), Crémer et al., (2019), en het Stigler Committee on Digital Platforms (Stigler Committee, 2019). In grote lijnen komen de auteurs met een gelijklopende probleemanalyse: het mededingingstoezicht is toe aan een modernisering om in het digitale tijdperk effectief te kunnen blijven. De huidige mededingingsregels zijn namelijk niet altijd toegerust op digitale platformen, en ex post-toezicht blijkt vaak ineffectief in een dynamische markt waar alles in hoog tempo verandert. Een belangrijk knelpunt in het bestaande toezicht zit, volgens de rapporten, in de lange looptijden van mededingingszaken; deze zijn problematisch omdat zo de marktmacht bestendig kan worden via netwerkeffecten. De meeste rapporten bevatten ook oplossingsrichtingen of beleidsaanbevelingen, en in deze paragraaf proberen we hier een rode draad in te vinden.

Eén duidelijke rode draad in de adviezen is dat er meer ex ante maatregelen moeten komen. In zijn recent gepubliceerde visie over de toekomstbestendigheid van het mededingingsinstrumentarium pleit het Nederlandse kabinet bijvoorbeeld voor een nieuwe bevoegdheid in het Europese

mededingingstoezicht die het opleggen van vroege noodmaatregelen mogelijk maakt (Ministerie van EZK, 2020b). Voorbeelden van zulke maatregelen zijn het delen van bepaalde data, het verplichten van non-discriminatie en het verbieden van self-preferencing. De noodzaak van deze ex ante maatregelen zou per geval afgewogen moeten worden. De Duitse, Franse en Poolse overheid vragen de Europese Commissie dan ook in een gezamenlijke brief om processen rondom voorlopige maatregelen te vereenvoudigen, zodat er sneller ingegrepen kan worden indien er een risico bestaat op “ernstig en onherstelbare schade aan de concurrentie” in digitale markten (BMW, 2019). In een rapport opgesteld voor de Europese Commissie stellen Crémer et al. (2019) bovendien voor om de bewijsstandaard te verschuiven door mogelijk anticompetitief gedrag niet toe te staan – *tenzij* het dominante bedrijf de concurrentiebevorderende werking van zijn gedrag kan aantonen. Wel stellen de auteurs vast dat er meer aandacht (lees: onderzoek) nodig is voor de ‘*theory of harm*’ en de vaststelling van anticompetitief gedrag, en dat consumentenwelvaart centraal moet staan in dit kader.

Tegelijkertijd is er veel behoefte aan duidelijke spelregels voor digitale markten. De Britse toezichthouder (Competition and Markets Authority, CMA) adviseert bijvoorbeeld het opstellen van een heldere en uitvoerbare gedragscode voor digitale platformen met de missie om eerlijke marktwerking, keuzevrijheid, transparantie en vertrouwen te bevorderen (CMA, 2020). Het gebruik van data krijgt hierbij extra aandacht. Vrijwel alle toezichthouders en expertcommissies pleiten voor regels over datatoegang, portabiliteit, interoperabiliteit en het gebruik van algoritmen. Hetzelfde geldt voor praktijken als koppelverkoop en self-preferencing in platformmarkten.

Twee wetenschappelijke commissies bestaande uit gerenommeerde economen, onder wie Fiona Scott Morton en Jason Furman, zijn voorstanders van het oprichten van een aparte toezichthouder voor digitale markten die zulke gedragscodes zal gaan ontwikkelen (Stigler Committee, 2019; CMA, 2020). Volgens deze twee rapporten zou zo’n toezichthouder ook andere bevoegdheden moeten krijgen, zoals het recht om datagerelateerde interventies toe te passen,

maar ook om dominante platformen waar nodig te splitsen.

Ten slotte zijn anti-competitieve overnames door dominante bedrijven, oftewel *killer acquisitions*, een groot aandachtspunt in beleidsrapporten. Volgens het rapport van Crémer et al. (2019) moet de *theory of harm* worden herzien in gevallen waarin een dominant platform een bedrijf overneemt met een lage omzet en/of klein marktaandeel – maar dat wel een groot of snelgroeiend gebruikersbestand heeft, of om een andere reden een hoog toekomstig marktpotentieel bezit. Zo moet er voorkomen worden dat toekomstige uitdagers uit de markt worden gehouden. Een concreet voor-

Bestaande mededingingsregels zijn niet toegesneden op digitale platformen

stel van het Nederlandse kabinet om daar rekening mee te houden, is door een extra concentratiedrempel op te nemen gebaseerd op de transactiewaarde van het overgenomen bedrijf (Ministerie van EZK, 2020a). De Australische mededingingstoezichthouder (Australian Competition and Consumer Commission, ACCC) stelt bovendien ook voor om rekening te houden met hoe waarschijnlijk het is dat de overname tot uitsluiting van potentiële concurrentie zal leiden (ACCC, 2019).

CONCLUSIE

We zien drie hoofdpunten. Ten eerste is het inmiddels duidelijk geworden dat het ex post toezicht op grote techbedrijven ernstige tekortkomingen heeft. Het is niet uitzonderlijk dat mededingingstrajecten meer dan een decennium in beslag nemen. De juridische onzekerheid is hierdoor groot. Bovendien is de economische relevantie van mededingingsrechtelijk ingrijpen beperkt als het veronderstelde probleem door innovatie is verdwenen.

Een tweede probleem is de grote mate van onzekerheid voor toezichthouders. Wanneer moeten ze ingrijpen, en wanneer niet? Wat hierbij niet helpt, is dat er nog weinig economische theorie is over de werking en effecten van specifieke gedragingen door platformen. De theorie die er is kan niet altijd goed toegepast worden in de praktijk. Deels komt dit doordat economen en (vaak juridisch getrainde) toezichthou-

De economisering van het toezicht is in een impasse geraakt

ders een andere taal lijken te spreken, en deels door de verschillende inzichten over wat de doelen van het toezicht zijn. Deze onzekerheid leidt zowel tot Type I-fouten waarbij de toezichthouder onterecht ingrijpt, als tot Type II-fouten waarbij de toezichthouder onterecht niet ingreep. Kortom, de economisering van het toezicht lijkt in een impasse te zijn geraakt.

Ten slotte valt het op dat mededingingstoezichthouders soms andere problemen willen oplossen dan mededingingsproblemen. Hoewel de geconstateerde problemen over bijvoorbeeld bescherming van persoonsgegevens of (politieke) beïnvloeding reëel kunnen zijn, is ingrijpen via de mededingingswet riskant omdat het de (rechts)onzekerheid voor bedrijven vergroot en een efficiënt competitief gedrag van bedrijven kan verhinderen.

Hoe nu verder? Uit onze lezing van de adviesrapporten destilleren we drie aanbevelingen. Ten eerste: verkort waar mogelijk de looptijd van het mededingingsrechtelijk

onderzoek. Dit kan via het vaststellen van gedragscodes door techbedrijven, over zaken als transparantie, ranking of self-preferencing. De Wet op de digitale diensten (*Digital Services Act*, DSA), waarover de Europese Commissie momenteel een voorstel in voorbereiding heeft, kan hierbij een rol spelen. Wanneer een bedrijf afwijkt van een gedragscode kan dat een aanleiding zijn voor snel (*ex ante*) ingrijpen. De zogeheten *New Competition Tool*, een ander voorstel waar de Europese Commissie aan werkt, maakt *ex ante* ingrijpen mogelijk en kan zo complementair zijn aan de DSA. Alternatieve routes om toezichthouders te dwingen tijdig te beginnen, zijn bijvoorbeeld het opnemen van wettelijke termijnen voor de looptijd van onderzoeken, zoals dat ook al het geval is bij het fusietoezicht, of het beschouwen van een bepaalde gedraging als legitiem indien er geen mededingingsingreep plaatsvindt binnen een wettelijk vastgestelde termijn.

Een tweede aanbeveling is om de economische onderbouwing van het mededingingstoezicht te versterken. Ook bij vroegtijdig *ex ante* ingrijpen zijn goede economische analyses noodzakelijk, want ook daar zijn er Type I- en Type II-fouten mogelijk. Dit kunnen toezichthouders doen door het opstellen van richtsnoeren voor bedrijven op tweezijdige markten of van een visie over machtsmisbruik door platformen. Voor academische economen betekent dit ook huiswerk – zoals: wat zijn theoretisch en empirisch de effecten van de verschillende gedragingen van platformbedrijven?

Ten derde zal er, voor zaken die buiten de mededingingsfeer liggen, gezocht moeten worden naar andere oplossingen. Onderwerpen waarvoor nieuwe ordeningsprincipes kansrijk lijken zijn bijvoorbeeld de regulering van datatoegang of datadelen, politieke advertenties en nepnieuws, of de bescherming van de rechten van de (kleine) zakelijke gebruikers van platformen.

LITERATUUR

- Aghion, P. en P. Bolton (1987) Contracts as a barrier to entry. *The American Economic Review*, 77(3), 388–401.
- Amelio, A. en B. Jullien (2012) Tying and freebies in two-sided markets. *International Journal of Industrial Organization*, 30(5), 436–446.
- ACCC (2019) *Digital platform inquiry*. Australian Competition & Consumer Commission, Final Report, 26 juli. Te vinden op www.accc.gov.au.
- BMW (2019) *Modernising EU competition policy*. Bundesministerium für Wirtschaft und Energie. Tekst te vinden op www.bmw.de.
- Choi, J.P. (2010) Tying in two-sided markets with multi-homing. *The Journal of Industrial Economics*, 58(3), 607–626.
- CMA (2020) *Online platforms and digital advertising*. Competition & Markets Authority, Market study final report, 1 juli. Te vinden op assets.publishing.service.gov.uk.
- Crémer, J., Y.-A. de Montjoye en H. Schweitzer (2019) *Competition policy for the digital era*. European Commission, Final Report. Te vinden op ec.europa.eu.
- Damme, E.E.C. van (2008) Twenty-four and there is so much more. In: P. Kalbfleisch, J. van Sinderen, A. van den Ende et al. (red.), *Trust en antitrust: beschouwingen over 10 jaar Mededingingswet en 10 jaar NMa*. Den Haag: Autoriteit Consument & Markt, p. 179–192.
- Edelman, B. en J. Wright (2015) Price coherence and excessive intermediation. *The Quarterly Journal of Economics*, 130(3), 1283–1328.
- Ennis, S.F., M. Ivaldi en V. Lagos (2020) *Price parity clauses for hotel room booking: empirical evidence from regulatory change*. CEPR Discussion Paper, DP14771.
- Furman, J., D. Coyle, A. Fletcher et al. (2019) *Unlocking digital competition: report of the Digital Competition Expert Panel*, maart. Rapport te vinden op assets.publishing.service.gov.uk.
- Hagiu, A., T.-H. Teh en J. Wright (2020) *Should Amazon be allowed to sell on its own marketplace?* Te vinden op papers.ssrn.com.
- Hoffmann-La Roche (1979) *Arrest van het hof van 13 februari 1979 – Hoffmann-La Roche, zaak 85/76*. Te vinden op eur-lex.europa.eu.
- Hunold, M., R. Kesler, U. Laitenberger en F. Schlütter (2018) Evaluation of best price clauses in online hotel bookings. *International Journal of Industrial Organization*, 61, 542–571.
- Jeon, D.-S. en J.P. Choi (2020) A leverage theory of tying in two-sided markets with non-negative price constraints. *American Economic Journal: Microeconomics*, te verschijnen. Preview te vinden op www.aeaweb.org.
- Jullien, B. en W. Sand-Zantman (2020) The economics of platforms: a theory guide for competition policy. *Information Economics and Policy*, 17 augustus, 100880.
- Katz, M.L. (2019) Platform economics and antitrust enforcement: a little knowledge is a dangerous thing. *Journal of Economics & Management Strategy*, 28(1), 138–152.
- Milgrom, P. en J. Roberts (1982) Limit pricing and entry under incomplete information: an equilibrium analysis. *Econometrica*, 50(2), 443–459.
- Ministerie van EZK (2020a) *Considerations of France and the Netherlands regarding intervention on platforms with a gatekeeper position*. EZK, Non-paper, 15 oktober. Te vinden op www.rijksoverheid.nl.
- Ministerie van EZK (2020b) *Voortgang modernisering van het mededingingsinstrumentarium in relatie tot digitalisering en online platforms*. Kamerbrief, 20 april.
- Nadler, J. en D. Cicilline (2020) *Investigation of competition in digital markets*. Majority Staff Report and Recommendations, 4 oktober. Te vinden op judiciary.house.gov.
- Rochet, J.-C. en J. Tirole (2006) Two-sided markets: a progress report. *The RAND Journal of Economics*, 37(3), 645–667.
- Stigler Committee (2019) *Stigler Committee on Digital Platforms: final report*. Stigler Center for the Study of the Economy and the State. Te vinden op www.chicagobooth.edu.
- Vickers, J. (2005) Abuse of market power. *The Economic Journal*, 115(504), F244–F261.
- Weyl, E.G. (2010) A price theory of multi-sided platforms. *The American Economic Review*, 100(4), 1642–1672.
- Whinston, M.D. (1990) Tying, foreclosure and exclusion. *The American Economic Review*, 80(4), 837–859.
- Wright, J. (2004) One-sided logic in two-sided markets. *Review of Network Economics*, 3(1), 44–64.