

Mededingingsbeleid

Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde

Preadviezen 2020



Mededingingsbeleid

Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde

Preadviezen 2020



ISBN/EAN: 978-90-826379-5-3

NUR 160

De Preadviezen 2020 van de Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde wordt uitgegeven door ESB.

© 2020 De auteurs, p/a Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde, Postbus 98, 1000 AB Amsterdam.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16 h Auteurswet, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Redactie: Marco Haan en Maarten Pieter Schinkel

Procesbegeleiding: Jasper Lukkezen

Omslag en typografie: Jacques van Schie

Tekstcorrectie: De Twee Hanen v.o.f.

Druk: Ten Brink, Meppel

Beeldmateriaal: iStock

Voorwoord

Inleidende lessen micro-economie over markten en prijzen beginnen bijna altijd met het uitleggen hoe een perfect competitieve markt werkt. Alle vragers en aanbieders op zo'n markt nemen de prijs als een gegeven. Het ontbreekt ze simpelweg aan de macht om af te wijken van de heersende marktprijs, daarmee zouden ze zichzelf uit de markt prijzen. Evenwicht is er bij de prijs die de markt ruimt.

Maar de tijden zijn aan het veranderen. Sommige economen beschouwen imperfecte competitie als dermate gangbaar in hedendaagse economieën, dat ze weigeren om nog langer het model van perfecte competitie als uitgangspunt te nemen. In plaats daarvan starten ze met het beschrijven en analyseren van een markt waarin bedrijven een zekere marktmacht hebben, en dus de prijzen deels naar hun hand kunnen zetten. Waarna ze enkele lessen later laten zien dat perfecte competitie slechts een bijzonder geval is van dit model, in plaats van een natuurlijk referentiepunt.

Empirisch onderzoek in de afgelopen jaren geeft dan ook duidelijk aanleiding tot zorg over de stijgende marktmacht van bedrijven, met nadelige uitkomsten voor zowel

consumenten als de economie als geheel – zie bijvoorbeeld De Loecker et al. (2020).

Een uitstekend moment daarom voor deze *KVS Preadviezen 2020* over mededingingsbeleid. Hoe moet het beleid reageren op de toegenomen marktmacht van bedrijven? En welke nieuwe inzichten biedt de economische wetenschap aan beleidsmakers om een effectiever mededingingsbeleid te kunnen voeren?

We zijn zeer blij dat twee van de meest vooraanstaande Nederlandse economen op dit gebied bereid bleken om de redactie te voeren van deze *Preadviezen*: Marco Haan en Maarten Pieter Schinkel.

Een uitermate interessante en beleidsrelevante bundel is nu het resultaat. We wensen u veel leesplezier en hopen dat deze publicatie nuttig zal blijken bij het nadenken over en vormgeven van mededingingsbeleid.

LITERATUUR

De Loecker, J., J. Eeckhout en G. Unger (2020) The rise of market power and the macroeconomic implications. *The Quarterly Journal of Economics*, 135(2), 561–644.



ROBERT DUR

Voorzitter KVS

Inhoud

Inleiding: concurrentiegetijden in de Polder MARCO HAAN EN MAARTEN PIETER SCHINKEL	8
Prijsalgoritmes, machine learning en mededinging TIMO KLEIN, ROB VAN DER NOLL EN JAN SVITÁK	14
Toezicht op machtsmisbruik door platformbedrijven moet sneller en beter YANNIS KERKEMEZOS EN BASTIAAN OVERVEST	22
Modern prijzen MAX HESSELING, MAX KUIPERS EN GUNNAR NIELS	32
Fintech is vriend én vijand van de banken WILKO BOLT EN MICHIEL VAN LEUVENSTEIJN	40
Marktwerking en mededingingsbeleid in de zorg MARCO VARKEVISSER EN WOUTER VAN DER SCHORS	52
Elf adviezen voor het gebruik van empirische methoden voor mededingingsbeleid JORIS PINKSE, JURRE THIEL EN LEONARD TREUREN	62

Experimenten voor mededingingsbeleid	74
ANNEMIEKE TUINSTRA, SANDER ONDERSTAL EN JAN POTTERS	
Naar een moderner fusietoezicht	84
MAARTEN JANSSEN	
‘Killer acquisitions’ en innovatie	92
JO SELDESLACHTS, JAN MALEK EN MELISSA NEWHAM	
Beter geen mededingingsbeperkingen voor duurzaamheid	100
MAARTEN PIETER SCHINKEL EN LEONARD TREUREN	
Concurrentie, publieke belangen en de politiek	112
ERIC VAN DAMME	
Inzichten voor bruikbare economie	126
THEON VAN DIJK	

Concurrentiegetijden in de Polder



MARCO HAAN
Hoogleraar Industriële organisatie,
Rijksuniversiteit Groningen



MAARTEN PIETER SCHINKEL
Hoogleraar Mededingingseconomie en regulering,
Universiteit van Amsterdam

IN HET KORT

- ▶ Mededingingsbeleid is *hip & happening*, in wetenschap en praktijk.
- ▶ Het Nederlandse mededingingsbeleid liep lang achter, maar zit nu in het peloton.
- ▶ De preadviseurs duiden fascinerende ontwikkelingen in onderzoek en beleid.

Mededingingsbeleid is relevanter dan ooit. In zowel de Verenigde Staten als Europa ligt *bigtech* onder vuur uit angst dat bedrijven als Google, Amazon en Apple te veel macht krijgen. Grote internationale kartels worden opgerold, van bier tot de handel in rentederivaten. Fusieplannen tussen multinationals als Siemens en Alstom en Facebook/Whatsapp blijken streng gecontroleerd te moeten worden. Want er zijn steeds meer zorgen dat de marktmacht van globaal opererende ondernemingen alsmaar toeneemt. Winstmarges lijken de laatste decennia fors gestegen, ten koste van de niet-grootaandeelhouder (De Loecker et al., 2020). Er is dan ook een roep om effectiever concurrentietoezicht (Khan, 2017; Posner en Weyl, 2018; Philippon, 2019). Het luidst klinkt die van de *New Brandeisians*, ook wel *antitrust-hipsters* genoemd, die de doelstellingen en instrumenten van het mededingingsbeleid fors willen uitbreiden om inventiever tegen marktmacht op te kunnen treden. En zij wakkeren weer een Chicago-tegenwind aan.

Tegelijkertijd lijkt het marktdenken aan populariteit te verliezen, en zijn er toenemende zorgen dat belangrijke maatschappelijke waarden als werkgelegenheid en milieu juist tussen concurrerende bedrijven klem komen te zitten. Begin vorig jaar riep het Europees Parlement op om de mededingingsregels te herzien om ruimte te bieden voor duurzaamheid en de transitie naar een klimaatneutrale economie (CPI, 2019). Toen de Europese Commissie de Siemens/Alstomfusie blokkeerde, bepleitten de *Friends of Industry* (2018) vurig het toestaan van grote fusies leidend tot 'Europese kampioenen'. Alleen die zouden de internationale concurrentie met de stevig door de staat gesteunde Chinese producenten aan kunnen. Het leidde tot luid protest van vrijwel alle vooraanstaande Europese mededingingseconomen (Tirole en Rey, 2019; Motta, 2019). Toch lanceerden Duitsland en Frankrijk verregaande plannen voor dergelijke fusies (Moens en Tamma, 2020). Ook in de acute strijd tegen COVID-19 werd de oplossing voor een schaarste aan beschermingsmiddelen overal gezocht in coöperatie, in plaats van in concurrentie (Schinkel en d'Ailly, 2020).

KOERSVAST MET MEDEDINGINGSECONOMIE

Het valt voor mededingingsautoriteiten niet mee om op deze ruwe zee koersvast te blijven. Gelukkig biedt de economische wetenschap daarvoor kompas en roer, met respectievelijk het maatschappelijke-welvaartsconcept en haar leerstellingen over marktwerking en -falen. En ook het mededingingsrecht staat flexibele inzet toe. De artikelen zijn inmiddels antiek, maar kort en soepel. De Amerikaanse *Sher-*

man Antitrust Act bestaat uit twee handgeschreven velletjes uit 1890. De relevante passages uit het Europees Verdrag uit 1957 zijn zelfs nog handzamer en vormen het kader van de mededingingswetten in de lidstaten, inclusief de late Nederlandse Mededingingswet uit 1997. Die bondigheid van de wet geeft het beleid zijn kracht. Verboden zijn kartelvorming en het misbruiken van economische machtsposities, maar wat dat precies zijn, daarover ontwikkelt zich een alsmaar uitdijende jurisprudentie. Op het scherpst van de snede wordt daarin vooral ook gediscussieerd over economische analyses. Zo wordt uiteindelijk beslecht welke ondernemingsgedragingen inderdaad de mededinging beperken, en waar er gewoon sprake is van gezonde concurrentie.

Die beleidsflexibiliteit past dan ook goed bij de aard van het competitieve proces, waarin entrepreneurs voortdurend nieuwe marktomstandigheden en bedrijfsstrategieën creëren, waarover de toezichthouder zich steeds weer een mening moet vormen. Concurrentie haalt het beste naar boven in bedrijven: gewilde producten, dienstverleningskwaliteit, efficiënte productie, lage prijzen, optimale allocatie. Maar concurrentie maakt ook creatief bij het vinden van manieren om uit de competitieve arena te ontsnappen door marktmacht te creëren. H.W. de Jong – hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam en de nestor van de studie van de concurrentieverhoudingen in Nederland, primair vanuit de bedrijfseconomie en externe organisatie – schreef in 1990, dus al vóór de tijd van het Nederlandse mededingingsbeleid:

“The general rule is that firms strive for their own maximum benefit, and, in this process, try to escape the competitive pressures exerted on them if these hurt them.” (De Jong, 1990a)

Die drijfveer kan de consument dienen, zoals in het geval van productdifferentiatie, maar het kan ook kwaadaardig zijn, bijvoorbeeld in het geval van *killer acquisitions* (zie het preadvies van Seldeslachts et al.). Het gedrag dat daaruit voortkomt, leidt tot nieuwe economie, die via de academische tijdschriften uiteindelijk in de mainstream geaccepteerd wordt, en soms zelfs al eerder doorsijpelt naar de beleidspraktijk. Dat gold in het verleden bijvoorbeeld voor het belang van toetredingsbarrières (Bork, 1978), de *Microsoft*-zaak over de ontwikkelde productbundelingstheorie (Fisher,

2000; Haan, 2003), en de theorie van tweezijdige markten die voortkwam uit mededingingsprocedures tegen VISA en Mastercard (Rochet en Tirole, 2003). Dat alles is inmiddels leerboekeconomie en speelt een belangrijke rol in beleidsdiscussies. Mededingingsbeleid is *hip & happening* in wetenschap en praktijk.

CONCURRENTIE IN NEDERLAND

Deze *Preadviezen* bundelen een aantal onderwerpen die op dit moment aan het front van de discussies in het mededingingsbeleid liggen, of zelfs net een beetje voor de troepen uit lopen. Ze geven een beeld van recent onderzoek, geïnspireerd op actuele zaken, en daarmee van het mededingingsbeleid van de nabije toekomst. Het doel is om een inkijkje te bieden in wat er op dit moment aan fascinerende en snelle ontwikkelingen op dit terrein plaatsvindt. Met trots presenteren wij dan ook onze preadviseurs: het zijn allemaal economen, uit de wetenschap, het beleid en de adviespraktijk – in dit vakgebied nauw met elkaar verweven – en uit het Nederlandse taalgebied. De analytische benadering die in de internationale academische literatuur gangbaar is, is de taal die inmiddels ook door Nederlanders in dit vakgebied wordt gebezigd.

Dat de Lage Landen nu zo veel vooraanstaande mededingingseconomen hebben, reflecteert een cultuuromslag. Van oorsprong heeft ons land geen sterke traditie op het gebied van mededingingsbeleid. Onder Nederlandse economen was de studie van industriële organisatie (IO) – de vormen en gevolgen van concurrentie – lange tijd bepaald niet populair. Er was slechts een kleine verbale traditie in ‘externe organisatie’. Nog aan het begin van de jaren negentig werd aan het merendeel van onze economische faculteiten niet of nauwelijks aandacht besteed aan de formeel-analytische literatuur over ‘Industrial Organization’, dat in Amerika allang booming was.

Ook in het beleid is mededinging lang een ondergeschoven kindje geweest. Misschien dat Nederlanders niet zo houden van concurrentie (zie bijvoorbeeld het preadvies van Van Damme). Er wordt ook wel beweerd dat onze eeuwigdurende strijd met de zee ons heeft gevormd tot samenwerkers, eenvoudig om de polder droog te kunnen houden (Prak en

Van Zanden, 2013). Mogelijk ook dat onze handelshistorie ons bedrijven heeft gegeven die relatief groot en machtig zijn en een daardoor sterke invloed op het overheidsbeleid hebben. Hoe dan ook, nog tot diep in de jaren tachtig gold Nederland als een 'kartelparadijs', waar samenwerking tussen bedrijven eerder als een deugd werd gezien dan als een economisch vergrijp (De Jong, 1990b). Het Ministerie van Economische Zaken was nadrukkelijk patroon van de zittende bedrijven, niet een bewaker van een gezonde concurrentie voor iedereen.

Met H.W. de Jong waren P.J. Uitermark en J.A.H. Maks vroege pleitbezorgers voor een solide Nederlands mededingingsbeleid. Hans Maks was onze promotor aan de Universiteit Maastricht. Hij wekte onze belangstelling voor de relatie tussen economie en mededingingsbeleid met het in Maastricht destijds beroemde studieboek 'Mamuth' – nu een collector's item – waaruit hij doceerde, en wij daarom met hem. Het met Pieter Uitermark, hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam, geschreven hoofdstuk over de mededingingsregels betrof "beleid dat onder economen in ons land slechts beperkte bekendheid geniet". Hans koppelde de algemeen-evenwichtstheorie prachtig aan een neo-Oostenrijkse verbale dynamiek, en het SGP-paradigma aan de formeel-analytische IO in Scherer (1979). Wij bestudeerden strategische mededingingsbeperkende gedragingen in Tirole (1989). Van de Nederlandse IO/CP-gemeenschap die in deze bundel vertegenwoordigd zijn, heeft Hans behalve ons ook Theon van Dijk beïnvloed.

Eric van Damme, aan Tilburg University, was één van de eerste eminente Nederlandse wetenschappers die belangrijke bijdrages heeft geleverd aan zowel de internationale academische literatuur, over speltheorie, als aan het Nederlandse mededingingsbeleidsdebat. Ook Sweder van Wijnbergen, aan de Universiteit van Amsterdam, en Maarten Janssen, aan de Erasmus Universiteit, maakten die combinatie.

DE NEDERLANDSE MEDEDINGINGSWET

Uiteindelijk werd de Nederlandse Mededingingswet dus pas in 1997 ingevoerd, onder de toenmalig D66-minister Hans Wijers, toen Nederland daar echt niet meer onderuit

kon, aangezien het tot dan toe gevoerde beleid op gespannen voet stond met de EU-regels. Zo moest de bewijslast in de behandeling van kartels worden omgedraaid. Wijers ging, mede aangespoord door Sweder van Wijnbergen, die zijn secretaris-generaal was, ook pal staan voor de nieuwe wet toen een grootschalig elektriciteitsbedrijf werd voorgesteld. De wet leidde tot de uitvoerende autoriteit, de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), die in 2013 opging in de Autoriteit Consument & Markt (ACM). Na wat initiële aarzeling over de aanpak van de Bouwfraude, die vrijwel meteen bij de piepjonge autoriteit op de mat viel, ging de NMa voortvarend aan de slag en bouwde in haar eerste decennium een dijk van een reputatie op. En Neelie Kroes, afkomstig uit het kartelvriendelijke Nederland, mocht van 2004 tot 2009 als 'Steely Neelie' de scepter zwaaien over het Directoraat-generaal Concurrentie, de Europese concurrentiewaakhond. Onder haar bewind werd er voor negen miljard aan boetes uitgedeeld, waaronder een boete van 497 miljoen aan Microsoft – destijds de hoogste ooit. Ze bracht nut en noodzaak van het mededingingsbeleid onder de aandacht van het grote publiek in Nederland.

Het onderwijs en onderzoek op het gebied van de IO kreeg door dit alles een stimulans. Diverse faculteiten zetten masterprogramma's op in Markets & Regulation. Er werden ook bruggen geslagen tussen wetenschap en beleid. Bijvoorbeeld door ENCORE, een door Jules Theeuwes en Jeroen Hinloopen aan de Universiteit van Amsterdam in 2002 gestart platform dat gericht was op educatie van de verschillende beleidslagen. Nederland maakte zo een flinke inhaalslag. De ACM kreeg een *chief economist team*. Jarig van Sinderen was de kwartiermaker. Inmiddels zit ook Nederland in het Nash-evenwicht van gecombineerd top-mededingingsrecht en -economie. Theon van Dijk en Gunnar Niels hielpen de Amerikaanse consultants om hun gespecialiseerde *competition practices* in Europa op te zetten: in Brussel, Londen en Berlijn. In Nederland gaven onder andere Barbara Baarsma, Matthijs Visser en Paul de Bijl mededingingsbeleidsadviezen. De disciplines versterken elkaar zo in mededingingszaken – en geen kant van een dispuut kan zonder een van de twee nog iets beginnen.

Toch staan overheid en politiek in ons land nog vaak argwanend tegenover concurrentieprocessen, en neigt men snel naar coöperatie, zelfregulering en machtsvorming. De houding is ambigu. Soms lijkt er sprake te zijn van een terugtrekkende beweging. Vorig jaar nog stond CDA-staatssecretaris Mona Keijzer de fusie toe die leidde tot de monopolie PostNL-Sandd – tegen het uitdrukkelijke advies van de ACM in (Schinkel et al., 2019). Nederland was ook een van de grote, eerder genoemde, Friends of Industry. In reactie op de doortastendheid van de NMa trok het ministerie de ACM dichter naar zich toe. Ook wil Nederland trots het voortouw nemen bij het toestaan van duurzaamheidsinitiatieven die de mededinging beperken, maar die ook wel eens een weg terug naar het kartelparadijs zouden kunnen zijn (Schinkel, 2016).

Maar soms zet Nederland juist ook weer een competitieve toon. Zo lopen we ook mee voorop in de strijd tegen bigtech (Haan en Overvest, 2018). Vorig jaar al begon de ACM onder Martijn Snoep een onderzoek naar het machtsmisbruik van Apple in zijn App Store (ACM, 2019). En het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat nam met Frankrijk het voortouw om in Europees verband de macht van grote technologiebedrijven te kunnen beteugelen (Keijzer, 2019). En met het nieuwe *Netherlands Commercial Court* concurreren we om private kartelschadezaken (Schreiber, 2020). D66 pleit er in haar verkiezingsprogramma voor om van de “mededingingsautoriteiten moderne waakhonden [te maken] in plaats van papieren tijgers”, terwijl de VVD de boetes voor marktmisbruik en kartelvorming wil verhogen. Op weg naar Nederland: het *concurrentieparadijs* van Europa?

DE PREADVIEZEN

De publicatie *Preadviezen 2020* van de Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde vormt de weerslag van de hierboven geschetste ontwikkelingen, en biedt een agenda voor het mededingingsbeleid in het komende decennium en daarna. De bundel behandelt een groot aantal onderwerpen die op dit moment fel bediscussieerd worden, en naar verwachting vorm zullen gaan geven aan het mededingingsbeleid van de toekomst.

Neem de opkomst van *big data* en kunstmatige intelligentie. Als twee bedrijven hun prijs laten bepalen door hetzelfde algoritme, is er dan sprake van een samenspanning die door een mededingingsautoriteit bestraft kan worden? Een relevante vraag, want recent empirisch onderzoek laat zien dat zulke algoritmes in Duitsland hebben geleid tot hogere benzineprijzen (Assad et al., 2020). Het preadvies van Klein, Van der Noll en Sviták bespreekt de laatste stand van hetgeen we weten over de rol van prijsalgoritmes en *machine learning* op mededingingsbeleid.

Gaat Nederland van kartel- naar concurrentieparadijs?

Dan over de bigtech-platformen als Google, Amazon en Booking.com. Deze produceren geen goederen, maar bieden virtuele marktplaatsen alwaar consumenten en producenten elkaar kunnen vinden. Hoe moeten mededingingsautoriteiten daarmee omgaan? Wanneer is het gedrag van dergelijke platformen maatschappelijk gewenst, en wanneer is er sprake van misbruik van marktmacht? De bijdrage van Kerkemeros en Overvest gaat in op deze en veel meer gerelateerde vragen.

Mededingingsautoriteiten worden geacht om in te grijpen indien prijzen oneerlijk zijn. Maar het wordt steeds lastiger om te bepalen wat ‘de prijs’ is die een bedrijf hanteert. Met name online ontstaan er steeds meer en steeds gecompliceerdere prijsmodellen, die bijvoorbeeld de prijsdiscriminatie steeds verfijnder maken. Hesseling, Kuipers en Niels bespreken de implicaties.

Bij concurrentie in specifieke sectoren, zoals tussen banken, spelen belangen die met mededinging op gespannen voet kunnen staan, zoals de stabiliteit van het financiële systeem. Maar is die klassieke tegenstelling er nog wel bij de razendsnelle *fintechs*? Bolt en Van Leuvensteijn gaan hierop in. Binnen de zorgsector kan men wellicht niet gewoon toe

met het reguliere mededingingskader. Zou daarbij de volksgezondheid in gevaar komen? Zijn er specifieke regels nodig? Varkevisser en Van der Schors nemen het onder de loep.

Er zijn de laatste decennia in de academische literatuur veel ontwikkelingen geweest bij de analyse van markten met beperkte concurrentie, zowel op het gebied van empirie, experimenten als theorie. Het preadvies van Pinkse, Thiel en Treuren bespreekt de ontwikkelingen op het gebied van geavanceerde empirische methoden voor het mededingingsbeleid, terwijl Tuinstra, Onderstal en Potters ingaan op de kansen voor economische experimenten.

Het preadvies van Maarten Janssen laat zien hoe recente theoretische ontwikkelingen op het gebied van zoekkosten, overstapkosten en biedmarkten het fusietoezicht zouden kunnen beïnvloeden, en levert daarmee een bijdrage aan de discussie over de herziening van de fusierichtsnoeren, zowel horizontaal als verticaal.

Prominent in het debat over marktmachtvergroting wereldwijd is de vraag of zogenaamde *killer acquisitions* nu juist een prikkel en financiering geven aan goede nieuwe ideeën, of een eliminatiestrategie zijn die de maatschappij berooft van dynamische efficiënties. Seldeslachts, Malek en Newham gaan in op het innovatie-effect van overnames, met name in de farmaceutische industrie.

De twee laatste preadviezen behelzen het krachtenveld waarin mededingingsautoriteiten moeten opereren, omdat meer maatschappelijke belangen dan alleen de bescherming van concurrentieprocessen ten bate van de economische efficiëntie het beleid beïnvloeden. Schinkel en Treuren gaan in op de vraag of het gewenst is dat mededingingsbeleid ook milieudoelstellingen nastreeft. Eric van Damme traceert de druk van politiek en lobbyisten, en bespreekt de rol van mededingingsbeleid bij het borgen van publieke belangen.

Met overzicht reflecteert Theon van Dijk – als chief economist van de ACM in de praktijk nu de meest vooraanstaande mededingingseconoom van ons land – op de preadviezen voor het Nederlandse mededingingsbeleid. Hoe kijkt hij er tegenaan? Welke rol ziet de ACM voor recente academische inzichten in de beleidspraktijk? Hoe gaan we, zoals hij het noemt, “van goede economie naar bruikbare economie”?

TOT SLOT

In 2014 kreeg onze jeugdheld Jean Tirole de Nobelprijs Economie, voor zijn ‘analyse van marktmacht en regulering’. Het comité schreef:

“Before Tirole, researchers and policymakers sought general principles for all industries. They advocated simple policy rules (...). Tirole showed theoretically that such rules may work well in certain conditions, but do more harm than good in others. (...) The best regulation or competition policy should therefore be carefully adapted to every industry’s specific conditions.” (Riksbank, 2014)

Dit is ook het beeld dat na lezing van de preadviezen blijft hangen. Eenvoudige regels die algemeen toepasbaar zijn bestaan niet. Marktinterventie is maatwerk. Het afbakenen van de relevante markt is vaak geen relevante exercitie (zie het preadvies van Pinkse, Thiel en Treuren). Roofprijzen onder de marginale kosten hoeven geen mededingingsprobleem te zijn als het een platform betreft (zie het preadvies van Hesselink, Kuipers en Niels). Fusies zonder synergieën: ze zijn bijna altijd slecht voor consumenten, maar misschien niet op markten waar zoekkosten belangrijk zijn (zie het preadvies van Janssen). Deze en nog vele andere lessen leren de preadviezen.

Daarbij is koersvastheid en visie op de grote maatschappelijke waarde én beperkingen van mededingingsprocessen van groot belang, getuige ook Jean Tiroles meer toegankelijke boek *Economics for the common good* (2017). Ook in de komende jaren zal mededingingsbeleid bij uitstek het gebied zijn waar nieuwe academische inzichten direct relevantie hebben voor het beleid, en waar beleidsissues direct kunnen leiden tot nieuwe academische inzichten. Alle preadviseurs plaatsen hun onderwerp in de laatste wetenschappelijke literatuur. De preadviezen brengen ons up-to-date en bieden voldoende stof tot nadenken, debatteren, en indien nodig ook handelen. Verder nodigen ze ook uit tot nader onderzoek door zowel beleidsmakers als academisch economen.

Wij wensen u veel leesplezier!

LITERATUUR

- ACM (2019) *ACM start onderzoek misbruik machtspositie Apple in App Store*. Autoriteit Consument & Markt, Nieuwsbericht, 11 april.
- Assad, S., R. Clark, D. Ershov en L. Xu (2020) *Algorithmic pricing and competition: empirical evidence from the German retail gasoline market*. CESifo Working Paper, 8521.
- Bork, R.H. (1978) *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. New York: Basic Books.
- CPI (2019) EU: MEPs demands fundamental overhaul of competition policy. *Competition Policy International*, 4 februari.
- De Loecker, J., J. Eekhout en G. Unger (2020) The rise of market power and the macroeconomic implications. *The Quarterly Journal of Economics*, 135(2), 561–644.
- Fisher, F.M. (2000) The IBM and Microsoft cases: what's the difference? *The American Economic Review*, 90(2), 180–183.
- Friends of Industry (2018) *6th Ministerial Conference – Friends of Industry: joint statement*. Persbericht te vinden op www.gouvernement.fr.
- Haan, M.A. (2003) Vaporware as a means of entry deterrence. *The Journal of Industrial Economics*, 51(3), 345–358.
- Haan, M.A. en B. Overvest (2018) Dominantie platformen vraagt om alerte toezichhouders. *ESB*, 103(4768S), 89–93.
- Jong, H.W. de (1990a) Competition policy in Europe: stimulus, nuisance, or drawback. In: J. Muysken (red.), K. Groenveld en J.A.H. Maks, *Economic policy and the market process: Austrian and mainstream economics*. Amsterdam: North-Holland, p. 111–126.
- Jong, H.W. de (1990b) Nederland: het kartelparadijs van Europa? *ESB*, 75(3749), 244–248.
- Keijzer, M.C.G. (2019) *Toekomstbestendigheid van het mededingingsinstrumentarium in relatie tot online platformen*. Kamerbrief 27879(71), 17 mei.
- Khan, L.M. (2017) Amazon's antitrust paradox. *Yale Law Journal*, 126, 710–805.
- Mamuth, H.A. (1990) *Markteconomie: analyse en evaluatie*. Utrecht (in eigen beheer uitgegeven).
- Moens, B. en P. Tamma (2020) *Macron and Merkel defy Brussels with push for industrial champions: Paris and Berlin double down on demands that the EU change its competition rules*. Artikel op www.politico.eu, 18 mei.
- Motta, M. (2019) *Open letter by European industrial economists: more, not less, competition is needed in Europe*. LinkedIn, 9 februari.
- Philippon, T. (2019) *The great reversal: how America gave up on free markets*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Posner, E.A. en E.G. Weyl (2018) *Radical markets: uprooting capitalism and democracy for a just society*. Princeton: Princeton University Press.
- Prak, M. en J.L. van Zanden (2013) *Nederland en het poldermodel*. Amsterdam: Bert Bakker.
- Riksbank (2014) *The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2014*. Persbericht. Te vinden op www.nobelprize.org.
- Rochet, J.-C. en J. Tirole (2003) Platform competition in two-sided markets. *Journal of the European Economic Association*, 1(4), 990–1029.
- Scherer, F.M. (1979) *Industrial market structure and economic performance*, 2e editie. Boston: Houghton Mifflin.
- Schinkel, M.P. (2016) Cartel paradise regained. *ESB*, 101(4736), 402–404.
- Schinkel, M.P. en A. d'Ailly (2020) *Corona crisis cartels: sense and sensibility*. Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper, 2020-03.
- Schinkel, M.P., S. Onderstal, B. Tieben en C. Behrens (2019) *ACM toont de kleren van Mona Keijzer in postfusie*. *ESB Blog*, 2 oktober.
- Schreiber, T. (2020) *What makes a jurisdiction attractive for follow-on damage actions? The case of the Netherlands*. Cartel Damage Claims, Blog, 27 februari.
- Tirole, J.M. (1989) *The theory of industrial organization*. Cambridge, MA: The MIT Press.
- Tirole, J.M. (2017) *Economics for the common good*. Princeton: Princeton University Press.
- Tirole, J.M. en P. Rey (2019) *Keep politics out of Europe's competition decisions*. Toulouse School of Economics, Blog, 4 maart.



Prijsalgoritmes, machine learning en mededinging

Prijzen worden steeds meer bepaald met algoritmes. Dit heeft veel voordelen voor zowel bedrijven als consumenten, zoals lagere kosten en een efficiëntere marktwerking. Er kleven aan deze opkomst van digitale prijsvorming echter ook mededingingsrisico's.

IN HET KORT

- ▶ Prijsalgoritmes kunnen leiden tot uitbuiting van marktmacht of illegale kartelvorming.
- ▶ Ook zonder instructies kunnen zelflerende prijsalgoritmes stilzwijgend samenzweren.
- ▶ *Machine learning* en kunstmatige intelligentie bieden ook mogelijkheden voor toezicht.

In hun boek *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy* uit 2016 doen rechtsgeleerden Ariel Ezrachi en Maurice Stucke een sombere voorspelling: algoritmes en *machine learning* zullen het einde betekenen van fatsoenlijke mededinging. Toezichthouders zullen machteloos komen te staan tegenover een steeds stabielere digitale kartelvorming, mogelijk gemaakt door automatische prijsaanpassingen of zelfs vormgegeven door zelflerende algoritmes.

Deze voorspelling heeft bijgedragen aan een grootschalig debat over de rol van algoritmes in markten, dat op zijn beurt weer geleid heeft tot meerdere studies over het onder-

werp (OESO, 2017; CMA, 2018; Autoridade da Concorrência, 2019; Autorité de la concurrence en Bundeskartellamt, 2019). Ook de Europese Commissie zit niet stil. Zo heeft de Commissie in juni 2020 aangekondigd een nieuw mededingingsinstrument te willen ontwikkelen om gehele markten te kunnen onderzoeken op mededingingsproblemen (Europese Commissie, 2020). Hierbij wordt er expliciet verwezen naar “het risico van stilzwijgende collusie, waaronder markten met verhoogde transparantie als gevolg van algoritmisch gestuurde technologische oplossingen, die in alle sectoren steeds meer voorkomen.”

In deze bijdrage richten wij ons op de mededingingsrisico's die kleven aan de opkomst van prijsvorming op basis van algoritmes en machine learning. Maar wat zijn algoritmes en machine learning eigenlijk? Simpel gezegd zijn algoritmes niets anders dan geautomatiseerde digitale handelingen. Deze kunnen heel eenvoudig zijn (bijvoorbeeld een prijsalgoritme dat automatisch de prijs van een concurrent volgt), maar ook heel ingewikkeld (bijvoorbeeld een prijsalgoritme dat dynamisch inschat wat een goede prijs is op basis van historische en huidige data). Machine learning is de tak van kunstmatige intelligentie en informatica die zich richt op

TIMO KLEIN

Consultant bij Oxera Consulting LLP en Universitair docent aan de Universiteit Utrecht

ROB

VAN DER NOLL

Econoom bij de Autoriteit Consument & Markt (ACM)

JAN SVITÁK

Econoom bij de ACM en PhD student aan Tilburg University

algoritmes die uit zichzelf kunnen leren om een bepaald doel te bereiken.

Op vele manieren hebben algoritmes en machine learning een positieve invloed op marktwerking en maatschappij. Zo bieden ze bedrijven nieuwe middelen om te concurreren op basis van merites, bijvoorbeeld door kosten te drukken, betere service te verlenen, of volledig nieuwe en innovatieve producten en diensten aan te bieden. Alle voordelen daargelaten, richten wij ons in deze bijdrage voornamelijk op de risico's hiervan. We stellen de volgende vragen: Wat zijn de voornaamste mededingingsrisico's bij de opkomst van algoritmes en machine learning? Waar is ons theoretisch of empirisch begrip nog gebrekkig? En waar zitten er wellicht tekortkomingen in het huidige mededingingsinstrumentarium?

Wij richten ons hierbij in het bijzonder op drie specifieke risico's: (1) bedrijven met marktmacht kunnen beter consumentensurplus onttrekken; (2) het kan makkelijker worden om (expliciete) kartels te vormen en te monitoren; en (3) algoritmes kunnen op eigen houtje stilzwijgend samenzweren. Tot slot bespreken we hoe algoritmes en machine learning ook door toezichthouders proactief gebruikt kunnen worden.

RISICO 1: BEDRIJVEN MET MARKTMACHT KUNNEN BETER CONSUMENTENSURPLUS ONTTREKKEN

Door het gebruik van algoritmes kunnen ondernemingen meer gegevens verzamelen, en die beter analyseren om zo een prijs vast te stellen. In de eerste plaats wil dit zeggen dat een prijs meer gedifferentieerd kan worden vastgesteld (bijvoorbeeld wat betreft de tijd, de plaats en de persoonlijke gegevens van de consument). Dit kan leiden tot een meer fijnmazige, persoonlijke prijsdiscriminatie. Het welvaartseffect van persoonlijke prijsdiscriminatie kan gunstig of ongunstig zijn, en dit raakt daarnaast aan privacy- en eerlijkheidsdiscussies (Botta en Wiedemann, 2019). De UK Competition & Markets Authority (CMA, 2018) bespreekt tevens prijsdiscriminatie als een tweede risico, naast kartelvorming bij de opkomst van prijsalgoritmes. De CMA concludeert echter wel dat er beperkt bewijs is voor gepersonaliseerde prijsvorming door middel van prijsalgoritmes (zie ook OESO, 2018).

Ten tweede kunnen ondernemingen door het gebruik van algoritmes de vraagomgeving beter analyseren, en daardoor een prijs hanteren die meer winst (en minder consumentensurplus) oplevert, voor zowel uniforme als gedifferentieerde prijzen. In het veldexperiment van Dubé en Misra (2017) wordt de optimale prijs voor een monopolist berekend middels machine learning. De auteurs vinden een optimale uniforme prijs van 281 dollar voor een bedrijf dat in werkelijkheid een uniforme prijs van 99 dollar vroeg. Dezelfde studie berekent ook dat optimale gepersonaliseerde prijzen leiden tot een daling van één procent in het consumentensurplus, terwijl een meerderheid van de consumenten ervan profiteert. Zowel uniforme als gepersonaliseerde unilaterale prijsstrategieën kunnen dus door het gebruik van algoritmes gaan veranderen, met mogelijk een verlaging van het consumentensurplus als gevolg.

Wat kan de mededingingsautoriteit doen als een onderneming door het gebruik van een algoritme zijn prijs bijna verdrievoudigt, simpelweg omdat de winstmaximalisatie beter wordt uitgevoerd? Bij excessief hoge prijzen of bij prijsverhogingen op basis van specifieke, fijnmazige klantsegmenten zou het verbod op misbruik van economische machtspositie in beeld kunnen komen. Art. 102(a) en 102(c) VwEU (Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie) verbieden bijvoorbeeld in principe het opdringen van oneerlijke prijzen of ongelijke condities voor gelijke transacties. De toepassing hiervan komt echter met de nodige uitdagingen voor het mededingingstoezicht (Botta en Wiedemann (2019) bespreken dit voornamelijk in relatie tot Art. 102(c) VwEU; zie ook OESO, 2018).

Tot slot kunnen markten met meer gedifferentieerde prijzen (in de tijd of anderszins) onoverzichtelijker worden, waardoor concurrentie afneemt. Door variatie in prijsstructuren kan de perceptie ontstaan dat de producten meer verschillen dan dat ze werkelijk doen ('schijndifferentiatie'). Een minder transparante markt, waarin prijzen voor een bepaald product variëren op meer dimensies, zou ook het toezicht op fusies en misbruik van economische machtspositie ingewikkelder kunnen maken, omdat in veel standaardanalyses 'de prijs' centraal staat (OESO, 2017).

RISICO 2: HET KAN MAKKELIJKER WORDEN OM KARTELS TE VORMEN

Het tweede risico is dat algoritmes het makkelijker maken om een kartel te implementeren. OESO (2017) noemt drie functies van algoritmes die het leven van de kartelist vergemakkelijken: het monitoren van andere karteldeelnemers, het stimuleren van parallel gedrag, en het versturen van signalen die op coördinatie zijn gericht. De vierde functie ('zelfleren') komt aan de orde bij Risico 3. De implicaties voor het mededingingsbeleid worden onder andere besproken in OESO (2017), zie ook Rodriguez Tamayo (2020).

Het is een open (empirische) vraag in hoeverre deze functies inderdaad voorkomen in algoritmes, en of ze bijdragen aan kartelvorming en kartelstabiliteit. Een eerste stap voor mededingingsautoriteiten is daarom het doorgronden van de algoritmes die in de praktijk gebruikt zouden kunnen worden, door instructies in de code aan te wijzen die anti-competitief zijn. Ook is er een rol voor marktstudies met bindende aanwijzingen of aanbevelingen – zoals bijvoorbeeld beoogd met het nieuwe mededingingsinstrument dat vanuit de Europese Commissie is voorgesteld (Europese Commissie, 2020). Tot slot kan het risico op kartels een grotere plek in het fusietoezicht krijgen.

Twee recente theoretische bijdragen laten echter ook zien hoe algoritmes kartelvorming onstabiel kunnen maken. Miklós-Thal en Tucker (2019) en O'Connor en Wilson (2019) nemen aan dat het gebruik van algoritmes het voorspellen van de vraag minder kostbaar zal maken. Dit heeft twee effecten: hogere kartelwinst wanneer kartelvorming lukt, maar ook een betere inschatting hoeveel en wanneer het loont om af te wijken van een kartel. In theorie kan het gebruik van algoritmes er via het laatste mechanisme voor zorgen dat collusie niet houdbaar is in een markt waar dat zonder algoritmes wel het geval was.

RISICO 3: ALGORITMES KUNNEN OP EIGEN HOUTJE STILZWIJGEND SAMENZWEREN

Het derde risico heeft te maken met het gebruik van *reinforcement learning*-algoritmes voor prijszetting. Reinforcement learning is het type machine learning waarin het algoritme

niet alleen leert op basis van bestaande data, maar ook van het vallen en opstaan door met de eigen oplossingen te experimenteren. Sviták en Van der Noll (2020) beschrijven drie mechanismen die kunstmatige intelligentie in staat stellen om zonder communicatie tussen concurrenten uit te komen op hoge prijzen: gecorreleerd experimenteren, modelmisspecificatie en zogenaamde vooruitziende strategieën.

Gecorreleerd experimenteren

De simpelste vorm van een zelflerend algoritme betreft een techniek die alleen met behulp van experimenteren (met verschillende prijzen) en observeren van de uitkomst (winst) leert om een probleem op te lossen. Deze algoritmes volgen dus een pure vallen-en-opstaan-aanpak. Hansen et al. (2020) en Sviták en Van der Noll (2020) laten zien dat een hele klasse van dit soort algoritmes in staat is om monopoliewinsten te behalen. De unieke eigenschappen van deze klasse van zogenaamde index-algoritmes (Gittins, 1979) is dat het prijzen onafhankelijk van concurrenten optimaliseert, en een bepaalde deterministische vorm van experimenteren heeft. Hansen et al. en Sviták en Van der Noll laten zien hoe deze eigenschappen kunnen leiden tot gecorreleerd experimenteren, waarbij concurrerende algoritmes doorgaans dezelfde prijzen zetten en daarmee leren om hogere prijzen dan normaal te hanteren.

Modelmisspecificatie

In plaats van door puur vallen-en-opstaan kunnen prijsalgoritmes ook proberen om door middel van prijsexperimenten een onderliggend vraagmodel te leren en dat vervolgens te verbeteren. Zoals Cooper et al. (2015) en Den Boer (2015) bespreken, schatten dit soort algoritmes vaak slechts winst als functie van de eigen prijs. Cooper et al. laten echter zien dat leren op basis van een vraagmodel dat concurrentie negeert, leidt tot een onderschatting van de eigen prijselasticiteit – en daarmee dus tot hogere prijzen. Klein (2020) en Sviták en Van der Noll (2020) bespreken hoe in de praktijk het meenemen van de prijzen van concurrenten vanuit praktisch oogpunt moeilijk of zelfs onmogelijk kan zijn, waardoor dit soort modelspecificaties ook in de praktijk een zorg kunnen worden.

Vooruitkijkende strategieën

Het laatste mechanisme is gebaseerd op een dynamische vorm van reinforcement learning dat niet alleen huidige winst probeert te maximaliseren, maar ook rekening houdt met de langetermijnevolgen. Een eenvoudig en fundamenteel type hiervan is *Q-learning* (Watkins, 1989; Sutton en Barto, 2018). Toegepast op prijsapplicaties observeert Q-learning elke keer als het een prijs zet hoe dit de situatie (bijvoorbeeld de prijs van concurrenten) beïnvloedt. Het schat dan, door middel van zogenaamd dynamische optimalisatie, de langetermijnwaarde van het zetten van een bepaalde prijs in een bepaalde situatie. Q-learning is hierdoor in staat om strategisch gedrag te leren, waarbij het rekening houdt met reacties van concurrenten. Deze vooruitkijkende aard maakt het mogelijk om structurele prijsverlagingen door concurrenten te voorzien en te voorkomen – een eigenschap die zelfs beloofd wordt door bestaande commerciële prijsalgoritmes die op hoofdlijnen vergelijkbaar zijn met Q-learning (Pricecast Fuel, 2020). Calvano et al. (2020) en Klein (2019) laten door middel van simulaties zien dat Q-learning-algoritmes inderdaad in staat zijn om op supra-competitieve prijzen uit te komen zonder communicatie of expliciete instructies.

Er zitten nog wel veel praktische problemen aan het implementeren van prijsalgoritmes op basis van Q-learning. Voor collusie door Q-learning is er met name voldoende experimentatie in prijzen nodig om de uitkomsten van verschillende prijsstrategieën te kunnen vergelijken. Het is daarbij onzeker in hoeverre bedrijven in de praktijk bereid zijn om te experimenteren met prijzen, maar er zijn aanwijzingen dat dit wel al gebeurt. Zo gebruikt een aanbieder van AI-software voor prijszetting experimenten voor continue winstoptimalisatie (Eversight, 2020). Witte Huis (2015) concludeert ook dat er in de Verenigde Staten experimenten met prijzen voorkomen.

Een ander vereiste voor succesvolle coördinatie door zelflerende algoritmes is complementariteit in de werking van de gebruikte technieken tussen concurrenten. De aangehaalde artikelen analyseren scenario's waarin alle spelers identieke algoritmes gebruiken. Het is echter aannemelijk dat de beschreven mechanismen ook werken wanneer de

algoritmes enigszins van elkaar verschillen. Daarnaast kan de benodigde overlap tevens ontstaan door middel van *white papers* (Derakshshyan et al., 2016), optredens op conferenties, of het gebruik van gezamenlijke softwareleveranciers of consultants.

Mededingingsimplicaties

De bovengenoemde literatuur toont aan dat zelflerende algoritmes technisch in staat zijn om supracompetitieve prijzen te bereiken, maar gebeurt dit ook in de praktijk? Assad et al. (2020) brengen in de context van de Duitse benzine markt het eerste empirische bewijs dat prijsalgoritmes inderdaad leiden tot hogere prijzen. Assad et al. schatten in wanneer benzinstations gebruik gaan maken van geautomatiseerde prijsalgoritmes. Ze vinden dat prijzen hoger liggen voor benzinstations die deze al gebruiken, dat dit met name het geval is wanneer concurrerende stations dit ook doen, en dat de hogere prijzen geleidelijk ontstaan.

De onderliggende mechanismes blijven deels onduidelijk. Desalniettemin lijkt het ontstaan van stilzwijgende afstemming met behulp van zelflerende algoritmes geen sciencefiction te zijn, zoals bijvoorbeeld werd gesuggereerd door Kühn en Tadelis (2017) en Schrepel (2017). Het vormt een apart en relevant vraagstuk, waarbij er met name gekeken moet worden naar de mogelijke praktische beperkingen (Klein, 2020).

In het geval van een stilzwijgende algoritmische collusie is het huidige instrumentarium van mededingingsautoriteiten ontoereikend, omdat de wetgeving alleen afstemming tussen *mensen* onderling bestraft (Harrington, 2018). Dit is niet aan de orde bij de beschreven mechanismes. De mogelijke juridische problematiek rond autonome kartelvorming maakt het begrijpen van de mechanismes achter autonome algoritmische collusie zeer relevant, ondanks een beperkt empirisch bewijs. Voldoende kennis bij beleidsmakers en toezichhouders moet ervoor zorgen dat gevallen van algoritmische collusie herkend worden. Het verbieden van bepaalde technieken (wat ook wel *compliance by design* genoemd wordt) of het toetsen van algoritmes in een simulatie lijkt niet werkbaar, omdat de uitkomsten sterk afhanke-

lijk zijn van de strategieën van concurrenten. Een algoritme kan namelijk niet samenzweren zonder dat concurrenten een complementaire strategie volgen. De combinatie van strategieën bepaalt de uitkomst, en niet de gebruikte techniek. Zo vinden Assad et al. (2020) bijvoorbeeld dat, als slechts één benzinstation een prijsalgoritme gebruikt, dit niet voldoende is om prijsverhogingen van concurrenten uit te lokken.

Een bevoegdheid om remedies op te leggen, na het vaststellen van een mededingingsbeperking, zou een betere manier kunnen zijn – en kan ook bij gevallen van ‘gewone’ stilzwijgende collusie worden ingezet, zoals in het Verenigd Koninkrijk, IJsland en Mexico (OESO, 2017). De definitie van collusie door Harrington (2018) en de overige opgedane kennis over algoritmische collusie kan dan gebruikt worden om de verdenkingen te staven en remedies te formuleren, zodat de samenzweringsmechanismen die aanwezig zijn in de algoritmes uitgeschakeld worden.

KANSEN VOOR MEDEDINGINGSTOEZICHT

Er zijn echter ook kansen voor mededingingsautoriteiten om gebruik te maken van de ontwikkelingen op het vlak van machine learning. Wij zien drie concrete kansen: automatische tekstanalyse, detectie van kartels, en het gebruik van causale machine learning. Hiernaar wordt tevens kort verwezen door onder anderen Sviták en Brouwer (2018).

Ten eerste bestaan er technieken voor het verwerken van tekst die het mogelijk maken om tijdrovende handmatige handelingen te automatiseren (Nay, 2019). Dit betreft bijvoorbeeld het filteren van binnengekomen signalen, ingediend door burgers wat betreft hun verdenkingen van overtredingen van de mededingingswet of het zoeken naar relevante bewijsstukken in een enorme hoeveelheid tijdens bedrijfsbezoeken binnengehaalde gegevens. Deze technieken worden op die manier al gebruikt door onder andere de Britse mededingingsautoriteit (CMA, 2020). Dit vormt een besparing op de schaarse capaciteit, die ingezet kan worden om meer zaken op te pakken of om meer diepgaande onderzoeken uit te voeren.

Ten tweede kunnen machinelearning-technieken gebruikt worden om nieuwe methoden voor proactieve

detectie van kartels te ontwikkelen — dus in het verlengde van een traditionele aanpak van karteldetectie (Petit, 2012; Van der Noll en Visser, 2009; Harrington, 2006). Huber en Imhof (2019) en Wallimann et al. (2020) laten voor een aanbestedingsmarkt in Zwitserland zien dat een machinelearning-model dat is getraind op een dataset met een bewezen kartel, in staat is om met behulp van statistische indicatoren op het niveau van individuele aanbestedingen de vervalste aanbestedingen te vast te stellen. Pivrnec (2020) toont daarnaast aan dat een model getraind op één dataset ook *voorspelkracht* heeft in een andere dataset, en dus kan helpen om nieuwe kartels te detecteren. Wachs en Kertész (2019) analyseren met een netwerkanalyse de inschrijfpatronen van ondernemingen, om zo verdachte inschrijvers te ontdekken. OESO (2016) ziet datagestuurde detectie van kartelvorming in publieke aanbesteding als een belangrijk onderdeel van haar aanbevelingen omtrent *bid rigging*.

Ook buiten de context van aanbestedingen kunnen machinelearning-technieken worden ingezet voor karteldetectie. Sviták en Brouwer (2018) ontwikkelden een breukidentificatiemodel dat gebruikt kan worden om een begin en/of einde van een kartelperiode te detecteren. De toenemende beschikbaarheid van bruikbare gegevens maakt karteldetectie steeds kansrijker, en de ontwikkeling van empirische methoden (inclusief machine learning) is dus zeer relevant.

Ten derde worden machinelearning-technieken in toenemende mate gebruikt voor econometrische schattingen van causale effecten. Populaire empirische modellen die worden gebruikt in de economische wetenschap bevatten namelijk een element van voorspelling. Denk bijvoorbeeld aan het verklaren van een endogene variabele door middel van exogene instrumenten in instrumentele variabele-modellen (Belloni et al., 2012) of door het (impliciet) schatten van de *counterfactual* in (synthetische) *difference-in-differences*-modellen (Athey et al., 2018). De datagestuurde aard van machinelearning-technieken betekent dat dit gereedschap zich uitstekend leent voor voorspellingen. De toepassing van machine learning kan de empirische prestaties van traditionele econometrische methoden dus versterken. Mededingingsautoriteiten gebruiken econometrische analyses voor het inschatten

van de anti-competitieve effecten van gedragingen en concentraties, en ook voor marktstudies die de toezichthouder helpen om bepaalde markten en ontwikkelingen beter te begrijpen; zie bijvoorbeeld ACM en NZa (2018), Berden et al. (2019) en Haasbeek et al. (2019).

CONCLUSIE

Alle voordelen daargelaten, zitten er aan de opkomst van prijsalgoritmes reële mededingingsrisico's waarvan toezichthouders zich bewust moeten zijn. In veel gevallen is het bestaande mededingingsinstrumentarium in principe voldoende, hoewel extra waakzaamheid van belang is. Dit is bijvoorbeeld het geval als bedrijven een dominante marktpositie misbruiken door middel van prijsalgoritmes, of algoritmes gebruiken bij het implementeren van een expliciete kartelovereenkomst. In andere gevallen is het bestaande instrumentarium echter moeilijk inzetbaar, en dient het wellicht heroverwogen te worden. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer prijsalgoritmes in staat zijn om stilzwijgende kartelvorming te ondersteunen of zelfs te initiëren. Het is op dit moment nog erg onduidelijk hoe stilzwijgende kartelvorming in de praktijk

precies zou kunnen werken – maar de theoretische zorgen zijn wel reëel.

Wij concluderen dat een marktstudie-instrument, zoals bijvoorbeeld voorzien in recente voorstellen vanuit de Europese Commissie, ervoor zou kunnen zorgen dat mededingingsautoriteiten niet achter het net vissen als het gaat om mededingingsbeperkingen die niet verboden zijn door de huidige mededingingswet, zoals bijvoorbeeld het samenstellen via zelflerende algoritmes. Op basis van onze discussie zou een dergelijke studie zich moeten gaan richten op drie vragen: wat zijn de indicatoren van de verschillende anti-competitieve uitkomsten, welk bewijs is er nodig om dit aan te tonen (data, code, documentatie), en hoe kan dit bewijs verzameld worden?

Tot slot zien we ook kansen voor toezichthouders om algoritmes en machine learning proactief te gebruiken ter verbetering van het bestaande toezicht. Dit betreft zowel het automatiseren van tijdrovende handmatige handelingen, als het ontwikkelen van nieuwe methodes voor het proactief voorspellen van mogelijk kartelgedrag of het econometrisch schatten van causale effecten.

LITERATUUR

- ACM en NZa (2018) *Beter kiezen op de polismarkt*. ACM/NZa Rapport, juli.
- Assad, S., R. Clark, D. Ershov en L. Xu (2020) *Algorithmic pricing and competition: empirical evidence from the German retail gasoline market*. CESifo Working Paper, 8521.
- Athey, S., M. Bayati, N. Doudchenko et al. (2018) *Matrix completion methods for causal panel data models*. NBER Working Paper, 25132.
- Autoridade da Concorrência (2019) *Digital ecosystems, big data and algorithms*. Issues Paper, juli. Te vinden op www.concorrencia.pt.
- Autorité de la concurrence en Bundeskartellamt (2019) *Algorithms and competition*. Rapport, november. Te vinden op www.autoritedelaconcurrence.fr.
- Belloni, A., D. Chen, V. Chernozhukov en C. Hansen (2012) Sparse models and methods for optimal instruments with an application to eminent domain. *Econometrica*, 80(6), 2369–2429.
- Berden, C., R. Croes, R. Kemp et al. (2019) *Hospital competition in the Netherlands: an empirical investigation*. TILEC Discussion Paper, 2019-008. Te vinden op www.acm.nl.
- Boer, A.V. den (2015) Dynamic pricing and learning: historical origins, current research, and new directions. *Surveys in Operations Research and Management Science*, 20(1), 1–18.
- Botta, M. en K. Wiedemann (2019) To discriminate or not to discriminate? Personalised pricing in online markets as exploitative abuse of dominance. *European Journal of Law Economics*, 9 december. On line te vinden op link.springer.com.
- Calvano, E., G. Calzolari, V. Denicolò en S. Pastorello (2020) Artificial intelligence, algorithmic pricing, and collusion. *American Economic Review*, 110(10), 3267–3297.

- CMA (2018) *Pricing algorithms: economic working paper on the use of algorithms to facilitate collusion and personalised pricing*. Competition & Markets Authority, 8 oktober. Te vinden op assets.publishing.service.gov.uk.
- CMA (2020) *Predictive coding: how technology could help to streamline cases*. CMA Blog, 24 juli. Te vinden op competitionandmarkets.blog.gov.uk.
- Cooper, W.L., T. Homem-de-Mello en A.J. Kleywegt (2015) Learning and pricing with models that do not explicitly incorporate competition. *Operations Research*, 63(1), 86–103.
- Demazeau, Y. (2016) PriceCast Fuel: Agent Based Fuel Pricing. In: *International Conference on Practical Applications of Agents and Multi-Agent Systems* (pp. 247–250). Springer, Cham.
- Derakhshan, A., F. Hammer en Y. Demazeau (2016) Pricecast fuel: agent based fuel pricing. In: Y. Demazeau, T. Ito, J. Bajo en J. Escalona (red.), *Advances in practical applications of scalable multi-agent systems: the PAAMS collection*. Cham: Springer, p. 247–250.
- Dubé, J.-P. en S. Misra (2017) *Scalable price targeting*. NBER Working Paper, 23775.
- Europese Commissie (2020) *Antitrustbeleid: Commissie raadpleegt belanghebbenden over een mogelijk nieuw mededingingsinstrument*. Persbericht, 2 juni. Te vinden op ec.europa.eu.
- Eversight (2020) *Retail pricing: continuously optime pricing with AI-powered experimentation*. Informatie te vinden op eversightlabs.com.
- Ezrachi, A. en M.E. Stucke (2016) *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Gittins, J.C. (1979) Bandit processes and dynamic allocation indices. *Journal of the Royal Statistical Society: Series B (Methodological)*, 41(2), 148–177.
- Haasbeek, S., J. Sviták en J. Tichem (2019) *Price effects of non-brand bidding agreements in the Dutch hotel sector*. ACM Working Paper, 7 juni.
- Hansen, K., K. Misra en M. Pai (2020) *Algorithmic collusion: supra-competitive prices via independent algorithms*. CEPR Discussion Paper, DP14372.
- Harrington, J.E. (2006) Behavioral screening and the detection of cartels. In: C.-D. Ehlermann en I. Atanasu (red.), *European Competition Law Annual 2006*. Oxford, VK: Hart Publishing, p. 51–68.
- Harrington, J.E. (2018) Developing competition law for collusion by autonomous artificial agents. *Journal of Competition Law & Economics*, 14(3), 331–363.
- Huber, M. en D. Imhof (2019) Machine learning with screens for detecting bid-rigging cartels. *International Journal of Industrial Organization*, 65, 277–301.
- Klein, T. (2019) *Autonomous algorithmic collusion: Q-learning under sequential pricing*. Amsterdam Law School Research Paper, 2018-15.
- Klein, T. (2020) (Mis)understanding algorithmic collusion. *Antitrust Chronicle: Algorithms Revisited*, 13 juli. Te vinden op www.competitionpolicyinternational.com.
- Kühn, K. en S. Tadelis (2017) *Algorithmic collusion*. Presentatie bij CRESE 2017.
- Miklós-Thal, J. en C. Tucker (2019) Collusion by algorithm: does better demand prediction facilitate coordination between sellers? *Management Science*, 65(4), 1455–1947.
- Nay, J. (2018) *Natural language processing and machine learning for law and policy texts*. SSRN Discussion Paper, 3438276.
- Noll, R. van der, en M. Visser (2009) De NMA als economische detective. *Markt en Mededinging*, 12(5), 156–160.
- O'Connor, J. en N.E. Wilson (2019) *Reduced demand uncertainty and the sustainability of collusion: how AI could affect competition*. FTC Working Paper, 341.
- OESO (2016) *Fighting bid rigging in public procurement*. Informatie te vinden op www.oecd.org.
- OESO (2017) *Algorithms and collusion: competition policy in the digital age*. Publicatie te vinden op www.oecd.org.
- OESO (2018) *Personalised pricing in the digital era*. OECD Background Note, 28 november. Te vinden op [one.oecd.org](https://www.oecd.org).
- Petit, L. (2012) *The economic detection instrument of the Netherlands Competition Authority: the competition index*. NMA Working Paper, 6.
- Pivrec, J. (2020) *Detection of bid-rigging cartels using machine learning techniques*. Masterscriptie, Universiteit van Amsterdam.
- Pricecast Fuel (2020) *Retail fuel pricing: management and optimization*. Informatie te vinden op www.azisystems.com.
- Rodriguez Tamayo, A. (2020) *Algorithmic tacit collusion under the EU Competition Law Framework*. Masterscriptie, Universiteit Leiden.
- Schrepel, T. (2017) *Here's why algorithms are NOT (really) a thing*, 15 mei. Artikel te vinden op leconcurrentialiste.com.
- Sutton, R.S. en A.G. Barto (2018) *Reinforcement learning: an introduction*, 2e editie, Cambridge, MA: The MIT Press.
- Sviták, J. en E. Brouwer (2018) De algoritmische waakhond: datagedreven mededingingstoezicht. *Tijdschrift voor Toezicht*, 9(2-3), 57–64.
- Sviták, J. en R. van der Noll (2020) De mechanismes van algoritmische collusie. *Tijdschrift voor Toezicht*, 11(1), 14–27.
- Wachs, J. en J. Kertész (2019) A network approach to cartel detection in public auction markets. *Scientific Reports*, 9(1), 1–10.
- Wallimann, H., D. Imhof en M. Huber (2020) *A machine learning approach for flagging incomplete bid-rigging cartels*. Université de Fribourg working paper 513.
- Watkins, C.J.C.H. (1989) *Learning from Delayed Rewards*. PhD Dissertation, University of Cambridge.
- Witte Huis (2015) *Big data and differential pricing*. Te vinden op obamawhitehouse.archives.gov.



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 onterecht 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 roofprijzen 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 toezichthouders 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 concu-

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.



Modern prijzen

Prijzen hebben altijd al een centrale rol gespeeld in het mededingingsbeleid, en er bestaat een kader voor de analyse van te hoge, te lage en discriminerende prijzen. Maar we zien, met name online, steeds meer nieuwe varianten van prijsmodellen. Hoe kunnen toezichthouders, rechtbanken en beleidsmakers omgaan met deze vormen van modern prijzen?

IN HET KORT

- ▶ Het bestaande mededingingskader kan worden toegepast op modern prijzen.
- ▶ Voorzichtigheid is geboden bij het aanmerken van te hoge of te lage prijzen als misbruik.
- ▶ Inzet van alternatieve instrumenten tegen ‘oneerlijke’ prijzen vereist marktconform denken.

Op de terugweg was het ritje met de Uber twee keer zo duur als op de heenweg. Muziek luisteren op Spotify kan gratis, maar om dit reclamevrij te kunnen doen is er een *premium*-abonnement vereist. Facebook lijkt gratis, maar gebruikers betalen in feite via hun persoonlijke gegevens. In maart 2020 – het begin van de eerste coronagolf – kostte een set van 100 mondkapjes 137 euro op bol.com, terwijl dat voorheen 12 euro was (Tetelepta, 2020). Al deze verschijnselen zijn voorbeelden van modern prijzen. Met name in de online-wereld zien we tal van nieuwe prijsmodellen, waaronder het *freemium*-model van Spotify en andere digitale platformen. Soms

veroorzaakt modern prijzen de nodige ophef. Uber kreeg een lading kritiek over zich heen toen dit platform het *surge pricing* introduceerde. Nog heftiger was de publieke reactie op de woekerprijzen tijdens de coronacrisis voor mondkapjes en handgel. Prijzen die zich razendsnel aanpassen aan de situatie van vraag en aanbod, of die sterk variëren afhankelijk van de kenmerken en omstandigheden van de individuele consument, worden vaak gezien als oneerlijk – ofwel omdat ze te hoog zijn of omdat ze discrimineren tussen consumenten onderling.

De vraag rijst nu of modern prijzen een probleem vormt voor het mededingingsbeleid. Het zou geen economische kwestie zijn als het antwoord hierop niet was: ‘*it depends*’. Enerzijds is modern prijzen economisch efficiënt. Prijzen hebben een essentiële signaalfunctie bij het met elkaar in evenwicht brengen van vraag en aanbod in markten. Dankzij *surge pricing* trekt Uber voldoende chauffeurs aan, ook in de late avonduren en bij noodweer. De productie van mondkapjes en handgel kwam na een initiële schaarste snel op gang dankzij nieuwe toetreders. Anderzijds kunnen prijzen wel degelijk problematisch zijn, bijvoorbeeld wanneer ze excessief hoog zijn zonder uitzicht op nieuwe toetreding, wanneer bepaalde kwetsbare groepen consumenten sterk worden

MAX HESSELING

Econoom bij Oxera
in Amsterdam

MAX KUIPERS

Econoom bij Oxera
in Brussel

GUNNAR NIELS

Econoom bij Oxera
in Oxford

Deze bijdrage is op
persoonlijke titel
geschreven.

benadeeld, of wanneer er op het oog misleidende prijsstrategieën worden gebruikt.

Mededingingsautoriteiten staan onder politieke druk om in te grijpen bij oneerlijke prijzen. Het mededingingsrecht kent al decennialang regels tegen prijsmisbruik (te hoge, te lage, of discriminerende prijzen). Hoe kunnen bij modern prijzen de bestaande instrumenten worden ingezet?

EXCESSIEVE PRIJZEN

In de meeste jurisdicties zijn excessieve prijzen een vorm van misbruik van een machtspositie (een belangrijke uitzondering hierop is de VS). Maar het aantal daadwerkelijke rechtszaken aangaande excessieve prijzen is zeer beperkt. Dit is om een aantal redenen het geval. Ten eerste spelen prijzen, zoals gezegd, een belangrijke rol in de markteconomie: hoge prijzen zijn een beloning voor succesvolle ondernemingen, en signaleren tegelijk waar er rendabele toetredingsmogelijkheden bestaan, zoals ook erkend is door advocaat-generaal Wahl in de *AKKA/LAA*-zaak (Europese Hof, 2017). Ten tweede is het beoordelen van excessieve prijzen ingewikkeld, en zijn mededingingsautoriteiten en rechtbanken vaak voor de rol van prijsregulator niet goed uitgerust.

Toch neemt het aantal mededingingszaken tegen excessieve prijzen toe. In de afgelopen jaren zijn een aantal mededingingsautoriteiten opgetreden tegen farmaceutische bedrijven die nogal stevige prijsstijgingen voor medicijnen doorvoerden – soms wel met meer dan 2.000 procent, zoals in het onderzoek van de Britse Competition & Markets Authority (CMA, 2016) tegen de fenytoïne-producenten Pfizer en Flynn Pharma. Een andere zaak is die van de Europese Commissie (2020a) tegen Aspen, een producent van medicijnen tegen kanker, die recentelijk geleid heeft tot een remedie waarbij Aspen zich committeerde aan het verlagen van zijn prijzen in meerdere lidstaten met 73 procent, en tevens aan het hanteren van een maximum voor de komende tien jaar. Ook de Autoriteit Consument & Markt (ACM) is een aantal onderzoeken gestart naar de prijzen van geneesmiddelen. De ACM (2020a) onderzocht bijvoorbeeld of de producent van het middel chenodeoxycholzuur misbruik maakt van zijn machtspositie door excessieve prijzen te hanteren. In de mees-

te farmaceutische zaken waarin werd ingegrepen, was er niet alleen sprake van zeer hoge prijzen of prijsstijgingen, maar had men ook nauwelijks vooruitzicht aangaande een marktconforme oplossing. De medicijnen van Aspen stonden al vijftig jaar niet meer onder octrooibescherming, en de Commissie berekende dat de prijzen minstens drie keer zo hoog waren als de productiekosten – en toch vond er geen nieuwe toetreding plaats. Wat dat betreft lijken de farmaceutische zaken enigszins op de prijsregulering in bepaalde sectoren die als monopolies op de prijsregulering in bepaalde sectoren die als monopolies op de prijsregulering in bepaalde sectoren die als monopolies op de prijsregulering in bepaalde sectoren worden gezien worden, zoals spoorwegen en elektriciteit.

Bij mondkapjes en handel ligt dit anders, want toetreding lijkt niet bovenmatig moeilijk. Prijzen van 137 euro voor mondkapjes of 45 euro voor een flesje handel hielden in de praktijk ook niet lang stand. Ingrijpen onder de mededingingsregels is dan ook lastig. In september 2020 beëindigde de CMA een aantal onderzoeken tegen handelaren in handel zonder te hebben ingegrepen tegen excessieve tarieven. De ACM verliet zich daarentegen op een ander instrument, namelijk consumentenbescherming. In april 2020 moedigde de ACM de online-platformen Marktplaats, bol.com en Amazon aan om misleidende praktijken van handelaren tegen te gaan, zoals bijvoorbeeld het beweren dat een product maar beperkt beschikbaar is (ACM, 2020b). Dergelijke acties tegen misleidende praktijken verbeteren mogelijk de marktwerking, maar grijpen dus niet direct in bij excessieve prijzen.

Tot slot wijzen we nog op een misverstand dat bestaat rond excessieve prijzen. Het bepalen of prijzen excessief zijn, is lastig, maar dat zit hem met name in de interpretatie en beoordeling van de prijzen, en niet zozeer in het maken van berekeningen. Bestaande technieken voor rendementsanalyse kunnen worden gebruikt om te bepalen hoe prijzen of rendementen zich verhouden tot die in de concurrerende markten (Oxera, 2003). In bovengenoemde farmaceutische zaken hebben de autoriteiten ook dergelijke rendementsanalyses uitgevoerd.

Prijzen en rendementen die duurzaam en significant boven het competitieve niveau liggen, geven aan dat er een mededingingsprobleem is: in concurrerende markten zou er immers 'toetreding' plaatsvinden. Dit kan een rol spelen

bij de beoordeling van marktmacht. De CMA (2020) berekende recentelijk de rendementen van Facebook en Google en concludeerde daaruit dat beide platformen een sterke positie hebben in de digitale advertentiemarkt. Of hoge rendementen zich direct laten vertalen in een verbod op excessieve prijzen, is wederom een kwestie van beoordeling. Direct ingrijpen tegen hoge prijzen kan namelijk negatieve marktsignalen sturen, en mogelijk bestaan er andere remedies om de marktwerking te verbeteren. De CMA erkende dat Google en Facebook zijn gegroeid doordat ze betere producten aanboden dan hun concurrenten, en stelde als remedie een nieuwe regulering voor om de bronnen van marktmacht aan te pakken, waaronder de toegang tot data en meer keuzemogelijkheden voor consumenten, maar dus niet een regulering van prijzen.

WAT IS EEN EERLIJKE PRIJS?

Met de opkomst van de prijsalgoritmes in online-markten is de discussie omtrent de eerlijkheid van prijzen misschien wel relevanter dan ooit. Algoritmes worden veelvuldig gebruikt door online-platformen om prijzen aan te passen op basis van informatie, niet alleen over de markt, maar ook over individuele consumenten. Via *data-enabled learning* kunnen digitale platformen hun prijzen bijvoorbeeld nagenoeg per individuele consument vaststellen op basis van wat deze bereid is te betalen. Dit kan leiden tot *personalised pricing*, wat dan soms als excessief of discriminerend gezien wordt.

Dergelijke prijsdifferentiatie is geen nieuw fenomeen. Luchtvaartmaatschappijen stellen al decennialang hun prijzen af op basis van *yield management*, waardoor bijna elke passagier op een bepaalde vlucht wel een andere prijs betaalt. Prijsdifferentiatie is economisch gezien efficiënt, omdat het bedrijven in staat stelt om meer consumenten te bedienen dan in een situatie waarin voor alle consumenten één en dezelfde prijs geldt (Acquisti en Varian, 2005; Dupuis et al., 2015; Oxera, 2015). Dit leidt tot groei van de markt en daarmee tot economische welvaart. Denk maar aan het aantal vluchten dat zou worden aangeboden in de markt als luchtvaartmaatschappijen maar één tarief voor alle passagiers mochten hanteren. Economen wijzen vaak op het principe

van *Ramsey-Boiteux pricing* (Boiteux, 1956), dat stelt dat het voor monopolies die meerdere producten of diensten aanbieden vanuit welvaartsoogpunt optimaal kan zijn om een hogere marge (welke nodig is om de vaste kosten terug te verdienen) te rekenen op producten waarvoor de prijsgevoeligheid lager is, en een lagere marge bij meer prijsgevoelige producten. Economen beschouwen prijsdiscriminatie dan ook niet als per se slecht.

Hoe verder de ‘verpersoonlijking’ van prijzen wordt doorgetrokken – zoals in de online-wereld – des te meer klachten er zullen komen. Wederom zal het lastig zijn om, onder de mededingingsregels, prijzen als excessief aan te merken. Neem bijvoorbeeld het fenomeen *drip pricing*, waarbij

Mededingingsautoriteiten staan onder politieke druk om te grijpen tegen ‘oneerlijke’ prijzen

een consument wordt aangetrokken door een *headline*-prijs, maar waarbij er bij volgende stappen in het aankoopproces steeds additionele kosten in rekening worden gebracht. Studies over gedragseconomie hebben aangetoond dat online-aanbieders in deze situaties een zekere verkopersmacht hebben over individuele consumenten, omdat deze laatsten zich na een aantal stappen te hebben ondernomen al ‘eigenaars’ van het product voelen en daarom niet zo gauw zullen afzien van de koop. Echter, om drip pricing aan te merken als misbruik dient er eerst een machtspositie te worden aangetoond, en dat vereist op zijn beurt een nauwe marktafbakening, mogelijk zelfs op het niveau van de individuele consumenten. Mededingingsautoriteiten gaan meestal niet zo ver (Oxera, 2013). Wel heeft echter de consumentenbeschermingstak van de ACM in 2016 reisaanbieder Corendon beboet voor het niet tonen van onvermijdelijke, bijkomende kosten in de geadverteerde prijs (ACM, 2016).

Dus gedifferentieerde prijzen zijn moeilijk als excessief aan te merken. Ook zijn ze niet altijd automatisch in tegenpraak met *fairness*. Prijsalgoritmes zorgen er juist vaak voor dat impliciete kruissubsidies worden weggewerkt, met name in markten waar de kosten van het bedienen van verschillende consumenten sterk varieert (zoals in de krediet- en verzekeringsmarkten). Dus waar gelijke prijzen voor iedereen op het eerste oog misschien eerlijk lijken, kunnen deze in sommige markten leiden tot impliciete kruissubsidies, die op zich ook niet altijd als eerlijk te typeren zijn. Voor banken is het bijvoorbeeld goedkoper om hun diensten aan te bieden aan klanten die hun bankzaken online regelen, in vergelijking met klanten die naar de fysieke vestiging van de bank komen – maar deze twee groepen consumenten betalen wel degelijk dezelfde servicekosten.

Wel is het zo dat kruissubsidies tussen consumenten ook vaak dienen ter bescherming van ‘kwetsbare’ consumenten. In een situatie waarin iedereen dezelfde prijs betaalt, beschermen de ‘geraffineerde’ consumenten de kwetsbare consumenten. De laatsten profiteren immers van de kopersmacht van de eersten. Bij gedifferentieerde prijzen kan deze bescherming dus wegvallen. Dit kan dan weer een reden zijn om in te grijpen als toezichthouder, maar meer ter bescherming van kwetsbare consumenten dan van de mededinging. Zo stelden de ACM en de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) (ACM en NZa, 2018) na een marktonderzoek dat er beleidsbepalingen nodig waren om de kwetsbare consumenten te beschermen in hun keuzeproces op de zorgverzekeringsmarkt.

Tot slot merken we nog op dat consumenten zelf soms niet warm lopen voor gepersonaliseerde prijzen. Initiële experimenten door Amazon met verschillende prijzen voor individuen konden rekenen op negatieve reacties, zelfs wanneer dit voor een deel van de consumenten uitmondde in een lagere prijs (Streitfeld, 2000). Bedrijven zijn hier gevoelig voor. Eind jaren negentig maakte de CEO van Coca-Cola een zeer slechte beurt toen hij dynamische prijzen voor Coca-Cola-producten in verkoopautomaten wilde toepassen. Bij een hogere temperatuur zou de prijs in de automaat hoger zijn vanwege de toegenomen vraag naar frisdranken. Coca-Cola kreeg er flink van langs in de pers, en zag toen af van dit prijs-

model (Thaler, 2015; Smallwood, 2018). De markt zelf kan dus soms de buitensporige prijspraktijken door aanbieders belemmeren, zonder dat er overheidsinterventie nodig is.

PRIJZEN BIJ TWEEZIJDIGE PLATFORMEN

In tweezijdige markten is er sprake van een platform dat twee doelgroepen met elkaar in contact brengt. Een voorbeeld hiervan is de spelcomputer, die door een platform aangeboden wordt waarop consumenten de games van de verschillende ontwikkelaars kunnen spelen. Andere voorbeelden zijn Facebook, waar adverteerders en gebruikers aan elkaar gekoppeld worden, en Booking.com, waar vragers en aanbieders van hotels elkaar kunnen vinden.

Op deze platformen wordt de interactie tussen de twee zijden geoptimaliseerd. Dit betekent dat de prijzen die elke zijde betaalt van elkaar afhankelijk zijn. Als Booking.com met kortingen en gunstige deals veel potentiële huurders van hotelkamers weet de trekken, dan kan het aan hotelaanbieders een hogere vergoeding vragen. Het Amerikaanse hoogerechtshof erkende in de zaak *Apple Inc. versus Pepper et al.* (Apple, 2019) dat prijzen voor eindgebruikers aan de ene zijde van het platform worden beïnvloed door voorwaarden die gesteld worden aan ontwikkelaars aan de andere zijde van het platform. Apple bepaalt welke apps verkocht worden middels de App Store, en vraagt een commissie van dertig procent over apps ontwikkeld door derden die via de App Store verkocht worden. Ook hier staat ‘modern prijzen’ weer centraal.

Terwijl we ons eerder richtten op de vraag of prijzen te hoog zijn, komt nu aan de orde of prijzen ook te laag kunnen zijn. Als een dienst gratis is, hoe kan de aanbieder ooit zijn kosten er uitkrijgen? En hoe kunnen andere aanbieders hier tegen concurreren?

In het mededingingsrecht bestaat er uitgebreide ervaring met zaken over rooftprijzen. Daarvoor gebruikt men in het algemeen twee criteria. Ten eerste moet er worden aangetoond dat de prijzen onder het relevante kostenniveau liggen, zodat even efficiënte concurrenten niet effectief kunnen opereren – het Europese kader verwijst voor deze *as-efficient competitor*-test naar de gemiddelde vermijdbare kosten of de incrementele kosten op de lange termijn (Europese Commis-

sie, 2009). Ten tweede moet er aannemelijk worden gemaakt – met een *theory of harm* ofwel schadetheorie – dat de aangeklaagde partij haar machtspositie kan gebruiken om concurrenten uit de markt te duwen en vervolgens de prijzen duurzaam te verhogen.

Hoe zijn deze criteria van toepassing op de lage prijzen van platformen? Gratis diensten lijken per definitie niet kostendekkend te zijn. Maar is er een aannemelijke schadetheorie? Vaak is het zo dat platformen goede redenen hebben om bepaalde diensten tegen lage prijzen of gratis aan te bieden, die niets van doen hebben met het uitschakelen van concurrenten. Digitale platformen worden vaak gekenmerkt door sterke netwerkeffecten – naarmate ze meer gebruikers hebben, worden ze ook meer waard. Aan het begin van hun ontwikkeling staan platformen voor de uitdaging om een kritische massa van gebruikers aan te trekken. Het gratis of goedkoop aanbieden van de dienst is de snelste manier om dit te doen (Economides en Himmelberg, 1995; Ten Kate en Niels, 2006). Bij tweezijdige platformen vinden deze netwerkeffecten plaats tussen verschillende groepen gebruikers. Voor deze platformen is het rationeel om deze dienst gratis of goedkoop aan een bepaalde groep aan te bieden, omdat deze groep op zijn beurt de andere groep aantrekt – denk weer aan gebruikers en adverteerders op Facebook (Evans en Schmalensee, 2010; Ten Kate en Niels 2019). Net als bij te hoge prijzen moeten mededingingsautoriteiten daarom ook voorzichtig omgaan met klachten over te lage prijzen.

Lage prijzen zijn uiteraard ook direct in het voordeel van consumenten. Bij roofprijzen is er de zorg dat consumenten op de langere termijn hogere prijzen zullen betalen als eenmaal de concurrentie is uitgeschakeld (mits de schadetheorie aannemelijk is gemaakt). Vanuit het oogpunt van de consument maken wij nog twee opmerkingen.

Ten eerste zijn gratis diensten niet echt gratis – een gratis lunch bestaat immers niet. Platformen verzamelen tal van data over de gebruikers, hun voorkeuren en hun gedrag. Deze gebruiken ze om hun producten te verbeteren, waarvan de gebruiker dan weer profiteert (bijvoorbeeld door beter afgestemde aanbevelingen in Amazon of Netflix, of betere verkeersinformatie op Waze). Ook hier kan men problemen zien,

niet alleen inzake privacy, maar ook wat mededinging betreft. Het Duitse Bundeskartellamt (2019) achtte de manier waarop Facebook gebruikersdata inzamelde op zijn verschillende platformen een misbruik van machtspositie, wat dus een nieuwe toepassing van de mededingingsregels was (en het valt nog te bezien of deze originele benadering elders navolging zal vinden). Ten tweede hebben gratis aanbiedingen vaak een beladen betekenis voor consumenten, zoals aangetoond in de gedragseconomie (Ariely, 2008). Als een product eenmaal door de consument als gratis wordt gezien, is het heel moeilijk voor aanbieders om in een later stadium alsnog een prijs te vragen. Het *freemium*-model is een slimme manier om dit te doen, maar is ook niet altijd eenvoudig. Het platform Strava

Gedifferentieerde prijzen worden niet altijd geaccepteerd door consumenten

bod jarenlang zijn belangrijkste diensten gratis aan voor fietsers en joggers, en bouwde daarmee een groot gebruikersbestand op – maar sinds voorjaar 2020 moet er voor de meeste basisdiensten nu ook maandelijks worden betaald. Dit leidde tot gemengde reacties onder gebruikers, hoewel velen (onder wie een van de auteurs) uiteindelijk besloten toch betalend abonnee te worden. Een verdere manier is om het product gratis te houden voor een groep gebruikers – en om de kosten te verhalen op andere groepen, zoals adverteerders. Al met al toont het fenomeen ‘gratis prijzen’ aan dat consumenten niet altijd machteloos staan tegenover platformen en invloed hebben op vormen van modern prijzen.

ADVIES VOOR MEDEDINGINGSBELEID

Modern prijzen brengt nieuwe, en bijzonder boeiende, vraagstukken met zich mee. Het bestaande analytische kader voor te hoge, te lage en discriminerende prijzen, zoals dat in het mededingingsrecht is ontwikkeld, kan nog steeds wor-

den toegepast. Bij dat kader was er altijd al voorzichtigheid geboden. Het verbieden van te hoge prijzen kan de marktwerking verstoren, en het verbieden van te lage prijzen kan consumenten schaden. Om dezelfde redenen zullen er niet veel vormen van modern prijzen snel worden aangemerkt als misbruik van marktmacht.

Of dit uit beleidsoogpunt een optimale uitkomst is, valt nog te bezien. Mededingingsautoriteiten staan onder politieke druk om in te grijpen tegen prijzen die als oneerlijk worden gezien. Als het mededingingsrecht als moeilijk toepasbaar wordt gezien, wendt men zich al gauw tot alter-

natieve instrumenten zoals consumentenbescherming of direct toezicht. Zie de huidige discussie rond de *Digital Services Act* voor de regulering van digitale diensten (Europese Commissie, 2020b). Deze alternatieve instrumenten kunnen complementair zijn aan mededingingsbeleid, mits ze net als het mededingingsrecht bouwen op een gezonde economische theorie en empirie, en gevrijwaard blijven van politieke ingrepen. Het is dan ook van groot belang dat mededingingsautoriteiten, als vertegenwoordigers van het marktconforme gedachtegoed, actief deelnemen aan de beleidsdebatten rond deze andere instrumenten.

LITERATUUR

ACM (2016) *ACM beboet Corendon voor onjuiste reisprijzen*. Autoriteit Consument & Markt, Nieuwsbericht, 13 juli.

ACM (2020a) *ACM zet onderzoek naar weesgeneesmiddel CDCA-Leadiant door*. Autoriteit Consument & Markt, Nieuwsbericht, 29 juni.

ACM (2020b) *ACM ziet dat online platforms misbruik van coronacrisis aanpakken*. Autoriteit Consument & Markt, Nieuwsbericht, 9 april.

ACM en NZa (2018) *Beter kiezen op de polismarkt*. ACM/NZa Rapport, juli.

Acquisti, A. en H.R. Varian (2005) *Conditioning prices on purchase history*. *Marketing Science*, 24(3), 367–381.

Apple (2019) *Apple Inc. v. Pepper et al. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*, No. 17-204. Supreme Court of the United States. Te vinden op www.supremecourt.gov.

Ariely, D. (2008) *Predictably irrational*. Londen: Harper Collins.

Boiteux, M. (1956) *Sur la gestion des monopoles publics astreints à l'équilibre budgétaire*. *Economica*, 24(1), 22–40.

Bundeskartellamt (2019) *Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources*. Persbericht, 7 februari.

CMA (2016) *Unfair pricing in respect of the supply of phenytoin sodium capsules in the UK*. Decision of the Competition and Markets Authority, Case CE/9743-13, 7 december. Te vinden op assets.publishing.service.gov.uk.

CMA (2020) *Online platforms and digital advertising*. Competition & Markets Authority, Market study final report, 1 juli. Te vinden op assets.publishing.service.gov.uk.

Dupuis, N., M. Ivaldi en J. Pouyet (2015) *A welfare assessment of revenue management systems*. Toulouse School of Economics Working Paper, TSE-547. Te vinden op www.tse-fr.eu.

Economides, N. en C. Himmelberg (1995) *Critical mass and network evolution in telecommunications*. In: G.W. Brock (red.), *Toward a competitive telecommunication industry*. Londen: Routledge, hoofdstuk 3.

Europese Commissie (2009) *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/C 45/02, 24 februari. Te vinden op eur-lex.europa.eu.

Europese Commissie (2020a) *Mededinging: Commissie vraagt feedback over toezeggingen Aspen om prijzen voor zes kankermedicijnen waarvan octrooi is vervallen, met 73 % te verlagen – en zo zorgen Commissie over excessieve prijzen weg te nemen*. Persbericht, 14 juli. Te vinden op ec.europa.eu.

Europese Commissie (2020b) *Commissie houdt raadgeving over wetgevingspakket digitale diensten*. Persbericht, 2 juni. Te vinden op ec.europa.eu.

Europese Hof (2017) *Conclusie van de advocaat-generaal N. Wahl, Zaak C-177/16 AKKA/LAA*, 6 april. Te vinden op curia.europa.eu.

Evans, D.S. en R. Schmalensee (2010) *Failure to*

launch: critical mass in platform businesses. *Review of Network Economics*, 9(4), 1.

Kate, A. ten, en G. Niels (2006) *Fulfilled-expectations equilibria in network demand*. *Review of Network Economics*, 5(3), 320–336.

Kate, A. ten, en G. Niels (2019) *Consumer demand in two-sided markets and the platform-specific nature of externalities*. SSRN Paper, 5 mei. Te vinden op www.ssrn.com.

Oxera (2003) *Assessing profitability in competition policy analysis*. Economic Discussion Paper, 6. Te vinden op www.oxera.com.

Oxera (2013) *Behavioural economics and its impact on competition policy: a practical assessment with illustrative examples from financial services*, mei. Te vinden op www.acm.nl.

Oxera (2015) *The cloud, or a silver lining? Differentiated pricing in online markets*. Oxera Agenda, mei. Te vinden op www.oxera.com.

Smallwood, K. (2018) *That time Coca-Cola tried to introduce vending machines that charged more on hot days*. Artikel op www.todayifoundout.com, 27 februari.

Streitfeld, D. (2000) *On the web, price tags blur*. *The Washington Post*, 27 september.

Tetelepta. B. (2020) *Setje mondkapjes kost op Bol.com ineens 137 (!) euro, klanten reageren woest*. AD, 6 maart.

Thaler, R.H. (2015) *Misbehaving: the making of behavioral economics*. New York: W.W. Norton & Company.



Fintech is vriend én vijand van de banken

Fintech zet de concurrentieverhoudingen in de bancaire sector op scherp. Het creëren van een gelijk speelveld tussen gevestigde financiële partijen en nieuwe fintech-spelers is een eerste ver- eiste om de positieve effecten van technologische vernieuwing voor consumenten en bedrijven te behouden, en om tegelijkertijd problemen wat betreft concurrentie te voorkomen. Actief mede- dingingsbeleid is hierbij van belang.

IN HET KORT

- ▶ Een gelijk speelveld faciliteert vernieuwing en voorkomt concurrentieproblemen.
- ▶ Aanpassing van regelgeving is nodig om toe- gang tot bigtech betaalplatformen te borgen.
- ▶ Inwisselbaar digitaal centralebankgeld kan concurrentie- en stabiliteitsrisico's beperken.

De financiële sector is *in flux*. In sneltreinvaart razen er allerlei technologische innovaties en digitale toepassingen op het bankenwezen af. Of we het nu disruptie, transformatie of revolutie noemen, het is duidelijk dat deze snelle opkomst van nieuwe financiële technologie – ‘fintech’ – de bestaande concurrentieverhoudingen tussen commerciële banken en andere financiële instellingen flink zal opschudden. In de dynamiek tussen innovatie, concurrentie en marktmacht, houdt fintech zowel kansen als risico's in voor gevestigde en

nieuwe marktpartijen binnen de financiële sector. Dit preadvies beschrijft allereerst deze economische dynamiek, en gaat vervolgens dieper in op de invloed die fintech kan hebben op de mededinging in de bancaire sector.

Ofschoon de investeringen in technologie en ook het tempo van die innovatie de afgelopen jaren sterk zijn toege- nomen, is fintech geen nieuw fenomeen. De ontwikkeling van financiële technologie is immers van alle tijden. Commerciële banken in het bijzonder zijn door de eeuwen heen de fintech- bedrijven van weleer geweest: van zowel de uitgifte van de eer- ste wissels en cheques in de middeleeuwen als de grootscha- lige introductie van creditcards in de jaren vijftig van de vorige eeuw, tot het uitvoeren een ‘instant payment’ in 2019. Wat wel nieuw is aan de recente fintech-ontwikkelingen, is dat er juist allerlei niet-bancaire partijen – zowel jonge fintech-start- ups als grote bigtech-technologiebedrijven – op de markt zijn gekomen. Op basis van nieuwe digitale technologieën kunnen deze toetreders efficiëntere en meer klantgerichte alternatie- ven voor bankdiensten aanbieden (PWC, 2016). Waar ban- ken tot voor kort ‘alleenheersers’ waren wat betreft het aan-

WILKO BOLT

Senior econoom bij De Nederlandsche Bank en hoogleraar aan de Vrije Univer- siteit Amsterdam

MICHEL VAN LEUVENSTEIJN

Senior econoom bij de Autoriteit Consu- ment & Markt

Dit Preadvies vormt niet noodzakelij- kerwijs een reflectie van de standpunten van de Autoriteit Consument & Markt of De Neder- landsche Bank.

bieden en verrichten van de meeste financiële diensten, zijn er nu nieuwe spelers actief in de gehele bancaire waardeketen. Gevestigde banken, jonge fintech-ondernemingen en grote bigtech-bedrijven, toezichhoudende autoriteiten en andere partijen zijn daarom flink in beweging om opnieuw hun positie te bepalen in het snel veranderende financiële landschap.

Innovatie in de financiële sector – en de toetreding van nieuwe innovatieve spelers – is een belangrijke voorwaarde voor het ondersteunen van een gezonde markteconomie en economische welvaart. Naast kansen voor de financiële sector en de maatschappij als geheel zitten er ook schaduwkanten aan fintech. Zo kan innovatie de businessmodellen van gevestigde financiële partijen uithollen en daarmee de financiële stabiliteit onder druk zetten. Ook kan fintech tot risico's leiden bij het ontstaan van economische marktmacht in de toekomst, bijvoorbeeld als een nieuwe speler grote delen van de financiële dienstverlening gaat domineren. Daarnaast maakt geavanceerde digitale technologie in combinatie met de sterk toegenomen databeschikbaarheid uitgebreidere analyse van klantgegevens mogelijk, hetgeen eisen stelt aan de privacybescherming van consumenten (DNB, 2016).

Dit artikel bespreekt de impact van fintech op de concurrentieverhoudingen binnen de bancaire sector alsmede de implicaties en uitdagingen voor effectieve regelgeving. In de volgende paragraaf gaan we dieper in op fintech-ontwikkelingen en economische drijfveren, waarna we vervolgens een aantal effecten van fintech op het bankwezen concreter analyseren. Het gebied waarop fintech tot nu toe wellicht de meeste impact heeft gehad is het betalingsverkeer. Door de voortdurende digitalisering verandert niet alleen de manier waarop we betalen in rap tempo, maar komen er ook allerlei private alternatieven voor publiek geld op de markt. Verder behandelen we cryptovaluta en het digitale centralebankgeld als een *special case* van fintech. Ten slotte trekken we enkele conclusies en doen we beleidsaanbevelingen.

AFBAKENING, MARKTWERKING EN NIEUWE REGELGEVING

Fintech is een 'veelkoppig monster' en laat zich maar lastig precies omschrijven. Aan de ene kant draait fintech om het

gebruik van nieuwe digitale technologie in de financiële sector, aan de andere kant duidt fintech ook de sector zelf aan waarin allerlei bedrijven en ondernemingen actief zijn om nieuwe innovatieve financiële diensten aan te bieden.

Afbakening

Een vaak gebruikte brede definitie die het fluïde karakter van fintech goed weergeeft, als eerste opgetekend door de Financial Stability Board, luidt: *"FinTech: Technology-enabled innovation in financial services that could result in new business models, applications, processes or products with an associated material effect on the provision of financial services."* (FSB, 2017, p. 33).

Naast de opkomst van nieuwe financiële technologie zijn ook veranderingen in preferenties van consumenten en nieuwe wet- en regelgeving belangrijke aanjagers van fintech. Consumenten zijn steeds beter geïnformeerd en beter in staat hun wensen voor producten en diensten kenbaar te maken, en hebben bovendien behoefte aan oplossingen die naast gemak en snelheid ook inzicht en advies bieden. Fintech heeft hierop volop ingespeeld, wat blijkt uit de wereldwijde stijging van acceptatie van fintech-producten en -diensten door consumenten van 15 procent in 2015 tot 64 procent in 2019 (EY, 2019). De meest in het oog springende nieuwe regelgeving betreft de herziene Richtlijn betaaldiensten (*Payment Service Directive 2*; PSD2), die innovatie en concurrentie op de betaalmarkt beoogt te bevorderen door toetredingsbarrières voor nieuwe marktpartijen te verlagen. Deze richtlijn sluit sterk aan bij een bredere ontwikkeling naar 'open finance' en 'open banking' zoals zeer recent gepresenteerd door de Europese Commissie en inmiddels goed zichtbaar in het Verenigd Koninkrijk voor de negen grootste banken (Europese Commissie, 2020).

Fintech grijpt aan op allerlei terreinen in de bancaire en financiële sector: betalingsverkeer, kredietverlening, vermogensbeheer en verzekeren. Door gebruik te maken van allerlei nieuwe informatie- en communicatietechnologieën maakt fintech een drastische verandering op deze terreinen mogelijk. Deze 'enabling technologies' draaien veelal om digitalisering van bestaande processen en de toepassingen

daarvan op nieuwe domeinen en activiteiten. Belangrijke ‘enablers’ die niet alleen hun intrede hebben gedaan in de financiële sector maar ook daarbuiten, zijn onder andere: *cloud computing*, *machine learning* en kunstmatige intelligentie (AI), bigdata-analyse, digitale identificatie en blockchain-technologie. Deze moderne digitale technologieën kunnen bijdragen aan hogere kostenefficiëntie (Thakor, 2020) door:

1. lagere transactie- en zoekkosten van economische marktpartijen,
2. grotere schaal- en synergievoordelen, met name waar het de opslag en gebruik van data betreft,
3. goedkopere en veiligere informatie-uitwisseling, en
4. lagere verificatiekosten.

Figuur 1 geeft een schematische indeling van hoe verschillende ‘enabling technologies’ en technologische innovaties het financiële landschap beïnvloeden.

De fintech-sector is divers en dynamisch, die als gevolg van de snelle technologische ontwikkelingen voortdurend verandert. Fintechs zijn vaak jonge hightech-start-ups (‘uitdagers’) die vooral op basis van hun ‘state-of-the-art’ IT-capaciteit en de schaalbaarheid van hun dienstverlening de gevestigde banken kunnen uitdagen – of juist helpen – door goedkopere, meer klantgerichte en snellere alternatieven voor bankdiensten aan te bieden. Ook bigtechs timmeren inmiddels aan de weg; grote technologiebedrijven zoals Facebook, Apple, Amazon, Google en Alibaba, die digitale innovaties ontwikkelen, adopteren en integreren over de gehele bancaire waardeketen (DNB, 2016). Figuur 2 toont de expansieve groei van het aantal fintech-deals en het durfkapitaal dat de laatste tien jaar geïnvesteerd is in financiële technologie. Mede door deze sterke groei van investeringen kan het tempo van innovatie voortdurend toenemen.

Recent onderzoek suggereert dat, grosso modo, de kosten per eenheid product van financiële intermediatie niet veel zijn veranderd over de laatste 130 jaar (Philippon, 2014). Door het omzeilen van traditionele financiële intermediairs kan fintech tot welvaartswinsten leiden en fricties reduceren. Tegelijkertijd zijn er schaduwkanten voor de financiële sec-

tor. Financiële desintermediatie en disruptie zetten de businessmodellen van banken en andere gevestigde financiële partijen onder druk en daarmee mogelijk zelfs de financiële stabiliteit (Boot et al., 2020; Vives, 2017).

Marktwerking

De concurrentie die voortvloeit uit technologische innovatie maakt het moeilijker voor banken om financiële diensten winstgevend te blijven aanbieden. Jonge fintechs specialiseren zich veelal in één product of dienst waarmee ze de concurrentie met gevestigde partijen aangaan. Door specialisatie worden deelmarkten ‘afgeroomd’ waardoor bestaande businessstrategieën zoals *cross-selling* – een totaalpakket van verschillende onderling verbonden producten en diensten aanbieden – bemoeilijkt wordt. De betaalrekening – als portaal om consumenten aan te trekken – is hiervan een goed voorbeeld. Deze dienst is op zichzelf nauwelijks winstgevend voor een bank, maar leidt door het klantcontact vaak tot de verkoop van wél winstgevende producten, zoals een spaarrekening, hypotheek of consumentlening. Daarnaast betreden grote bigtechs de markt om financiële diensten – met name betalingsdiensten – en daaraan gerelateerde diensten aan te bieden om zodoende hun online-platformen nog aantrekkelijker te maken en om tegelijkertijd kostbare klantdata te verzamelen en te vercommercialiseren. Mede door hun sterke kapitaalpositie, schaalgrootte en innoverend vermogen kunnen deze technologiereuzen de concurrentie met de grote gevestigde banken aan en mogelijk zelfs in grote delen van de financiële sector een sterke groei laten zien.

Technologische ontwikkeling heeft ervoor gezorgd dat de online- en offline-wereld dichter bij elkaar zijn gekomen door onder andere de opkomst van betalingen via de mobiele telefoon (de *e-wallet* en de *super app* met meer financiële diensten). Bigtechs kunnen met hun ecosystemen, consumentenbereik en online-platformen gezamenlijk met *neobanken* (banken die alleen via internet opereren) als N26 en Revolut het competitieve speelveld plotseling snel veranderen. Ook kunnen de concurrentieverhoudingen in de markt veranderen door grote overnames, zoals bijvoorbeeld de overname van de Zweedse fintech-start-up iZettle door het

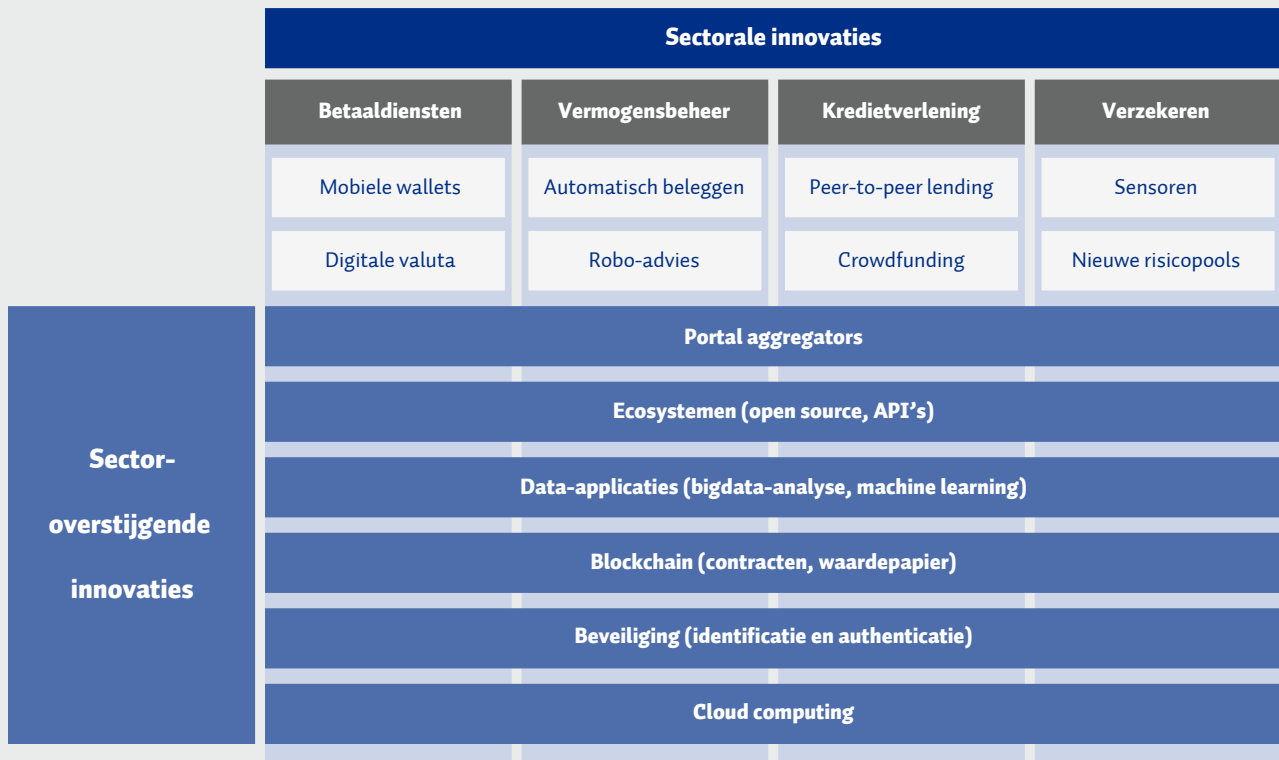
Amerikaanse betaalbedrijf PayPal voor 2,2 miljard dollar in 2018 waardoor PayPal zijn waardepropositie in het segment van kleine en middelgrote bedrijven flink zou kunnen versterken. Vanuit mededingingsperspectief moeten kosten- en synergievoordelen van zulke overnames worden afgewogen tegen mogelijk hogere prijzen en minder innovatie na de fusie, vanwege een afname aan concurrentie.

Banken zien zich in dit verband geplaatst voor grote uitdagingen. Fintech heeft hun sterke uitgangspositie van ‘onmisbaarheid’ verzwakt. Dit wordt nog eens verder ver-

sterkt door traditioneel hoge kostenstructuren, mede door verouderde IT-infrastructuur en bureaucratische processen en werkwijzen (*legacy*). Ook zijn de compliance-kosten sinds de vorige financiële crisis flink toegenomen door nieuwe wet- en regelgeving en verzwaarde toezichteisen. Fintechs en bigtechs kunnen hiervan profiteren omdat zij doorgaans zijn onderworpen aan een lichter toezichtregime, waardoor een ongelijk speelveld kan ontstaan. Al met al kunnen de digitalisering van processen, verminderde grip op klanten, en lagere marges de verdienmodellen van banken uithollen en

Fintech in de financiële sector: technologie en innovatie

FIGUUR 1



Bron: DNB (2016), BIS (2018)

daarmee een risico vormen voor financiële stabiliteit (Boot, 2016).

De kernvraag is hoe fintech de concurrentieverhoudingen in het bankenlandschap zal veranderen en hoe nieuwe toetreders en gevestigde partijen zullen omgaan met de geboden kansen en ontstane risico's. Behalve toegankelijkheid ('financiële inclusie'), veiligheid en stabiliteit van de financiële sector, kunnen er ook nieuwe mededingingsrisico's optreden als gevolg van fintech. Zo kunnen aan de ene kant concentratierisico's ontstaan wanneer door schaalgrootte en netwerkeffecten bijvoorbeeld een bigtech een dominante positie op de markt bereikt die zowel kleinere fintechs als gevestigde partijen uit de markt verdrijft. Aan de andere kant zullen bestaande marktpartijen de neiging hebben hun positie en marktaandeel te beschermen door de markttoegang voor nieuwe spelers te bemoeilijken (Vives, 2017). Banken zouden bijvoorbeeld de toegang tot hun digitale betaalinfrastuur kunnen belemmeren. Ten slotte speelt het probleem van standaardisering. Ofschoon standaardisatie in het algemeen de innovatiewinst kan vergroten en marktfragmentatie kan voorkomen, kunnen technische standaarden ook op een anti-competitieve manier tot stand komen en daardoor tot belemmering of uitsluiting van nieuwe marktspelers leiden. Daarom is het belangrijk dat standaarden enerzijds op een open en competitieve manier worden vastgesteld en anderzijds onder objectieve, niet-discriminerende en evenredige (oftewel *fair, reasonable and non-discriminatory*; FRAND) voorwaarden kunnen worden gebruikt door alle marktpartijen. In dit verband wijst het CPB op het gevaar van innovatiebepurende, gesloten standaarden en benadrukt het belang van open standaarden als succesfactor voor fintech (CPB, 2016). De toegang tot de betaalinfrastuur onder PSD2 is hiervan een interessant praktijkvoorbeeld.

Nieuwe regelgeving

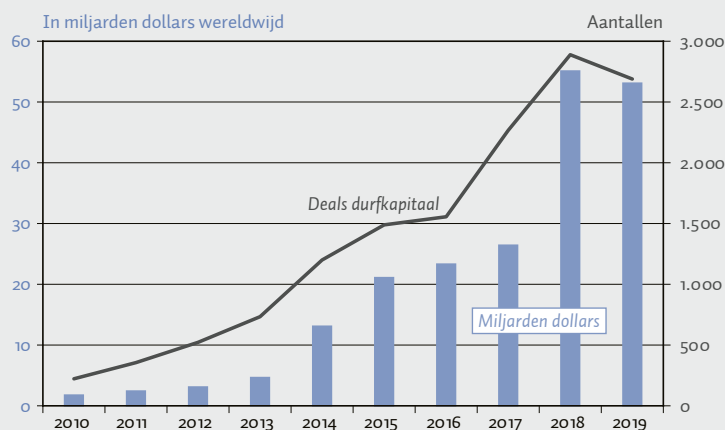
De afgelopen jaren is nieuwe wet- en regelgeving doorgevoerd die de financiële dienstverlening en de rol van de financiële marktpartijen direct beïnvloedt. Het gaat hierbij onder meer om de AVG (Algemene verordening gegevensbescherming) waarin de privacybescherming van de consument cen-

traal staat, en recente aanpassingen in de Wwft, de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme. Deze nieuwe regelgeving biedt kansen voor nieuwe fintechbedrijven die zich specialiseren in het verschaffen van databescherming, digitale identiteitsdiensten en 'onboarding' of het zoeken naar verdachte patronen en transacties op basis van AI-algoritmes.

De meest opmerkelijke nieuwe regulering betreft wellicht PSD2. Deze richtlijn beoogt de innovatie en concurrentie op de Europese betaalmarkt te bevorderen door toetredingsbarrières ten aanzien van betaalrekeningen, betaalinformatie en betaalsystemen voor nieuwe marktpartijen te verlagen. Om een gelijk speelveld tussen fintech-ondernemingen en banken te bevorderen, is in 2019 PSD2 geïmplementeerd in de Wet op het financieel toezicht (Wft). PSD2 regelt onder meer de toegang tot betaalrekeningen door derden onder FRAND-voorwaarden. Daarnaast bepaalt ze onder andere dat banken in beginsel rekeninginformatie van de betaalrekening toegankelijk moeten maken

Durfkapitaal-investeringen en aantal deals in fintech

FIGUUR 2



Bron: Statista.com; KPMG

voor fintechs met een vergunning voor het aanbieden van rekeninginformatiediensten. Voor deze betaalinitiatiediensten en rekeninginformatiediensten kunnen vergunningen worden aangevraagd bij DNB of een andere Europese toezichthouder. Ook is het onder bepaalde voorwaarden mogelijk om een vergunning voor een deel van deze betaaldiensten via partners te verkrijgen. Daarnaast reguleert PSD2 de toegang tot betaalsystemen, zodat bedrijven kunnen beschikken over een betaalrekening onder de eerder genoemde voorwaarden, en toegangsvragers onderling gelijk behandeld worden indien er al aan een partij toegang wordt verleend.

Aan de huidige PSD2-wetgeving kleven een aantal beperkingen. Banken kunnen, onder de huidige regels en interpretatie van PSD2, geen directe vergoeding vragen voor

Banken moeten alle zeilen bijzetten om technologische vernieuwing te omarmen

het toegang verlenen tot betaalrekeningen van hun klanten of het verstrekken van betaalinformatie. Dit kan banken een prikkel geven om derde partijen uit te sluiten, of op andere wijze een belemmering op te werpen, omdat ze een stukje van het voordeel om derden toegang te verschaffen, niet naar zich toe kunnen trekken (ACM, 2017). Ook geven de PSD2 en de Technische reguleringsnormen (*Regulatory Technical Standards*; RTS) nog ruimte voor verschillende invullingen of interpretaties ten aanzien van de wijze waarop toegang verleend dient te worden. Een interessant geval betreft het gebruik van – op open standaarden gebaseerde – API's (*application programming interface*) die de digitale toegangspoorsten vormen tot de betaalrekeningen en betaalrekeninginformatie bij banken. De technische specificaties voor digitale authenticatie en communicatie zullen bestaande banken enige ruimte geven om deze eenzijdig aan te passen en te wijzigen, zodat het risico bestaat dat aanvullende standaard-

den de toegang van nieuwe fintech-spelers zouden kunnen belemmeren (Van der Beek, 2017). Een verdere standaardisatie van toegang van derde partijen tot financiële data geldt als een belangrijke voorwaarde om een open en gelijk speelveld op het gebied van betalen en financiering te bewerkstelligen (DNB, 2020a). Ten slotte vallen veel bigtechs niet onder de regelgeving van PSD2 die betrekking heeft op toegangsverlening omdat ze alleen technische diensten aanbieden. Zo biedt Apple de betaaldienst Apple Pay aan als een technische dienst, maar maakt het voor het aanbieden van deze dienst geen gebruik van een PSD2-vergunning.

DE IMPACT VAN FINTECH OP CONCURRENTIE IN DE BANKENSECTOR

In het geschetste krachtenveld van innovatie, concurrentie en marktmacht zullen nieuwe toetreders en gevestigde financiële partijen hun businessstrategieën en verdienmodellen moeten aanpassen. Dit vraagt om een zorgvuldige afweging van verschillende publieke belangen die spelen in de financiële sector, onder andere financiële stabiliteit, concurrentie, veiligheid en privacy.

Data, innovatie en concurrentie

De invloed van fintech op de bankensector wordt vooral gestuurd door nieuwe digitale technologie. Het gaat hierbij om de toegenomen capaciteit om data te registreren, op te slaan en te verwerken. Data worden al meer geregistreerd omdat digitale apparaten, zoals laptops en mobiele telefoons, het mogelijk maken om steeds meer individuele informatie in real time te verkrijgen. Het aantal digitale apparaten is snel gestegen en vervangt steeds vaker de analoge versies. Terwijl 25 jaar geleden de desktopcomputer de digitale apparatuur was, zijn er tegenwoordig smartphones, smartwatches, smart home devices – zoals Google Home – en zelfs smartcars op de markt. Deze *devices* lijken meer en meer ‘een verlengstuk van ons zelf’ te worden. De grote beschikbaarheid van de data die door het gebruik van zulke apparaten worden verzameld, geeft de mogelijkheid om AI-technologie te ontwikkelen en toe te passen. Er zijn ruwweg vier golven van AI-ontwikkeling zichtbaar (Lee, 2018).

1. *De internet-AI-golf:* Hierbij beveelt AI alleen bepaalde producten/diensten aan of zet die hoog in een ranking. Data die hiervoor nodig zijn, worden gelabeld naar individuele acties ten aanzien van een product of dienst, bijvoorbeeld het klikken op een website of product, of zelfs het geven van productreviews en *likes*. Deze gegevens worden gecombineerd met gegevens over andere persoonlijke eigenschappen.
2. *De business-AI-golf:* Deze AI is gebaseerd op de automatische labeling door bedrijven zoals banken, verzekeringsmaatschappijen en ziekenhuizen van persoonlijke data over de kansen op een auto-ongeluk, fraude en het niet terugbetalen van een lening. Kortom, gestructureerde data over uitkomsten die relevant zijn voor businessmodellen bij het aanbieden van financiële producten. Het gaat hier niet om gegevens over groepen of specifieke individuen, maar om verdelingen. AI wordt ingezet om in de data van bedrijven ‘verborgen’ correlaties te vinden.
3. *De perceptie-AI-golf:* Bij deze AI kunnen voorwerpen, mensen (gezichten) en dieren worden herkend. Op dit moment wordt gezichtsherkenning bijvoorbeeld gebruikt op de iPhone X en stemherkenning bij Siri en Alexa. Dit geeft de mogelijkheid om emoties nauwkeurig te meten en hierop in te spelen met producten en diensten. De benodigde data zijn persoonlijke data over verschillende situaties. Deze data kunnen niet worden geaggregeerd en zijn het liefst in real time beschikbaar zodat op de emotie of situatie snel kan worden ingespeeld.
4. *De autonome AI-golf:* Dit is AI waarin een individu een opdracht of wens formuleert, en een apparaat met behulp van AI een opdracht uitvoert. Voor betalen zou dat kunnen betekenen de ‘zelf-betalende auto’ (Amazon ontwikkelt deze toepassing momenteel). Voor deze AI zijn data nodig van miljoenen situaties en hoe daarbij gehandeld dient te worden. Deze informatie kan deels persoonspecifiek zijn, die rekening houdt met persoonlijke voorkeuren die uit genomen acties en handelingen gedestilleerd kunnen worden.

Elk van deze AI-golven heeft dus een ander type informatie nodig. Naarmate de AI zich verder ontwikkelt, is meer individuele informatie nodig, meer op real time gebaseerd en minder geaggregeerd om het algoritme efficiënter te maken. Daarmee wordt het steeds belangrijker dat de digitale identiteit bekend is om de AI-technologie verder te ontwikkelen, waarbij het gebruik van deze identiteit eventueel problemen met de privacy van de consument kan geven.

Concurrentie is nodig om deze technologische mogelijkheden om te zetten in alledaagse innovaties die de consument meer gebruikersgemak verschaffen en voor meer inclusie kunnen zorgen op het gebied van leningen en beleggingsproducten. Hierbij kan een omslagpunt ontstaan als ‘te veel’ concurrentie ten koste zou gaan van de prikkels om te innoveren (CPB, 2016). Het is daarom belangrijk dat er een gelijk speelveld bestaat voor de verschillende spelers op de markt die elkaar uitdagen tot innovaties. Tegelijkertijd zou een innovatie zelf tot nieuwe machtsposities kunnen leiden als bijvoorbeeld data niet voor meerdere partijen toegankelijk zijn.

Kansen en risico's voor concurrentie vanuit maatschappelijk perspectief

De toetreding van nieuwe partijen in de financiële sector zoals jonge fintechs en bigtechs verhoogt de concurrentie met banken op allerlei deelmarkten van de financiële dienstverlening. Oorspronkelijk verrichtten banken vrijwel alle activiteiten in de financiële dienstverlening. Zij verzorgden betalingen en gaven de mogelijkheid tot het aanhouden van spaar- en betaalrekeningen, tot het beleggen van vermogen en tot het verstrekken van leningen. Naar verwachting zullen fintechs op al deze vlakken hevig gaan concurreren met banken.

Er kunnen echter ook risico's voor concurrentie ontstaan bij marktmacht van een van de (bestaande) marktpartijen. Deze marktmacht hoeft niet altijd te liggen op de markt zelf, maar kan ook in aanpalende markten aanwezig zijn, waarbij marktmacht makkelijk over te hevelen is. Deze marktmacht kan misbruikt worden. Dit uit zich dan in een aantal gedragingen zoals uitsluiting, preferentiële behandeling, bundeling van producten en excessieve data-uitvraag.

Marktmacht alleen is geen voldoende voorwaarde om te kunnen spreken van een risico voor concurrentie. In het algemeen moet er ook sprake zijn van misbruik van de machtspositie. Daarnaast is het voor het risico van uitsluiting ook van belang dat de fintech die wordt uitgesloten, concurreert met de uitsluitende partij en dat er tevens een prikkel bestaat om uit te sluiten. Bij het beoordelen van de risico's van preferentiële behandeling moet ook gekeken worden naar de gevolgen daarvan voor de consument. Met name een preferentiële behandeling die de kwaliteit van de dienstverlening verhoogt, is daarbij niet altijd schadelijk. Ook voor het risico bij bundeling geldt dat bundeling van producten op zichzelf efficiënt kan zijn. Zo zou het *economies of scope* kunnen geven en het gemak van de consument verhogen. In dat geval is

Een strategie van 'open banking' combineert vertrouwen met innovatiekracht

de economische schade onduidelijk. Ten slotte geldt bij het risico van excessieve data-uitvraag dat dit ook nieuwe innovaties mogelijk maakt, waardoor de schade van het excessieve gebruik van data moet worden afgewogen tegenover de langetermijnvoordelen van deze innovaties (zoals mogelijke verhoging van efficiëntie).

Kansen en risico's vanuit bankperspectief

Ook vanuit het perspectief van de banken kent deze nieuwe technologische ontwikkeling kansen en bedreigingen. Traditioneel draait het businessmodel van banken om het aantrekken van deposito's en het geven van leningen aan huishoudens en bedrijven. Om goed te kunnen inspelen op de behoeften van de klant en deze producten te verkopen is het contact met de klant van groot belang om informatie te verkrijgen over onder meer de kredietwaardigheid van het huishouden

of bedrijf. Zowel het klantcontact als de financiële informatie verloopt doorgaans via de betaalrekeningen van klanten.

Een van de bedreigingen voor de bank is dat het klantcontact op termijn zal worden overgenomen door de nieuwe (grote) financiële technologische bedrijven en dat de informatiestroom van betalingen niet meer via de bank verloopt. Vooralsnog hebben banken een sterke positie op deze markten met een goedkoop en betrouwbaar product als iDEAL, maar dit kan snel veranderen. De andere bedreiging betreft de inrichting van de backoffice van banken. Hypotheekaanvragen gaan nog altijd gepaard met veel 'papierwerk in digitale vorm'. Fintechs zijn veel efficiënter en goedkoper in deze processen. Er zijn nu neobanken in Azië waarbij papierwerk en personeelskosten sterk zijn gereduceerd door de introductie van nieuwe technologie zoals blockchain.

De kansen voor banken liggen in de samenwerking met deze partijen. Op deze manier zouden banken zich toegang kunnen verschaffen tot technologische kracht en tot nieuwe gebruikers en klanten. Zo zijn bigtechs waarschijnlijk beter in het verrichten en onderhouden van KYC-processen (*know your customer*) dan banken, en zouden ze op deze manier een hoop kosten voor banken kunnen besparen. Verder zijn bigtechs sterk in het geven van betaalgemak en kan het goedkoper zijn om van hun e-wallets gebruik te maken, dan eigen e-wallets te moeten ontwikkelen en onderhouden. Fin- en bigtechs kunnen daarom een grote bijdrage leveren aan het opruimen van legacy in de backoffice van de banken. Vanzelfsprekend dienen mededingingsautoriteiten bij de beoordeling van voorgenomen fusies en overnames eventuele efficiëntievoordelen die ontstaan door de fusie af te wegen tegen nadelen van een mogelijk verlies aan concurrentie.

Strategie van banken en fintechs

Er zijn verschillende strategieën waarmee banken kunnen reageren op deze ontwikkelingen. Deze lopen uiteen van samenwerken met een fintech of een fintech overnemen tot zelf innovatieve producten ontwikkelen.

De bank kan zelf nieuwe innovaties en toepassingen voor klanten ontwikkelen door zich om te vormen tot een 'bankplatform' waarop verschillende producten en diensten

kunnen worden aangeboden, ook van andere partijen dan de bank zelf. Op deze wijze kan een bank relevant blijven voor klanten (Hamerlinck, 2015). De grote uitdaging hierbij is een platform te creëren dat niet alleen voor bankzaken bedoeld is, maar ook andere content bevat, zoals bijvoorbeeld navigatiediensten of online-winkelactiviteiten. Dit vormt ook gelijk de achilleshiel van deze strategie; bigtechs met hun ecosystemen en grote consumentenbereik zijn hier qua ontwikkeling veel verder mee. Zo heeft Ant Group met WeChat Pay hiermee al veel ervaring opgebouwd in China. Daarnaast is het mogelijk om een meer defensieve strategie te kiezen en af te wachten wat werkt en aanslaat bij vernieuwingen in het betalingsverkeer en dan pas nieuwe innovaties te adopteren.

Een laatste bankstrategie die de voorgaande niet uitsluit, is het zich volledig richten op de kern van het bankwezen: de afwikkeling van betalingen, het managen van risico's van de bankbalans en het beheren van beleggingen- en leningenportefeuilles. Hiervoor moeten processen wel efficiënter worden ingezet. Samenwerkingen en partnerschappen met fintechs op bijvoorbeeld het gebied van machine learning en blockchain-technologie liggen hierbij voor de hand. Voor fintechs zal de strategie vooral gericht zijn op samenwerking met banken en bigtechs. Deze partijen hebben toegang tot veel gebruikers en kunnen als platform dienen waarop de diensten van fintechs kunnen worden aangeboden. Op dit moment regelt PSD2 de toegang tot de betaalinfrastructuur van banken voor derde partijen onder FRAND-voorwaarden. Een voor de hand liggende beleids optie zou kunnen zijn om deze regelgeving aan te passen zodat technische dienstverleners met een poortwachtersfunctie, zoals de betaalplatformen en ecosystemen van bigtechs, onder dezelfde voorwaarden toegang geven aan fintechs en banken. Verder zullen fintechs zich hierbij specialiseren in de technologische diensten waarin ze echt sterk zijn en toegevoegde waarde hebben.

CRYPTOVALUTA EN DIGITAAL CENTRALEBANKGELD

Mede door fintech is een brede internationale discussie over het functioneren van traditionele geldstelsels en beta-

lingssystemen in een stroomversnelling gekomen (zie onder andere WRR, 2019). De snelle opkomst van allerlei cryptovaluta ('crypto's'), waaronder bitcoin, heeft het financiële ecosysteem flink opgeschud. Blockchain-technologie heeft aangetoond dat elektronische betalingen kunnen worden uitgevoerd, verwerkt en verrekend zonder tussenkomst van vertrouwde financiële instellingen. Daarnaast heeft vooral de door Facebook aangekondigde invoering van 'de *libra* – een stabiele crypto (*stablecoin*)' waarvan het waardeverloop wordt ondersteund door een mandje activa – tot heftige reacties geleid bij overheden en centrale banken. Deze crypto's kunnen potentieel bijdragen aan een sneller, goedkoper en meer inclusief mondiaal betalingsverkeer (Bolt en Van Oordt, 2020). Maar er kunnen ook nieuwe risico's ontstaan indien nieuwe mondiaal opererende crypto's op grotere schaal als betaalmiddel zouden worden gebruikt, onder meer voor het monetaire beleid, de financiële stabiliteit en de economische mededinging (DNB, 2020b; BIS, 2019). Opgeteld bij het structureel afnemende gebruik van contant geld zou hiermee de beschikbaarheid en bruikbaarheid van een veilige publieke vorm van geld, uitgegeven door de centrale bank, voor steeds meer mensen onder druk komen te staan (Lagarde, 2020).

Veel centrale banken denken er daarom over na om een eigen digitale valuta (oftewel CBDC; *central bank digital currency*) voor burgers en bedrijven uit te brengen. Hierbij dienen allerlei publieke belangen ten aanzien van veiligheid, toegankelijkheid en privacy goed te worden afgewogen. Ook is belangrijk dat de inwisselbaarheid tussen publiek en privaat geld in digitale vorm gewaarborgd blijft. Daarmee wordt ook voorkomen dat het gebruik van private munten zoals de *libra* een barrière zou opwerpen om alleen goederen en diensten binnen het eigen private ecosysteem af te nemen. Dat zou de concurrentie van goederen en diensten van buiten het ecosysteem uiteindelijk kunnen belemmeren en tot uitsluiting leiden (Brunnermeier et al., 2019). Bovendien wordt door inwisselbaarheid het onderlinge vertrouwen van burgers en bedrijven in geld en betalingsverkeer verder ondersteund, wat vooral nodig is in extreme situaties zoals financiële crises, verstoring van het private betalingsverkeer of (andere) maatschappelijke ontwrichting. Juist op die momenten kan extra

vraag naar publiek geld ontstaan. Daarnaast kan de invoering van CBDC de goede werking van het betalingsverkeer verder bevorderen in de vorm van synergievoordelen en een robuuste back-upfaciliteit voor digitale betalingen (ECB, 2020). Robuustheid is gewenst nu de afhankelijkheid van private partijen in het betalingsverkeer door de voortdurende digitalisering steeds groter wordt. Bovendien kan CBDC – als alternatief concurrerend betaalmiddel – een gunstige werking hebben op de tarieven van overige digitale betaalinstrumenten.

Maar CBDC brengt ook risico's en uitdagingen met zich mee. Zo zou CBDC tijdens financiële crises een bankrun kunnen versnellen wanneer burgers en bedrijven hun tegoeden bij commerciële banken zouden omzetten in CBDC om risico's te vermijden. Dit zou de kredietverlening van banken in turbulente tijden nog verder onder druk zetten. Beheersmaatregelen voor de hoeveelheid CBDC die in omloop is, zoals bijvoorbeeld limieten en/of rentevergoeding op tegoeden, lijken daarom cruciaal (DNB, 2020b). Tegelijkertijd zou de 'optiewaarde' om naar de veilige haven van een centrale bank te vluchten, commerciële banken ex ante prudenter kunnen maken in het uitvoeren van hun kerntaken om zo hun klanten beter aan zich te binden (Andolfatto, 2018). Bovendien kan CBDC de effectiviteit van monetair beleid beïnvloeden, bijvoorbeeld omdat lagere negatieve rentes eenvoudiger kunnen worden doorberekend. Hierdoor zou de monetaire beleidsruimte worden vergroot door de effectieve ondergrens van de beleidsrente te verlagen. Ten slotte komen vragen op over privacy en datagebruik, wanneer de unieke anonimiteit van publiek contant geld verloren gaat. Bovendien, om de vraag naar en het gebruik van CBDC te bevorderen, zal het nieuwe digitale geld moeten voldoen aan de huidige 'fancy' digitale maatstaven en preferenties van consumenten en bedrijven. Tegelijkertijd mag CBDC concurrerende private betaalinitiatieven niet uit de markt drukken.

CONCLUSIE EN BELEIDSAANBEVELING

Innovatie in de financiële sector is een belangrijke voorwaarde voor het ondersteunen van een gezonde markteconomie en economische welvaart. Jonge fintech-start-ups en

grote bigtech-technologiebedrijven bieden in potentie grote voordelen voor consumenten in termen van gebruikersgemak, lagere kosten, grotere beschikbaarheid van financiële diensten en inclusie in het financiële landschap. Voor banken kunnen ze bovendien voor grote kostenverlagingen zorgen door efficiëntere processen in de backoffice. Uiteindelijk liggen voor de maatschappij als geheel aanzienlijke potentiële welvaartswinsten in het verschiet.

Om al deze verbeteringen te realiseren is echter een gelijk speelveld een eerste vereiste en effectieve concurrentie tussen marktpartijen noodzakelijk. Regelgeving zoals PSD2 draagt hieraan bij maar de vraag komt op of dit voldoende is. Zo zouden banken een vergoeding moeten kunnen vragen voor het verplicht toegang verlenen tot betaalrekeningen, om een prikkel van uitsluiting of andere belemmering te beperken. Tegelijkertijd zou op Europees niveau de toegang verder kunnen worden gestandaardiseerd en geharmoniseerd. Één van de beleidsopties die verder voor de hand ligt, is om PSD2 zo aan te passen dat fintechs en banken op objectieve, niet-discriminatoire en evenredige voorwaarden toegang krijgen tot de betaalplatformen van bigtechs die een poortwachtersfunctie hebben als technische dienstverlener. Op deze manier kunnen ze op efficiënte wijze gebruik maken van het grote bereik van bigtechs. Daarnaast kan de introductie van nieuwe private munten zoals crypto's en stablecoins tot verbeteringen leiden in het internationale betalingsverkeer. Tegelijkertijd brengen deze munten risico's met zich mee voor de concurrentie, de financiële stabiliteit en het monetair beleid. Het is daarom toe te juichen dat centrale banken mee innoveren met de mogelijke introductie van een CBDC die op een veilige, betrouwbare en efficiënte manier kan zorgdragen voor inwisselbaarheid met private vormen van digitaal geld.

Banken zullen een nieuwe plaats moeten vinden in dit snel veranderende landschap; versterking van de kernactiviteiten van de bank ligt hierbij voor de hand. Hiervoor is het adopteren en integreren van nieuwe digitale technologie zoals blockchain en machine learning essentieel om kosten te besparen en de concurrentie met zowel binnenlandse toetreders als buitenlandse neobanken te kunnen aangaan. Fintech is ook

belangrijk voor de Europese kapitaalmarktunie. De totstandkoming hiervan zal de concurrentie verder doen toenemen en de adoptie van nieuwe technologieën alleen maar versnellen.

Een strategie van ‘open banking’ met de bank als platform waarop nieuwe producten en diensten van fintechs en andere bedrijven kunnen worden aangeboden, zou wel eens een van de meest vruchtbare strategieën kunnen zijn. Op deze manier kan ‘het beste van twee werelden’ worden

gecombineerd: veiligheid en vertrouwen van banken met dynamiek en innovatiekracht van fintechs. De essentie van bankieren en financieren zal door fintech niet verdwijnen, maar het financiële landschap verandert snel. Banken zullen in rap tempo alle zeilen moeten bijzetten om geboden kansen te benutten, technologische vernieuwing te omarmen en maatschappelijk relevant te blijven. ‘The times, they are a changing’ (Bob Dylan, 1964).

LITERATUUR

ACM (2017) *Fintechs in het betalingsverkeer: het risico van uitsluiting*. Autoriteit Consument & Markt, Rapport, 19 december.

Andolfatto, D. (2018) *Assessing the impact of central bank digital currency on private banks*. Federal Reserve Bank of St. Louis Working Paper, 2018-026B. Te vinden op research.stlouisfed.org.

Beek, A. van der (2017) FinTech en mededingingsrecht: FinTech als ‘driver of competition’? *Tijdschrift voor Financieel Recht*, 5, 163–172. Artikel te vinden op kvdl.com.

BIS (2018) *Sound Practices: implications of fintech developments for banks and bank supervisors*. Basel Committee on Banking Supervision, Rapport, februari.

BIS (2019) *Investigating the impact of global stablecoins*. G7 Working Group on Stablecoins, Rapport, oktober.

Bolt, W. en M.R.C. van Oordt (2020) On the value of virtual currencies. *Journal of Money, Credit and Banking*, 52(4), 835–862.

Boot, A. (2016) Fintech als onderdeel van een onbeaalde revolutie. *ESB*, 101(4740), 568.

Boot, A., P. Hoffmann, L. Laeven en L. Ratnovski

(2020) *The old and the new of fintech*. Artikel op voxeu.org, 21 juli.

Brunnermeier, M.K., H. James en J.-P. Landau (2019) *The digitalization of money*. Princeton University, Working Paper, augustus. Te vinden op scholar.princeton.edu.

CPB (2016) *De toekomst van de Nederlandse financiële sector: FinTech en regulering*. CPB Policy Brief, 2016/16.

DNB (2016) *Technologische innovatie en de Nederlandse financiële sector: kansen en risico's voor gevestigde instellingen, nieuwkomers & het toezicht*. Rapport.

DNB (2020a) *How to make open finance a success: lessons from PSD2*. Speech Olaf Sleijpen, 4th annual FinTech Conference, 3 maart, Brussel.

DNB (2020b) *Digitale centralebankgeld: doelstellingen, randvoorwaarden en ontwerpkeuzes*. DNB Occasional Studies, 18(1).

ECB (2020) *Report on a digital euro*. Rapport, oktober. Europese Commissie (2020) *EU-strategie voor het digitale geldwezen*, 24 september. Te vinden op eur-lex.europa.eu.

EY (2019) *Nederlandse FinTech census 2019*. Rapport, december. Te vinden op www.rijksoverheid.nl.

FSB (2017) *Financial stability implications from FinTech*. Rapport, 27 juni. Te vinden op www.fsb.org.

Hamerlinck, L. (2015) *Bank as a platform: voorbij PSD2*. ABN Amro Blog, 22 oktober.

Lagarde, C. (2020) *Payments in a digital world*. Speech, 10 september, Frankfurt am Main. Te vinden op www.ecb.europa.eu.

Lee, K.-F. (2018) *AI superpowers: China, Silicon Valley and the new world order*. Boston: Mariner Books.

Philippon, T. (2014) Has the US finance industry become less efficient? On the theory and measurement of financial intermediation. *The American Economic Review*, 105(4), 1408–1438.

PWC (2016) *Trendrapport over FinTech en nieuwe technologieën: De bancaire sector ‘ouderwets’ innovatief*. Rapport, juli.

Thakor, A.V. (2020) Fintech and banking: what do we know? *Journal of Financial Intermediation*, 41, 1–13.

Vives, X. (2017) *The impact of fintech on banking*. Te vinden op european-economy.eu.

WRR (2019) *Geld en schuld: de publieke rol van banken*. WRR-rapport, 100.



Marktwerving en mededingingsbeleid in de zorg

In het Nederlandse zorgstelsel met zijn gereguleerde marktwerving is effectief mededingingsbeleid van groot belang, maar ook een uitdaging. Enerzijds moet men voorkomen dat er machtsposities ontstaan of worden versterkt. Anderzijds moet er voldoende ruimte worden geboden aan de gewenste samenwerkingsvormen.

IN HET KORT

- ▶ Samenwerking tussen zorgaanbieders is binnen de Mededingingswet vaak wel mogelijk.
- ▶ De meerwaarde van de zorgspecifieke fusietoets is twijfelachtig.
- ▶ Kritische beoordeling van samenwerkingsverbanden in de zorg blijft echter nodig.

In grote delen van de Nederlandse gezondheidszorg is er sinds de stelselherziening van 2006 sprake van marktwerving. Op de zorgverzekeringsmarkt mag iedere Nederlander die dat wil jaarlijks van zorgverzekeraar wisselen. En op de zorgverlenings- en zorginkoopmarkt is, anders dan in het verleden, geen sprake van een strikte regulering van vraag en aanbod, maar dienen de zorgaanbieders in onderlinge concurrentie te wedijveren om de gunst van patiënten en zorgverzekeraars. Inkomsten zijn hierdoor niet langer in de vorm van vaste budgetten gegarandeerd, maar prestatieafhankelijk geworden. Deze

marktwerving vormt natuurlijk geen doel op zich, maar is een middel om te komen tot een betere zorg tegen de juiste prijs. Net zoals in andere sectoren is ook in de zorgsector effectief mededingingsbeleid een belangrijke randvoorwaarde om marktwerving tot een succes te kunnen maken (Barros et al., 2017). In dit preadvies zullen we op hoofdlijnen de belangrijkste ervaringen met mededingingsbeleid in de Nederlandse zorgsector bespreken, om van daaruit te komen tot beleidsaanbevelingen voor het toezicht op de fusies en samenwerkingsverbanden. Maar eerst staan we vanuit economisch perspectief kort stil bij de bijzondere kenmerken van de gezondheidszorg.

HOE BIJZONDER IS DE GEZONDHEIDSZORG?

In vergelijking met andere 'normale' sectoren heeft de gezondheidszorg een aantal specifieke kenmerken die maken dat 'de onzichtbare hand van de markt' zeker niet tot optimale uitkomsten in de zorgsector leidt (Varkevisser, 2019). Kort samengevat geldt het volgende:

1. In de gezondheidszorg is er bij uitstek sprake van heterogeen producten en diensten.

MARCO VARKEVISSER
 Hoogleraar Markt-
 ordening in de
 gezondheidszorg bij
 Erasmus School of
 Health Policy & Ma-
 nagement (ESHPM),
 Erasmus Universiteit
 Rotterdam (EUR)

WOUTER VAN DER SCHORS
 Promovendus bij
 ESHPM, EUR

2. Zowel zorgaanbieders als zorgverzekeraars zijn geen machteloze prijsnemers die zich in hevige onderlinge concurrentie zouden moeten schikken naar de prijs die ‘de markt’ voor hen bepaalt.
3. Toe- en uittreding is veelal aan strenge voorwaarden gebonden.
4. Informatie is slechts beperkt beschikbaar en bovendien vaak ongelijk verdeeld.

De Amerikaanse gezondheidseconomen David Dranove en Mark Satterthwaite constateren dan ook niet voor niets dat “geen enkele markt van substantiële importantie de voorwaarden voor perfecte marktwerking zo drastisch schendt” (Dranove en Satterthwaite, 2000). Kortom, in de zorgsector ligt marktfalen voortdurend op de loer. Dit geldt uiteraard ook voor veel andere sectoren, maar door de publieke belangen die in de gezondheidszorg centraal staan (kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid) en de grote gevolgen die marktfalen hier zou kunnen hebben – het gaat in sommige gevallen letterlijk om een zaak van leven of dood – is marktwerking in de gezondheidszorg nooit onomstreden.

Het is dan ook goed om te benadrukken dat, vanwege bovengenoemde publieke zorgbelangen, er in de gezondheidszorg volop reden is – én blijft – voor overheidsingrijpen. Helaas geldt echter dat, zoals het verleden heeft uitgewezen, strakke regulering van de gezondheidszorg evenmin zonder problemen is (Varkevisser, 2019). Zo kampt de overheid deels met precies dezelfde informatieproblemen die ook de marktwerking parten spelen. Daarnaast kent de politieke besluitvorming serieuze tekortkomingen, zoals beïnvloeding door belangengroepen, complexiteit van (de)centrale aansturing, en een door incidenten gestuurde focus op snelle kortetermijnoplossingen. Vanwege de onwenselijkheid van vrije marktwerking is in de Nederlandse gezondheidszorg daarom sprake van gereguleerde marktwerking. Dat wil zeggen, de onderlinge concurrentie vindt plaats op een speelveld, dat door de overheid met sectorspecifieke wet- en regelgeving strak is afgebakend. Ook deze bijzondere institutionele setting van de gezondheidszorg vereist een effectief mededingingsbeleid. Net als in ‘gewone’ sectoren zijn te sterke machts-

posities hier evengoed problematisch (Gaynor et al., 2015). Misbruik van een te sterke machtspositie bij zorginkopers kan leiden tot een verschraling van zowel de kwaliteit als het aanbod van zorg. Ook kan dit zich uiten in een gebrek aan bereidheid om innovatief zorgaanbod te contracteren. Misbruik van een te sterke machtspositie bij de zorgaanbieders kan leiden tot onnodig hoge prijzen, onvoldoende aandacht voor kwaliteit, gebrekkige service en patiëntbejegening, alsmede onnodige belemmeringen voor innovatieve toetreders.

Wat betreft het mededingingsbeleid in de zorg is het daarom allereerst belangrijk om effectief toezicht te houden op een mogelijk misbruik van bestaande machtsposities. In dit kader dient er bijzondere aandacht te zijn voor zowel de soms extreem hoge prijzen bij gepatenteerde (kanker)geneesmiddelen, als voor de mogelijke toetredingsbelemmeringen na afloop van een patent (ACM, 2020c). Zoals voorgesteld door Uyl-de Groot en Löwenberg (2018) is het vanuit maatschappelijk oogpunt belangrijk om voor nieuwe geneesmiddelen te komen tot een prijsmodel dat enerzijds recht doet aan de betaalbaarheid en toegankelijkheid, maar anderzijds ook de innovatie stimuleert. Gezien het wereldwijde speelveld waarop de farmaceutische bedrijven actief zijn, dient ook het internationale mededingingsbeleid bij te dragen aan de totstandkoming van een betere balans tussen concurrentie en innovatie; zie bijvoorbeeld Fonteijn et al. (2018). In het vervolg van dit preadvies richten we onze aandacht echter op het nationale mededingingsbeleid. En meer in het bijzonder op de vraag hoe in de Nederlandse gezondheidszorg voorkomen kan worden dat er door fusies of samenwerking nieuwe machtsposities ontstaan of bestaande machtsposities worden versterkt. Voorkomen is immers beter dan genezen.

FUSIETOEZICHT

Van alle fusies in de gezondheidszorg hebben die tussen ziekenhuizen tot op heden de meeste aandacht getrokken.

Is het kalf al verdronken?

Tijdens een aantal opeenvolgende fusiegolven hebben er, sinds de jaren zeventig, in Nederland meer dan 130 ziekenhuisfusies plaatsgevonden (Roos et al., 2018). Na de invoering van

de Mededingingswet (Mw) in 1998 duurde het als gevolg van de strikte overheidsregulering overigens tot 2004 voordat de eerste ziekenhuisfusie inhoudelijk door de mededingingsautoriteit werd beoordeeld. De circa dertig ziekenhuisfusies die de afgelopen vijftien jaar hebben plaatsgevonden, zijn op één na allemaal goedgekeurd. Bij een flink aantal fusies gebeurde dat op twijfelachtige gronden en is er te gemakkelijk geconcludeerd dat, na de fusie, verder weg gevestigde ziekenhuizen voor voldoende concurrentiedruk zouden zorgen (Loozen et al., 2014; Schut et al., 2014). Gelukkig lijkt deze lankmoedige houding te zijn veranderd sinds het verbod in 2015 van de voorgenomen fusie van het Albert Schweitzer ziekenhuis (Dordrecht) en de Rivas Zorggroep (Gorinchem). Inmiddels heeft de mededingingsautoriteit in algemene zin terecht meer aandacht voor de concurrentierisico's van ziekenhuisfusies (ACM, 2017a). Zo moeten fuserende ziekenhuizen voortaan per patiëntengroep beschrijven welke keuzemogelijkheden er resteren voor zorgverzekeraars en verzekerden (ACM, 2018). Het is echter de vraag of deze aanscherping op tijd is gekomen. In veel regio's is de ziekenhuismarkt als gevolg van fusies namelijk dusdanig sterk geconcentreerd dat het kalf daar al verdrongen lijkt (Varkevisser en Schut, 2019). Gelukkig kunnen eventueel problematische machtsposities in theorie via het instrument van aanmerkelijke marktmacht (AMM) worden ingekapseld. Met dit zogeheten 'wettelijke AMM-instrument', dat onderdeel uitmaakt van de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg), kunnen er aan zorgorganisaties met ongezond veel marktmacht specifieke verplichtingen worden opgelegd. In de praktijk is de slagkracht van dit instrument, vanwege een gebrek aan bruikbare jurisprudentie, helaas nog onduidelijk.

Toekomst: kabinetsplan aanscherping fusietoezicht

Hoewel recente signalen erop duiden dat fusies in de zorgsector aan populariteit verliezen (zie bijvoorbeeld NRC, 2020), is er nog steeds alle reden om nieuwe fusies van ziekenhuizen – alsmede andere zorgfusies zoals in de geestelijke gezondheidszorg of ouderenzorg – streng te beoordelen. Zeker ook omdat zowel nationaal als internationaal onderzoek laat zien dat veel ziekenhuisfusies geen aantoonbare kwaliteitsvoorde-

len met zich meebrengen, maar wel tot hogere prijzen leiden (Significant, 2016; ACM, 2017b; Cooper et al., 2019; Beaulieu et al., 2020). Zoals het hierboven genoemde verbod op de fusie tussen het Albert Schweitzer ziekenhuis en de Rivas Zorggroep heeft laten zien, biedt het bestaande wettelijke instrumentarium van de Mw – mits voldoende strikt toegepast – de ACM in beginsel gelukkig voldoende houvast om scherp toezicht te houden op zorgfusies. Desalniettemin is het op zich lovenswaardig dat er een verdere aanscherping van het fusietoezicht wordt nagestreefd. De concurrentie in de gezondheidszorg is door schaalvergroting in het verleden immers kwetsbaar. Om 'extra waarborgen' te creëren, heeft het huidige kabinet-Rutte III twee opties uitgewerkt (Tweede Kamer, 2020):

1. Fusies waarbij een van de zorgaanbieders over aanmerkelijke marktmacht (AMM) beschikt, zijn in bepaalde zorgsectoren verboden, tenzij hier aanzienlijke voordelen tegenover staan.
2. Een fusieaanvraag wordt niet in behandeling genomen indien de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) een maatregel heeft opgelegd bij een fusiepartij, tenzij de fusie nodig is om een faillissement af te wenden.

Van de bovengenoemde opties is de eerste het meest verstrekkend. Deze zou namelijk betekenen dat, anders dan nu het geval is, een zorgfusie door de ACM verboden wordt wanneer een van de betrokken partijen reeds over een machtspositie beschikt. Het is voor een verbod dan dus niet langer nodig dat een fusie tot méér marktmacht leidt. Deze voorgestelde aanscherping kan vooral nuttig zijn als er sprake is van zogeheten '*cross-market dependencies*'. In de Verenigde Staten, waar men al enkele decennia ervaring heeft met de uitdagingen die het toezicht op ziekenhuisfusies met zich meebrengt (Capps et al., 2019), is namelijk gebleken dat fusies tussen ziekenhuizen uit verschillende regio's eveneens aanzienlijke prijsstijgingen tot gevolg kunnen hebben (Lewis en Pflum, 2017). Met andere woorden: ook als ziekenhuizen geen directe concurrenten van elkaar zijn, kan een fusie hun onderhandelingspositie ten opzichte van de zorgverzekeraars

wel degelijk versterken. Bijvoorbeeld omdat het gefuseerde ziekenhuis meer marktmacht heeft wanneer het als één organisatie actief is in meerdere regio's die tot het (kern)werkgebied van dezelfde zorgverzekeraar(s) behoren. Ook kan door de krachtenbundeling aan de kant van het gefuseerde ziekenhuis een beter, en dus sterker, onderhandelingssteam ontstaan. Tevens is het mogelijk dat er, na de fusie, geprofiteerd kan worden van extra informatie over contractonderhandelingen met zorgverzekeraars in andere regio's. De regio met de voor het fusieziekenhuis gunstigste uitkomst kan dan elders als referentiepunt gaan dienen.

Een grondige evaluatie van nut en noodzaak van de zorgspecifieke fusietoets is wenselijk

Een ander onderdeel van de door het kabinet voorgestelde aanscherping van het fusietoetsinstrument is de overheveling van zowel het hierboven genoemde AMM-instrument als de zorgspecifieke fusietoets van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) naar de ACM (Tweede Kamer, 2016). De voorgenoemen overheveling van het AMM-instrument zal, zo is althans de bedoeling, onder andere gepaard gaan met het schrappen van de huidige bepaling dat het vaststellen van aanmerkelijke marktmacht dient te gebeuren op basis van een “volgens de beginselen van het algemeen mededingingsrecht afgebakende markt”. Bij een gebrek aan praktijkervaring en relevante jurisprudentie is het op voorhand onduidelijk in hoeverre dit de effectiviteit van het AMM-instrument daadwerkelijk zal verhogen (Varkevisser en Schut, 2019). Wat betreft de voorgenoemen overheveling van de zorgspecifieke fusietoets is het goed om te beseffen dat deze louter procedurele toets, die voorafgaat aan de mededingingstoets door de ACM, tot op heden de schaalvergroting in de zorg niet merkbaar heeft kunnen afremmen. De honderden voorgenoemen fusies die de NZa heeft beoordeeld sinds de inwerkingtreding van de

zorgspecifieke fusietoets in 2014 zijn zonder uitzondering goedgekeurd (Varkevisser en Schut, 2019). En hoewel de fusietoets mogelijk heeft bijgedragen aan inhoudelijk beter doordachte fusies, is het de vraag of dit potentiële voordeel in voldoende mate opweegt tegen de enorme extra administratieve belasting die de toets met zich meebrengt voor zowel zorgaanbieders als toezichthouder. Een grondige evaluatie van nut en noodzaak van de zorgspecifieke fusietoets is daarom op zijn plaats.

SAMENWERKING EN HET KARTELVERBOD

Samenwerking tussen zorgorganisaties speelt een prominente rol in het hedendaagse zorgaanbod.

Is de Mededingingswet te beperkend?

Het afgelopen halfjaar is samenwerking verder in belang toegenomen door de uitdagingen die de huidige coronapandemie met zich meebrengt. Zowel nationaal als internationaal hebben mededingingsautoriteiten ruimte geboden voor verregaande samenwerking tussen zowel zorgaanbieders als zorgverzekeraars. Zo gaf de ACM aan dat zorgverzekeraars onderling afspraken mogen maken over een continuïteitsbijdrage en vooruitbetaling aan zorgaanbieders waarbij de patiëntenzorg is weggevalen (ACM, 2020a). Ook zegde de ACM toe geen concurrentierisico's te zien bij het Landelijke Coördinatiecentrum Geneesmiddelen dat de verdeling van essentiële geneesmiddelen ging coördineren (ACM, 2020b). Daarnaast is meer recent zelfs besloten dat de zorgverzekeraars, in aanvulling op de al bestaande 'catastroferegeling' in de Zvw (Varkevisser en Schut, 2020), de extra kosten van de corona-aanpak dit jaar onderling mogen verdelen (ACM, 2020d). En als voorbeeld uit het buitenland: de Amerikaanse FTC (Federal Trade Commission) heeft aangegeven coulant om te zullen springen bij samenwerking tussen concurrenten in de gezondheidszorg, mits deze samenwerking een beperkte looptijd kent en als doel heeft om de door het coronavirus veroorzaakte gezondheidscrisis te bestrijden (Carroll en Gilman, 2020).

Los van de uitzonderlijke omstandigheden als gevolg van de uitbraak van het coronavirus, wordt het mededin-

gingstoezicht van de ACM door Nederlandse zorgaanbieders regelmatig als belemmerend ervaren bij de totstandkoming van succesvolle samenwerking. Zo pleitte in 2015 de Landelijke Huisartsen Vereniging (LHV) ervoor om de gehele zorgsector buiten de reikwijdte van de in hun ogen te knellende Mw te plaatsen. Meer recent stelde de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen (NVZ) voor om het kartelverbod in de zorg voor drie jaar op te schorten, om meer samenwerking mogelijk te maken. Dergelijke verregaande aanpassingen van de Mw vertegenwoordigen een breder gedragen geluid: uit onderzoek onder zorgbestuurders blijkt dat 69 procent hiervan belemmeringen ervaart bij het aangaan van samenwerkingsverbanden (Van der Schors et al., 2020c). Als de belangrijkste onderliggende redenen worden wet- en regelgeving (71 procent) en het markttoezicht door de ACM (53 procent) genoemd. De meest recente besluiten en verduidelijkingen van de ACM laten echter een ander beeld zien. Wanneer men de periode van 2014 tot 2019 beziet dan blijkt dat er bij het toezicht op het kartelverbod in de gezondheidszorg geen boetes zijn opgelegd. Bovendien lijkt het erop dat, wanneer de concurrentie niet onnodig wordt uitgeschakeld, de ACM in toenemende mate oog heeft voor het belang van samenwerking (Van der Schors et al., 2020a). Aangezien de zorgsector nog steeds worstelt met de belangrijkste *do's and don'ts* van samenwerking in een concurrerende markt, dient deze extra duiding via richtlijnen en beleidsregels een belangrijk doel.

De officiële besluiten en verduidelijkingen van de ACM zijn natuurlijk slechts één kant van de medaille. Het voorkomen van anti-competitief gedrag ligt voor een belangrijk deel geborgd in de zelfregulering door zorgaanbieders. Immers, voor een eventuele uitzondering op het kartelverbod moeten zorgaanbieders zelf kunnen aantonen dat de voordelen de nadelen van de samenwerking overtreffen. Bij het aangaan van een samenwerking is een zorgvuldige *self-assessment* dan ook verstandig, waarbij stakeholders inspraak hebben en de voor- en nadelen uitvoerig worden gedocumenteerd. Een door ons uitgevoerde verkenning laat zien dat in de praktijk 89 procent van de zorgbestuurders een vorm van self-assessment uitvoert (Van der Schors et al., 2020c). Met

name bij samenwerkende ziekenhuizen (64 procent) zeggen zorgbestuurders oog te hebben voor de potentiële effecten op de concurrentie. In andere deelsectoren van de gezondheidszorg, zoals de verpleeghuiszorg of ggz, lijken deze effecten minder vaak te worden geïncludeerd. De aandacht van zorgbestuurders voor een zorgvuldige afweging van potentiële effecten is positief te noemen. Casuïstiek en duidelijke *guidance* vanuit de mededingingsautoriteit kan voorkomen dat het afschrikkende effect van het kartelverbod op anti-competitief gedrag niet ten koste gaat van de totstandkoming van samenwerkingsverbanden die positieve maatschappelijke effecten hebben (Baarsma et al., 2012).

Toekomst: het JZOJP-initiatief en netwerksamenwerking

In het licht van het bovenstaande verdienen twee specifieke samenwerkingsvormen vanuit mededingingsperspectief in het bijzonder de aandacht, te weten het beleidsinitiatief 'Juiste Zorg op de Juiste Plek' (JZOJP) en de toegenomen netwerksamenwerking.

Het initiatief JZOJP (2018) heeft als doel om samenwerking in de regio te versterken en zo zorggebruik te voorkomen, te verplaatsen of te vervangen door bijvoorbeeld *eHealth*-toepassingen. De ACM heeft eind 2019 duidelijk gemaakt ruimte te bieden voor samenwerking in het kader van JZOJP wanneer er aan vijf cumulatieve vereisten wordt voldaan (ACM, 2019):

1. De afspraken zijn gebaseerd op een feitelijke en openbare analyse van de zorgbehoefte in de regio (het zogeheten 'regiobeeld').
2. Zorgaanbieders, zorginkopers en (patiënt-)vertegenwoordigers zijn er volwaardig bij betrokken.
3. De doelstellingen zijn concreet, meetbaar en toetsbaar, en beschreven in termen van kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van zorg.
4. De partijen onderbouwen waarom de afspraken, voor zover die de concurrentie beperken, nodig zijn om de doelstellingen te behalen.
5. De doelstellingen, afspraken en onderbouwing van de noodzakelijkheid worden openbaar gemaakt.

Een belangrijk verschil met de reguliere samenwerkingsbeoordeling is dat bij een eventuele overtreding van het kartelverbod – of het anderszins niet voldoen aan bovengenoemde vereisten – nu geen boete wordt opgelegd, maar dat de betreffende partijen wordt verzocht om de samenwerking aan te passen. Het in een ‘regiobeeld’ in kaart brengen van regionale zorgbehoeften en capaciteitsvraagstukken is het startpunt voor samenwerking binnen JZOJP. Een recente verkenning laat zien dat inmiddels bijna 250 op een regiobeeld gebaseerde initiatieven zijn ontplooid, en dat er voor de meeste zorgkantoorregio’s inzicht is ontstaan in de belangrijkste zorgbehoeften (Blokzijl et al., 2020). Een tussentijdse

De ACM bood ook vóór corona al veel ruimte voor samenwerking in de zorg

en ex post evaluatie moet uitwijzen in hoeverre deze JZOJP-samenwerkingsverbanden daadwerkelijk opleveren wat ermee wordt beoogd. Afhankelijk hiervan kan een aanscherping van het hierboven geschetste mededingingsbeleid van de ACM wenselijk zijn.

Een andere ontwikkeling is de toegenomen netwerk-samenwerking in de ziekenhuiszorg, vaak opgezet rondom specifieke ziektebeelden. Terwijl bij JZOJP een breed scala aan zorgaanbieders betrokken is vanuit verschillende sectoren, zorgverzekeraars en gemeenten, vinden klinische netwerken vaker horizontaal plaats tussen een aantal ziekenhuizen. Sommige van deze klinische netwerken berusten op marktverdelingsafspraken, zoals de samenwerking tussen drie ziekenhuizen in Utrecht, Nieuwegein en Amersfoort – die vooraf aan de ACM is voorgelegd. In die casus heeft de mededingingsautoriteit in 2016 informeel ingestemd met het voorstel van deze ziekenhuizen, te meer omdat de voordelen voor de patiënt volgens de ACM voldoende waren onderbouwd, en niet werden tenietgedaan door de mogelijk

nadelige effecten, zoals minder keuzemogelijkheden (en dus minder concurrentie). Het blijkt echter dat de gerealiseerde marktverdelingsafpraak niet exact overeenkomt met hetgeen initieel was voorgesteld. De voorgestelde concentratie van volumes – en daarmee wellicht ook de beoogde kwaliteitswinst – werd derhalve niet volledig gerealiseerd (Van der Schors et al., 2020a). Recent is door het onderzoeksbureau SiRM overigens een verdere verhoging van volumenormen voorgesteld, om zo concentratie van complexe zorg en daarmee een kwaliteitsverbetering te stimuleren (De Haas et al., 2020). Dit voorstel legt echter een belangrijke afweging op tafel, aangezien een verdere concentratie de concurrentie tussen ziekenhuizen zou kunnen doen afnemen. En dit zou vervolgens tot prijsverhogingen kunnen leiden (Ho et al., 2012). Hoewel het vanuit het oogpunt van kwaliteit en doelmatigheid voor de hand ligt om bij hoogcomplexiteit meer marktconcentratie toe te staan dan bij laagcomplexiteit (Heida et al., 2018), is het dus niet evident dat de voordelen bij samenwerking de nadelen zullen overtreffen. Hier ligt een belangrijke taak voor zowel de NZa als de ACM.

CONCLUSIE EN BELEIDSAANBEVELINGEN

Marktwerking in de zorg is niet zonder risico’s. Dat geldt ook voor overheidsingrijpen. Niet voor niets is er daarom in Nederland gekozen voor een gereguleerde marktwerking. Dat wil uiteraard niet zeggen dat samenwerking onwenselijk is. Integendeel, voor een goede gezondheidszorg is samenwerking onontbeerlijk. Ons zorgstelsel met gereguleerde marktwerking sluit samenwerking dan ook zeker niet uit. Sterker nog, de coronacrisis heeft laten zien dat het binnen het huidige zorgstelsel goed mogelijk is om, indien wenselijk, de marktwerking tijdelijk geheel of gedeeltelijk buiten werking te stellen. Dit is ook onder ‘normale’ omstandigheden het geval (Varkevisser en Schut, 2020). Kortom, ondanks dat er regelmatig andere geluiden te horen zijn, lijkt verregaande inperking, of zelfs volledige afschaffing van de marktwerking ten faveure van meer regionale coördinatie en samenwerking, niet nodig om de huidige uitdagingen in de zorg het hoofd te bieden. En daarmee staan ook nut en noodzaak van het mededingingsbeleid in de zorgsector buiten kijf. Wel is het

natuurlijk belangrijk om goed in de gaten te houden of de toepassing van het kartelverbod inderdaad voldoende ruimte biedt aan gewenste samenwerkingsvormen.

In dit preadvies staat zowel het mededingingstoezicht op fusies als de samenwerking in de zorg centraal. Onze belangrijkste beleidsaanbevelingen kunnen als volgt worden samengevat.

Ten eerste, hoewel het bestaande wettelijke instrumentarium van de Mw in beginsel geschikt en toereikend is voor het fusietoezicht in de zorg, kan een verdere aanscherping ervan zeker geen kwaad. Het kabinetsvoornemen om sowieso fusies te verbieden waarbij een van de zorgaanbieders over een machtspositie beschikt (tenzij hier aanzienlijke voordelen tegenover staan) is vooral van belang wanneer er sprake is van zogeheten *cross-market dependencies*. Bovendien kan het een nuttige bijdrage leveren aan het besluitvormingsproces van zorgaanbieders. Wellicht dat zij hierdoor eerder kiezen voor minder concurrentie beperkende samenwerkingsvormen, gericht op het behalen van specifieke voordelen op het gebied van de kwaliteit en/of kosten van zorg.

Ten tweede, het is verstandig om, voorafgaand aan de beoogde overheveling ervan naar de ACM, kritisch te kijken naar de toegevoegde waarde van de zorgspecifieke fusietoets. Deze louter procedurele toets, die voorafgaat aan de toetsing op grond van de Mw, heeft sinds de invoering ervan de schaalvergroting in de zorg niet merkbaar kunnen afremmen, maar gaat wel gepaard met aanzienlijke administratieve lasten.

Ten derde, op het gebied van samenwerking in de zorg is, anders dan veelal door zorgaanbieders wordt gedacht, binnende Mw al veel mogelijk. Een (tijdelijke) versoepeling of zelfs uitschakeling van het kartelverbod in de zorgsector is daarom niet nodig. Ook ten aanzien van JZJJP en de toegenomen samenwerking in klinische netwerken is en blijft een kritische beoordeling van de voor- en nadelen door de ACM wenselijk.

Het is belangrijk om via het mededingingsbeleid te voorkomen dat straks de juiste zorg op de juiste plek wordt geleverd, maar wel tegen de verkeerde prijs.

LITERATUUR

ACM (2017a) *Verscherpte aandacht voor concurrentierisico's ziekenhuisfusies*. Autoriteit Consument & Markt, Toelichting, 5 december.

ACM (2017b) *Prijs- en volume-effecten van ziekenhuisfusies: onderzoek naar effecten van ziekenhuisfusies 2007–2014*. Autoriteit Consument & Markt, Rapport, 5 december.

ACM (2018) *Fusiemeldingen in de medisch-specialistische zorg*. Autoriteit Consument & Markt, Werkwijze, 28 december.

ACM (2019) *ACM Beleidsregel over afspraken in het kader van de beweging 'De juiste zorg op de juiste plek'*. Autoriteit Consument & Markt, 17 december.

ACM (2020a) *Zorgverzekeraars mogen gezamenlijk zorgaanbieders financieel steunen tijdens coronacrisis*. Autoriteit Consument & Markt, Nieuwsbericht, 21 april.

ACM (2020b) *Ruimte voor samenwerking bij verdelen essentiële geneesmiddelen voor coronapatiënten*. Autoriteit Consument & Markt, Nieuwsbericht, 26 mei.

ACM (2020c) *ACM sluit onderzoek naar geneesmidde-*

lenfabrikant AbbVie, nu meer ruimte voor concurrentie. Autoriteit Consument & Markt, Nieuwsbericht, 24 september.

ACM (2020d) *Zorgverzekeraars mogen extra kosten corona-aanpak onderling verdelen*. Autoriteit Consument & Markt, Nieuwsbericht, 27 oktober 2020.

Baarsma, B., R. Kemp, R. van der Noll en J. Seldeslachts (2012) *Let's not stick together: anticipation of cartel and merger control in the Netherlands*. *De Economist*, 160(4), 357–376.

- Barros, P.P., W.B.F. Brouwer, S. Thomson en M. Varkevisser (2017) Competition among health care providers: helpful or harmful? *The European Journal of Health Economics*, 17(3), 229–233.
- Beaulieu, N.D., L.S. Dafny, B.E. Landon et al. (2020) Changes in quality of care after hospital mergers and acquisitions. *The New England Journal of Medicine*, 382(1), 51–59.
- Blokzijl, L., H. Schouten en C. van Zijp (2020) *Stand van het land: regiobeelden*. Berenschot, Eindrapport, 31 juli. Te vinden op www.rijksoverheid.nl.
- Capps, C., L. Kmitch, Z. Zabinski en S. Zayats (2019) The continuing saga of hospital merger enforcement. *Antitrust Law Journal*, 82(2), 441–496.
- Caroll, J.D. en A.J. Gilman (2020) Antitrust & COVID-19 in the U.S.: four key issues for healthcare providers. *Competition Policy International*, 2(1), 23–28.
- Cooper, Z., S.V. Craig, M. Gaynor en J. Van Reenen (2019) The price ain't right? Hospital prices and health spending on the privately insured. *The Quarterly Journal of Economics*, 134(1), 51–107.
- Dranove, D. en M.A. Satterthwaite (2000) The industrial organization of health care markets. In: A.J. Culyer en J.P. Newhouse (red.), *Handbook of health economics*, volume 1B. Amsterdam: Elsevier, p. 1093–1139.
- Fontein, C., I. Akker en W. Sauter (2018) *Reconciling competition and IP law: the case of patented pharmaceuticals and dominance abuse*. ACM Working Paper, 8 maart.
- Gaynor, M., K. Ho en R.J. Town (2015) The industrial organization of health-care markets. *Journal of Economic Literature*, 53(2), 235–284.
- Haas, J. de, J.P. Heida en T. Stoop (2020) *Concentratie van complexe ingrepen kan meer dan 200 sterftegevallen vermijden*. SIRM.
- Heida, J.P., S. Baeten en C. van Gent (2018) Mededingingsprobleem geldt niet voor elk type ziekenhuiszorg. *ESB*, 103(4766), 451–452.
- Ho, V., M. Short en M.-H. Ku-Goto (2012) Can centralization of cancer surgery improve social welfare? *Forum for Health Economics & Policy*, 15(2), 1–25.
- JZOJP (2018) *De juiste zorg op de juiste plek: wie durft?* Rapport Taskforce, te vinden op www.dejuistezorg-opdejuisteplek.nl.
- Lewis, M.S. en K.E. Pflum (2017) Hospital systems and bargaining power: evidence from out-of-market acquisitions. *RAND Journal of Economics*, 48(3), 579–610.
- Loozen, E., M. Varkevisser en F.T. Schut (2014) Beoordeling ziekenhuisfusies door ACM: staat de consument wel echt centraal? *Markt & Mededinging*, 2014(1), 5–14.
- NRC (2020) De ziekenhuisfusie na decennia uit de mode. *NRC Handelsblad*, 3 augustus.
- Roos, A.F., F.T. Schut en M. Varkevisser (2018) Een halve eeuw ziekenhuisfusies in Nederland. *ESB*, 103(4766), 440–443.
- Schors, W. van der, R. Kemp en M. Varkevisser (2020a) Collaboration and competition in a market-based hospital system: a case study from the Netherlands. *Journal of Competition Law & Economics*, 16(2), 262–288.
- Schors, W. van der, R. Kemp en M. Varkevisser (2020b) Toepassing kartelverbod in de zorg laat veel ruimte voor samenwerking. *ESB*, 105(4783), 127–129.
- Schors, W. van der, A.F. Roos, R. Kemp en M. Varkevisser (2020c) *Inter-organizational collaboration between healthcare providers*. Health Services Management Research, te verschijnen.
- Schut, F.T., E.M.H. Loozen en M. Varkevisser (2014) Consumentenwelvaart en ziekenhuisfusies. *ESB*, 99(4683S), 56–62.
- Significant (2016) *Ziekenhuisfusies en kwaliteit van zorg: onderzoek naar de effecten van ziekenhuisfusies op de kwaliteit van zorg*, 23 juni. Rapport te vinden op www.acm.nl.
- Tweede Kamer (2016) *Wijziging van de Wet marktordening gezondheidszorg en enkele andere wetten in verband met aanpassingen van de tarief- en prestatieregulering en het markttoezicht op het terrein van de gezondheidszorg: memorie van toelichting*. Kamerstuk 34445(3).
- Tweede Kamer (2020) *Wijziging van de Wet marktordening gezondheidszorg en enkele andere wetten in verband met aanpassingen van de tarief- en prestatieregulering en het markttoezicht op het terrein van de gezondheidszorg: brief van de minister van VWS*. Kamerstuk 34445(18).
- Uyl-de Groot, C.A. en B. Löwenberg (2018) Sustainability and affordability of cancer drugs: a novel pricing model. *Nature Reviews Clinical Oncology*, 15, 405–406.
- Varkevisser, M. (2019) Hand in hand: op zoek naar de juiste balans tussen marktwerking en overheidsingrijpen in de gezondheidszorg. *TPEdigitaal*, 13(3), 56–69.
- Varkevisser, M. en F.T. Schut (2019) Fusietoetsing in de zorg: een terug- en vooruitblik. *Tijdschrift voor Toezicht*, 2019(1), 5–12.
- Varkevisser, M. en F.T. Schut (2020) Kosten corona geven geen aanleiding om zorgstelsel fundamenteel te hervormen. *ESB*, 105(4785), 204–207.



Elf adviezen voor het gebruik van empirische methoden voor mededingingsbeleid

Welke geavanceerde empirische methoden kunnen worden gebruikt voor het mededingingsbeleid? Hiertoe formuleren we elf adviezen, waarvan er een aantal specifiek op toetsing bij overnames ingaan.

JORIS PINKSE
Hoogleraar aan
Pennsylvania State
University

IN HET KORT

- ▶ Er zijn nieuwe ontwikkelingen in de markten waarvoor een nieuwe aanpak onontbeerlijk is.
- ▶ Er bestaan methoden voor een snelle scan en voor een nauwkeurigere beoordeling.
- ▶ De empirische literatuur is waardevol en bruikbaar, maar vereist veel ‘technische’ kennis.

Met de opkomst van geavanceerde empirische methoden en de beschikbaarheid van meer gedetailleerde data (kwantitatieve, voornamelijk numerieke gegevens) is het mogelijk om tot betere beslissingen in mededingingszaken te komen. De grootste belemmeringen voor het gebruik van zulke methoden zijn een gebrek aan data, tijd, geld, kennis en ervaring. Ondanks genoemde belemmeringen en andere nog te bespreken beperkingen, worden zulke methoden steeds vaker toegepast, en vormt een gedegen empirische analyse nu een essentieel onderdeel van het arsenaal van mededingingsautoriteiten zoals de Autoriteit Consument & Markt (ACM). Als twee recente voorbeelden van zaken waarin empirische analyse een belangrijk onderdeel vormde, noemen wij de beslissing van het UK Supreme Court inzake *credit card fees* en de geblokkeerde fusie tussen ziektekostenverzekeraars Aetna en Humana in de Verenigde Staten (Aetna/Humana, 2017; Sainsbury’s/Mastercard, 2018).

In dit hoofdstuk bespreken we de mogelijkheden en beperkingen van empirische methoden, en doen we een aantal voorstellen die tot doel hebben om tot een betere besluitvorming te komen. Vanwege de beperkte ruimte worden hier de meeste van deze voorstellen summier beschreven. We zullen een aantal voorstellen verder uitdiepen, maar de uitgewerkte voorstellen zijn niet noodzakelijkerwijs belangrijker dan de andere.

We presenteren de voorstellen in drie paragrafen: de eerste besteedt aandacht aan fusies; de tweede gaat over ‘samenwerking’ ofwel collusie, en de derde omvat ideeën met een algemeen karakter. We hebben dus niet de ambitie om het mogelijke gebruik van empirische methoden toe te lichten wat betreft alle mededingingsproblemen.

de eerste besteedt aandacht aan fusies; de tweede gaat over ‘samenwerking’ ofwel collusie, en de derde omvat ideeën met een algemeen karakter. We hebben dus niet de ambitie om het mogelijke gebruik van empirische methoden toe te lichten wat betreft alle mededingingsproblemen.

JURRE THIEL
Universitair docent
aan de Copenhagen
Business School

**LEONARD
TREUREN**
Promovendus aan
de Universiteit van
Amsterdam

*Wij danken
Marco Haan, Steven
Pardieck, Thibault
Schrepel, Guofu
Tan en Annemieke
Tuinstra voor hun
commentaar.*

De reden dat we juist op fusies en samenspanningen ons licht laten schijnen is als volgt. Hoewel de ACM relatief weinig fusies behandelt aangezien fusies die de meldingsdrempel halen vaak 'grensoverschrijdend' zijn, zijn veel op de mededingspraktijk toepasbare methoden oorspronkelijk ontwikkeld voor het evalueren voor fusies. Maar zulke methoden, of varianten ervan, kunnen vaak ook op andere terreinen worden toegepast. Wat betreft samenspanning geldt echter het tegenovergestelde: het is een belangrijk probleem, waarvoor er relatief weinig kwantitatieve methoden beschikbaar zijn.

We laten dus bewust een aantal gebieden liggen, zoals ook diverse actuele onderwerpen, waarvan een beperkt aantal elders in deze bundel besproken zullen worden. Hier noemen we alleen digitale platformen, 'groene' markten (De Grootte en Verboven, 2019; Gugler et al., 2019), *common ownership* (Backus et al., 2019), en misbruik van economische macht.

FUSIES

De gevolgen van een fusie zijn sterk afhankelijk van de relatieve posities en capaciteiten van ondernemingen. Die gevolgen kunnen voelbaar zijn voor klanten, leveranciers, concurrenten, aandeelhouders en werknemers. Zulke gevolgen kunnen puur financieel zijn, maar kunnen ook betrekking hebben op de kwaliteit en diversiteit van producten, zowel op korte termijn (bijvoorbeeld minder vluchten, kleinere stoelen) als op langere termijn (minder nieuwe medicijnen). Europa heeft (evenals de Verenigde Staten) een consumentenwelvaartstandaard, hetgeen wil zeggen dat alleen de effecten op de consument worden bekeken, in plaats van de optelsom van de effecten voor alle partijen. Een fusie kan zowel concurrentie in de hand werken als concurrentie verminderen. Voorts hoeft meer concurrentie niet noodzakelijkerwijs te leiden tot bijvoorbeeld een betere innovatie-intensiteit.

Om geavanceerde empirische methoden te kunnen gebruiken, zijn er voldoende data nodig. Voor bepaalde vraagstukken bestaan er echter onvoldoende data en zal men moeten terugvallen op andere middelen – zoals kalibratie van eenvoudige modellen, theoretische argumenten en interne documenten. Daarom hebben bepaalde problemen meer aandacht gekregen dan andere.

Veel ontwikkelingen in het vakgebied empirische industriële organisatie hebben plaatsgevonden op het gebied van fusies. We maken hier onderscheid tussen:

1. methoden die gebruikt kunnen worden om snel tot een beslissing te komen of als een voorgestelde fusie nauwkeuriger bekeken moet worden;
2. meer geavanceerde methoden om een voorgestelde fusie diepgaander te bekijken;
3. methoden om het effect van fusies achteraf te evalueren.

We nemen deze drie methoden verderop onder de loep: *snel tot een beslissing komen; zorgvuldig bekijken; en achteraf evalueren.*

De wetenschappelijke literatuur richt zich vaak op het ontwikkelen van nieuwe methoden die dan ook door de ACM kunnen worden gebruikt om voorgestelde fusies te beoordelen. Maar er zijn ook lessen te leren uit de conclusies van de retrospectieve fusie-analyse zelf. Bijvoorbeeld, uit Cunningham et al. (2020) kunnen we concluderen dat innoverende bedrijven vaak worden overgenomen net voordat ze de grens overschrijden waarboven de fusie beoordeeld zou moeten worden door bijvoorbeeld de ACM – waarbij het de bedoeling van de overname is om een concurrent in spe uit de weg te ruimen; zie ook Seldeslachts et al. (2020) in deze bundel. Wollmann (2020) laat zien dat, in gesegmenteerde industrieën met gedifferentieerde goederen, fusies die onder de meldingsdrempel vallen, kunnen leiden tot grote veranderingen in de marktstructuur.

Advies 1 *Het zou voor de ACM mogelijk moeten zijn om voorgenomen fusies aan te pakken die onder de meldingsdrempel vallen.*

Dit is bijvoorbeeld in Canada al mogelijk. Het voorstel is niet om de meldingsdrempel te wijzigen, maar om toch voorgenomen fusies te bekijken waarbij men uit de reacties van marktpartijen kan opmaken dat ze nader onderzoek verdienen.

Snel tot een beslissing komen

Na een concentratiemelding heeft de ACM vier weken om te besluiten of aanvullend onderzoek noodzakelijk is voordat er aan de te fuseren partijen een vergunning kan worden verleend. Van de inmiddels meer dan honderd concentratiemeldingen die de ACM jaarlijks ontvangt, wordt er maar bij een enkele melding aanvullend onderzoek noodzakelijk geacht. Een groot deel van de handhaving vindt plaats onder tijdsdruk, met slechts een beperkte controle van en toegang tot de benodigde bedrijfsdata. Het is dus van belang om enkele algemene screens te hebben die als aanvulling kunnen dienen op de gevals specifieke economische afwegingen, en die ook weinig tijd in beslag nemen.

Het idee is dat veel fusies geen concurrentieproblemen opleveren en eenvoudig via ‘botte’ methoden te evalueren zijn, voor horizontale fusies bijvoorbeeld op basis van de Herfindahl-Hirschman Index (HHI) (Nocke en Whinston, 2020). Want als door het kiezen van een bewust te beperkte gekozen marktdefinitie de fusie tot een kleine verhoging van de HHI leidt, dan is het beter om de aandacht te besteden aan andere fusies. Op de resterende fusies kunnen dan geavanceerdere methoden toegepast worden. Dit is bedoeld als een intern middel – *safe harbors* dienen namelijk vermeden te worden om dezelfde redenen als dat de marktdefinieringsexercitie moet verdwijnen; zie de discussie na advies 3.

De ACM zou er goed aan doen om een database aan te leggen met indicatoren van mededinging op bedrijfs- en sectorniveau. Te denken valt aan prijzen, concentratie, toe- en uittreding, en aan mark-ups. Ook indicatoren met betrekking tot de inputmarkten, zoals lonen en de arbeidsinkomensquotes, kunnen relatief eenvoudig worden doorgelicht op zowel sector- als bedrijfsniveau. Uiteraard zijn zelfs nauwe sectorclassificaties product- noch inputmarkten, maar desondanks kunnen sectorspecifieke data een nuttige screen opleveren voor concentratiemeldingen. Neem een concentratiemelding van een verticale fusie. Door in beide sectoren naar (veranderingen van) concentratie, winstgevendheid, en toe- en uittreding te kijken, kan een imperfecte inschatting gemaakt worden van de gevaren van uitsluiting op de korte en lange termijn.

Advies 2 *De ACM dient op basis van microdata een brede set aan mededingingsindicatoren te volgen over de tijd en binnen de nauw-gedefinieerde sectoren.*

Meerdere databronnen dienen zich aan voor een dergelijk initiatief. Balansen en resultatenrekeningen zouden bij de Kamer van Koophandel of de Belastingdienst verkregen kunnen worden; meerdere bedrijven leveren soortgelijke data die al opgeschoond zijn, bijvoorbeeld de database Amadeus van Bureau van Dijk. Microdata van het CBS kunnen een goed beeld schetsen van sectoren, maar zijn dankzij een proces van anonimisatie, imputatie, en herindeling van de bedrijfsgrenzen op bedrijfsniveau van minder waarde bij concentratiemeldingen. Gegevens over prijzen zijn niet beschikbaar in bovenstaande bronnen. Te denken valt aan een systeem waarbij fuserende partijen verplicht worden om enige jaren na de fusie data af te staan aan de ACM. Om bedrijven te verplichten hun data te delen met de mededingingsautoriteit is niet zonder precedent. Tussen 1975 en 1984 stonden bijna 500 van de grootste Amerikaanse bedrijven gedetailleerde data af aan de Federal Trade Commission (FTC). Op basis van deze data zijn er bijna negentig wetenschappelijke artikelen geschreven (Ravenscraft en Wagner, 1991). Wij noemen dit als voorbeeld van de kennis die een mededingingsautoriteit kan vergaren wanneer haar datatoegang verbeterd wordt. *Web scraping* is ook een mogelijkheid als de prijzen online vermeld zijn. Als alternatief noemen we technieken die ontwikkeld zijn om zonder prijsdata toch mark-ups op bedrijfsniveau te kunnen schatten (De Loecker en Warzynski, 2012).

Ook bestaande resultaten van ex post studies van fusies en acquisities kunnen bijdragen aan de snelle beoordeling van nieuwe concentratiemeldingen. Als voorbeeld noemen wij de FTC, die na een reeks van verloren rechtszaken halverwege de jaren negentig besloot om fusies in de zorg niet langer aan te vechten, maar om de effecten van geïmplementeerde fusies te onderzoeken (Kwoka, 2020). Deze studies bleken later cruciaal bij het succesvol aanvechten van fusies in de zorg. Idealiter zou de ACM op een gegeven moment toegang gaan krijgen tot een grote databank met ex post studies. Tot die tijd kan er echter gekeken worden naar internati-

onale ex post studies om een idee te krijgen van, bijvoorbeeld, de waarschijnlijkheid van prijsstijgingen of de kans dat *conduct remedies* anti-competitieve aspecten van fusies kunnen inperken (zie bijvoorbeeld Kwoka (2015)). Een hoopgevend begin is de ex post studie van zes fusies in de zorg door Kemp et al. (2012).

Zorgvuldig bekijken

Voor de meeste aangemelde fusies is het al snel duidelijk dat ze niet schadelijk zijn, en dat er derhalve geen verder onderzoek nodig is. Er zijn ook fusies waarbij de te verkrijgen data te beperkt zijn om er empirische methoden op los te laten. Wij gaan het nu hebben over de rest van de fusies.

Een deel van het sabelgekleter bij fusies gaat vaak over de marktdefinitie. De praktijk om automatisch eerst 'de' relevante markt vast te stellen en vervolgens deze markt te analyseren (met doorgaans de veronderstelling dat alle producten binnen deze markt symmetrisch geïmponeerd zijn) is archaïsch, onwenselijk en overbodig: de retailmarkt voor benzine eindigt niet bij de gemeentegrens, een heldere afbakening van de productmarkt voor dranken is niet duidelijk te maken, en twee cola's zijn nauwere substituten dan cola en koffie. Het is doorgaans mogelijk om een model te gebruiken waarin de afstand tussen producten (geografisch en/of productattributen) wordt beschreven. Met zo'n model krijgen voor de markt minder relevante producten weinig gewicht, en worden de relatieve posities van de diverse producten beter weerspiegeld – want een beter model leidt tot nauwkeurigere conclusies.

Advies 3 Laat de marktdefiniëringsexercitie bij horizontale fusies varen.

Er zijn obstakels, zowel voor dit advies als voor andere geavanceerde empirische methoden. Ten eerste bestaat er spanning tussen enerzijds de voorspelbaarheid van de door de instantie genomen beslissingen en de perceptie betreffende haar objectiviteit, en anderzijds de zorgvuldigheid van de beslissing. Voorts zijn er beperkingen aan de data die de ACM op korte termijn kan vorderen, en ook aan wat er redelijkerwijs op

korte termijn gedaan kan worden. Ten slotte is momenteel de exercitie om de markt te definiëren juridisch vereist. Aan de andere kant is een bepaalde subjectiviteit onontkomelijk. De ene fusie is de andere niet en maatwerk is noodzakelijk: een recept als "verzamel deze getallen en gebruik deze routine in de antitrust-software van het Amerikaanse Ministerie van Justitie" volstaat niet; dit is geen kritiek op deze software, maar op het klakkeloos gebruik ervan. Hoewel het mogelijk en soms ook zinvol is om consultants in te schakelen, is ook in dat geval een zeker niveau aan interne kennis onontbeerlijk.

Een tweede punt is dat de aanwezigheid van data op transactieniveau extra mogelijkheden biedt. Die kunnen gebruikt worden om de effecten van de fusie zelf te schatten. Maar ook als voor de fusie-analyse zelf een eenvoudige kalibratie gebruikt wordt, dan kunnen de ingrediënten hiervoor (bijvoorbeeld elasticiteiten) geschat worden middels gegevens op transactieniveau. Het voordeel van het gebruik van gegevens op transactieniveau is dat de schattingen doorgaans nauwkeuriger zijn, onder andere omdat er bijvoorbeeld beter gecorrigeerd kan worden voor endogeniteitsproblemen en een aggregatiebias vermeden kan worden. Bij dit tweede punt gaat het dus niet noodzakelijkerwijs om het gebruik van nieuwe methoden, maar mogelijk ook om het gebruik van bestaande econometrische methoden met betrekking tot tegenwoordig beschikbare gegevens.

Advies 4 Gebruik waar mogelijk gegevens op transactieniveau.

Het aantal modellen dat toegepast wordt in de mededingingspraktijk is klein: als men al een model gebruikt dan blijft dit doorgaans beperkt tot het multinomiaal of *nested logit model* of PCAIDS (*proportionally calibrated almost ideal demand system*). Soms loont het om een ander soort model te gebruiken. Een niet zo voor de hand liggend voorbeeld daarvan zijn veilingmodellen. Zoals Klemperec (2004) geschreven heeft, kan een groot deel van de economische wereld geïnterpreteerd worden als een veiling. Het gaat dus niet noodzakelijkerwijs over expliciete biedmarkten, zoals

die in Janssen (2020) in deze bundel. Soms zijn veilingmodellen praktischer dan alternatieven, met name als er geen fijnmazige data beschikbaar zijn.

Een nog niet genoemd en vaak ondergewaardeerd voordeel van het gebruik van een model is dat het mogelijk is om minder voor de hand liggende situaties te analyseren. Een voorbeeld daarvan is de situatie waarin een fusie zal gaan leiden tot een afname van het aantal aangeboden producten, hetgeen ook zonder een verandering in prijzen zal leiden tot een welvaartsverlies. Een tweede voorbeeld betreft een verweer dat vaak wordt aangevoerd, namelijk de mogelijke toetreding door andere bedrijven. Het kan moeilijk zijn om de kans daarop of de effecten daarvan in te schatten. Maar soms is het mogelijk om te bekijken wat er in soortgelijke gevallen in het verleden of in andere jurisdicties is gebeurd. Dat kan via een analyse van de effecten achteraf (zie de volgende paragraaf) als de situatie voldoende vergelijkbaar is, maar zulke informatie kan ook gebruikt worden om model-parameters te kiezen in de huidige situatie, zelfs als de situatie minder vergelijkbaar is.

Advies 5 Wees opportunistisch.

Een gebied waarop, met betrekking tot empirisch onderzoek, recentelijk aanzienlijke vooruitgang is geboekt betreft modellen waarin partijen met elkaar onderhandelen. Zogeheten *bargaining models* beschrijven de situatie waarin partijen met verschillende belangen via onderhandelingen tot een overeenkomst komen, bijvoorbeeld over uitzendrechten, over royalty's, of over vergoedingen voor ziektekosten. Deze zijn gebruikt in juridische conflicten over fusies, soms met succes (Aetna Humana, 2017), soms zonder (AT&T/Time Warner, 2017). Deze modellen hebben een grotere complexiteit dan de eenvoudige modellen die gebruikt worden om in simpelere omstandigheden prijseffecten te voorspellen (Gowrisankaran et al., 2015; Ho en Lee, 2019). Er kunnen vaak conclusies getrokken worden over de relatieve machtsposities van de partijen door hun meerwinst te schatten, in vergelijking met een situatie waarin ze niet tot overeenkomst zouden zijn gekomen. Schattingen van de machts-

posities (*bargaining parameters*) kunnen dan weer gebruikt worden om de effecten van de fusie te voorspellen. Er zitten de nodige haken en ogen aan zo'n analyse, maar dat heeft de implicatie dat er voldoende expertise voorhanden dient te zijn, niet dat de te verkrijgen conclusies onvoldoende sterk zouden zijn.

Advies 6 Bekijk andere aspecten van het concurrentietoneel, met name als er reeds goede methoden voor beschikbaar zijn, zoals in het geval van *bargaining models*.

Er zijn diverse dingen die ondernomen kunnen worden als onderdeel van een zorgvuldige beoordeling van een fusie, maar die we hier niet beschreven hebben. Afgezien van kwesties waarin de empirie geen belangrijke bijdrage kan leveren vanwege een gebrek aan data, en de vraagstukken die we, zoals vermeld, niet beschrijven vanwege ruimtegebrek, zijn er ook problemen – zoals het effect van een fusie op kwaliteit – die voornamelijk voorspeld kunnen worden door de analyse van andere fusies achteraf; zie de volgende subparagraaf.

Achteraf evalueren

De meeste ruimte om geavanceerde empirische methoden toe te passen, komt misschien wel vrij als het mededingingsproces is afgerond. Zonder de tijdsdruk en het juridische korset van een formele procedure heeft een mededingingsautoriteit de ruimte om dieper te reflecteren op haar beslissingen. We beseffen dat de dagelijkse praktijk daar niet altijd de ruimte voor biedt, maar we zien wel een aantal belangrijke voordelen. Ten eerste kan een diepere analyse inzichten bieden voor een toekomstige snelle analyse, zoals we hierboven al aanraadden. Ten tweede geeft het medewerkers de mogelijkheid om hun inhoudelijke kennis te verdiepen. Tot slot dienen zulke analyses ook als evaluatie van het mededingingsproces zelf, en kunnen dus aanleiding vormen voor beleidsbepalers om van koers te veranderen. In het Verenigd Koninkrijk is de mededingingsautoriteit verplicht om minstens twee ex post analyses per jaar uit te voeren (Kwoka, 2020). Wij vinden dat dit voorbeeld het volgen waard is.

Advies 7 Voer jaarlijks een aantal *ex post* analyses uit.

Het bekendste voorbeeld van dergelijke achteraf-analyses is de retrospectieve fusieanalyse. In zo'n analyse wordt er gekeken hoe een markt zich na een fusie ontwikkelt, en of de beslissing om de fusie toe staan dus de juiste was. Als zo'n analyse enkel over prijzen gaat, is dit vaak vrij simpel: vergelijking van de prijsontwikkeling met een controlemarkt – een vergelijkbare markt waarin er geen fusie plaats heeft gevonden – kan een goede indicatie geven van het effect van de fusie (Ashenfelter en Hosken, 2010).

Er zijn echter drie situaties waarin er om een geavanceerdere methode gevraagd wordt. De eerste is als er geen (controle)markt gevonden kan worden waarvan de vergelijkbaarheid kan worden gestaafd. Een tweede situatie betreft de evaluatie van een afgewezen fusie. Zulke evaluaties zijn ongebruikelijker, maar wat ons betreft niet minder belangrijk dan evaluaties van toegestane fusies. Als de analyse beperkt blijft tot toegestane fusies, dan bestaat er immers kans op een selectie-effect. Shapiro (2019) trekt uit de observatie dat veel fusies leiden tot prijsstijgingen bijvoorbeeld de conclusie dat de Amerikaanse handhaving van mededingingsregels te laks is. Deze conclusie is echter alleen gerechtvaardigd als afgewezen fusies ook tot prijsstijgingen hadden geleid wanneer ze wel waren doorgestaan. Als het hypothetisch zou blijken uit diepere *ex post* analyses dat veel afgewezen fusies eigenlijk toegestaan hadden moeten worden, dan zou het probleem eerder wijzen op een gebrek aan nauwkeurigheid of betrouwbaarheid van de genomen beslissingen dan op een overdreven strengheid.

Een derde situatie waarin geavanceerdere methoden nodig zijn in een retrospectieve analyse, is als men geïnteresseerd is in de effecten van een fusie op een andere uitkomst dan prijzen of het aantal geboden producten. Bij recente analyses in de wetenschappelijke literatuur wordt er bijvoorbeeld gekeken naar het effect van fusies op de impliciete samenspanning ofwel 'collusie' (Miller en Weinberg, 2017), kosten (Grieco et al., 2018), kwaliteit (Eliason et al., 2020) en innovatie (Igami en Uetake, 2019).

In alle situaties is het probleem dat de analyse zaken

betreft die niet direct in de data te observeren zijn, omdat de fusie niet heeft plaatsgevonden (het effect van een afgewezen fusie), dan wel omdat de data ontbreken (data betreffende economische kosten bijvoorbeeld, of data over het ontbreken van een afdoende vergelijkbare controlemarkt). De standaard in de wetenschappelijke literatuur is om in zo'n geval een model van de markt te schatten. Zo'n model begint vaak met het schatten van een vraagfunctie, waarna er andere eigenschappen van de markt, zoals kostenfuncties, bepaald kunnen worden. Op basis van zo'n model kan men dan een schatting doen van hoe de markt zich ontwikkeld zou hebben als er een andere beslissing was genomen. Ook kan men lopende fusies evalueren.

Een obstakel is dat zulke analyses vaak technisch complex zijn. Maar we zien twee recente ontwikkelingen die het, ook voor niet-academici, toegankelijker zouden moeten maken om hiermee meer te kunnen doen. De eerste is het ontwikkelen van nieuwe technieken, die het schatten van modellen technisch simpeler maken – vooral wat betreft dynamische modellen zijn er in dit opzicht grote stappen ondernomen (Iskhakov et al., 2016; Abbring et al., 2018; Igami en Uetake, 2019). De tweede ontwikkeling is de beschikbaarheid van software om standaardmodellen uit de empirische industriële organisatie te schatten. Een voorbeeld hiervan is Conlon en Gortmaker (2020) (zie ook Li, 2018; Reynaerts et al., 2012), die eenvoudige software hebben gemaakt om het veelgebruikte vraagmodel van Berry et al. (1995) te kunnen schatten. Helaas is het (nog) niet altijd de standaard voor academici om de broncodes te publiceren die de door hen ontwikkelde methoden toegankelijk maken voor mensen die in de praktijk werken, hoewel steeds meer tijdschriften dit vereisen om replicatie mogelijk te maken. We denken dat als dit in de toekomst meer zal gebeuren, het voor mededingingsautoriteiten gemakkelijker zou worden om gebruik te maken van recente inzichten uit de wetenschap.

Advies 8 Publiceer broncode voor het schatten van modellen.

SAMENSPANNING

In Nederland is de bestrijding van samenspanning ofwel conclusie al lange tijd een ondergeschoven kind in de mededingingshandhaving. ‘Samenspanning’ staat in Nederland niet in het strafrecht, hetgeen tot gevolg heeft dat een onscrupuleuze, samenspannende manager beloond wordt met een hogere winst (en derhalve compensatie) aan de ene kant en met aan de andere kant een beperkt persoonlijk risico (geen vervolging). In tegenstelling tot andere concurrentiebeperkende maatregelen die een manager kan ondernemen, is er in het geval van samenspanning geen twijfel dat het ontoelaatbaar is – de grens is scherp. Er zijn legio aanwijzingen dat samenspanning een probleem is in Nederland. Voorbeelden daarvan zijn het bouwkartel, en het feit dat Nederlandse bedrijven al diverse keren hiervoor op Europees niveau ‘gepakt’ zijn. Twee Nederlandse bedrijven staan hoog op deze lijst: AkzoNobel bovenaan met negen keer en Shell als vijfde met zes keer (Shen, 2017); zie Marx et al. (2015).

Een probleem met samenspanning is dat het doorgaans, zonder getuigen en/of interne documenten, moeilijk is om hard bewijs te verzamelen. Een reden daarvoor is dat de gevolgen van samenspanning wat betreft patronen in de data ook veroorzaakt kunnen zijn door legale activiteiten, zoals stilzwijgende samenspanning (ook wel ‘conscious parallelism’ genoemd) – het onderscheid is dat er aangaande stilzwijgende samenspanning geen expliciete communicatie plaats hoeft te vinden. Aryal et al. (2018) hebben bijvoorbeeld aanwijzingen gevonden dat luchtvaartmaatschappijen communiceren middels de gebruikte taal in kwartaalrekeningen. Een tweede reden is dat het voor een kartel theoretisch mogelijk (en zelfs redelijk eenvoudig) is om concurrerend gedrag na te bootsen, maar dat een kartel daar vaak niet in slaagt. Als gevolg hiervan kunnen empirische methoden worden gebruikt om te bekijken waar er mogelijk problemen zijn, en om achteraf de schade vast te stellen. Het gros van de wetenschappelijke empirische literatuur kijkt naar patronen in de data, of schat de schade in markten waarin samenspanning reeds via andere middelen was vastgesteld. Voorbeelden hiervan zijn Kawai en Nakabayashi (2014); Porter en Zona (1999); Miller et al. (2020); Baldwin et al. (1997); Clark en Houde (2013). Maar er zijn ook publi-

caties die proberen om samenspanning zelf te ontdekken, bijvoorbeeld Schurter (2017); Bajari en Ye (2003); Porter (2005); Aryal en Gabrielli (2013); Conley en Decarolis (2016).

Advies 9 *Analyseer data met betrekking tot reeds aangetoonde samenspanningsgevallen in Nederland, om zo te leren herkennen in welke markten mogelijk een kartel opereert.*

ALGEMENE ADVIEZEN

Het mededingingslandschap verandert continu, zowel in de praktijk als wetenschappelijk. Ondernemingen gebruiken tegenwoordig soms prijsalgoritmes in plaats van direct prijzen te kiezen, hetgeen concurrentie-beperkend kan werken (Salcedo, 2015; Klein et al., 2020 (in deze bundel), Johnson et al., 2020). Zoals vastgesteld door Adams en Williams (2019), doet eenzelfde probleem zich voor met *zone pricing*, waarbij ketens in al hun winkels in een groter geografisch gebied dezelfde prijzen hanteren. Digitale markten werken anders dan traditionele markten, en hebben hun eigen problematiek (Crémer et al., 2019; Furman et al., 2019): toegang tot uitgebreide informatie van (potentiële) klanten kan voor bedrijven bijvoorbeeld essentieel zijn om te kunnen concurreren.

Maar de wetenschap en de ACM hebben nu ook toegang tot meer gedetailleerde informatie. Dit heeft geleid tot de beschikbaarheid van betere methoden en een grotere variatie in de onderwerpen die kunnen worden bestudeerd. De empirische methoden zijn vaak ook complexer geworden, onder andere in wiskundige zin.

Daarnaast volgen veel mededingingsproblemen geen standaardpatroon: men kan bijvoorbeeld niet dezelfde methoden toepassen op alle fusies, omdat de concurrentiepatronen in verschillende markten aanzienlijk kunnen verschillen – het is vaak maatwerk.

Het is dus zaak dat de ACM en andere mededingingsinstellingen met hun tijd meegaan. Dat is niet eenvoudig. Het vereist in eerste instantie dat de ACM recente promovendi met relevante onderzoekservaring in dienst heeft. De ACM kan op het gebied van salaris niet concurreren met consul-

tingbedrijven, maar biedt wel een prettige werkomgeving en kan voor werknemers de mogelijkheid creëren om zich te ontplooiën, hetgeen sowieso nodig is om bij te blijven bij de meest recente ontwikkelingen. Ook een verdere aanmoediging van het schrijven van wetenschappelijke artikelen, mogelijk in samenwerking met academici, kan hierbij een rol spelen; evenals het toestaan van het gebruik van gedetailleerde gegevens voor zulke artikelen. Dit laatste idee zal bezwaren oproepen. Er mogen, zonder toestemming van bedrijven, geen bedrijfsgevoelige gegevens in artikelen verschijnen. Mogelijk is hier een wetswijziging voor nodig. Maar minstens één van haar buitenlandse zusterorganisaties doet het (Raval et al., 2017), dus waarom de ACM niet?

Het aantrekken van promovendi met een sterke empirische achtergrond is niet eenvoudig: er is een grote vraag, maar slechts een beperkt aanbod van *'teched up'* empirici. Naast het aanmoedigen van collaboraties tussen wetenschappers en ACM-medewerkers noemen we de mogelijkheid om de positie van hoofdeconoom (uit de academische wereld) aantrekkelijker te maken door deze toegang te verschaffen tot wetenschappelijk interessante data. Een roterend adviespanel van academici is een tweede mogelijkheid; en ook daarvoor geldt dat een beperkte remuneratie kan worden gecompenseerd door toegang tot data.

We zullen onze gedachten nu samenvatten in een advies.

Advies 10 *De ACM dient ervoor te zorgen dat er genoeg interne kennis is op het gebied van geavanceerde empirische technieken om nieuwe problemen aan te pakken en nieuwe mogelijkheden uit te buiten, onder andere via de hierboven genoemde voorbeelden.*

Samenwerking met de wetenschap is noodzakelijk, maar de oogmerken kunnen verschillen. Wetenschappers werken vaak jaren aan een artikel, terwijl de ACM vaak snel een beslissing moet nemen. Daarnaast ligt de nadruk in de mededingingspraktijk vaak op robuustheid van methoden en resultaten, en is het in de wetenschap belangrijker dat het onderliggende idee vernieuwend is. Maar er is ook voldoende ruimte voor kruisbestuiving.

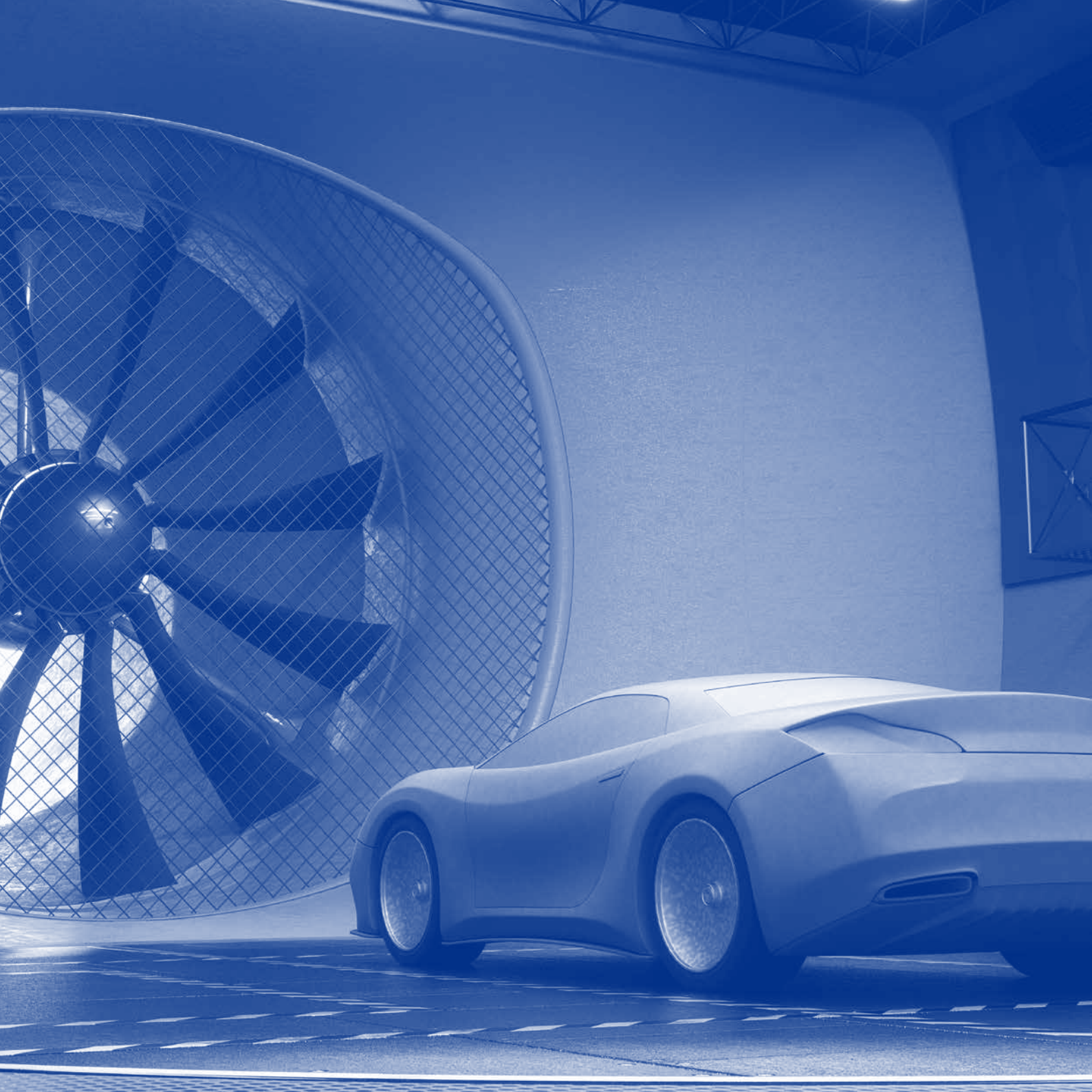
Grotere diepgang in de gebruikte empirische methoden levert ook complicaties op. Een voorbeeld daarvan is het feit dat zulke methoden voor niet-ingewijden soms moeilijk te evalueren zijn. Dit heeft in het buitenland soms tot onwenselijke conclusies in juridische procedures geleid. Canada heeft dit probleem opgelost door een concurrentie-tribunaal op te richten, waar niet alleen juristen maar ook economen deel van uitmaken. Het tribunaal kan ook zelf economische experts aanstellen om te helpen bij de besluitvorming. Hiervoor bestaan er al precedënten in de ondernemingskamer en de pachtkamer. Dit brengt ons tot ons laatste advies:

Advies 11 *Het is aan te bevelen om conflicten in mededingingsvraagstukken te laten beslechten door gespecialiseerde juridische instanties waarin ook economen zitting hebben.*

LITERATUUR

- Abbring, J.H., J.R. Campbell, J. Tilly en N. Yang (2018) Very simple Markov-perfect industry dynamics: theory. *Econometrica*, 86(2), 721–735.
- Adams, B. en K.R. Williams (2019) Zone pricing in retail oligopoly. *American Economic Journal: Microeconomics*, 11(1), 124–156.
- Aetna/Humana (2017) *Memorandum Opinion, Civil Action No. 16-1494 (JDB)*. United States District Court for the District of Columbia. Te vinden op www.justice.gov.
- Aryal, G. en M.F. Gabrielli (2013) Testing for collusion in asymmetric first-price auctions. *International Journal of Industrial Organization*, 31(1), 26–35.
- Aryal, G., F. Ciliberto en B.T. Leyden (2018) *Public communication and collusion in the airline industry*. CESifo Working Paper, 8115.
- Ashenfelter, O. en D.S. Hosken (2010) The effect of mergers on consumer prices: evidence from five mergers on the enforcement margin. *The Journal of Law and Economics*, 53(3), 417–466.
- AT&T/Time Warner (2017) *Memorandum Opinion, Civil Case No. 17-2511 (RJL)*. United States District Court for the District of Columbia. Te vinden op www.dcd.uscourts.gov.
- Backus, M., C. Conlon en M. Sinkinson (2019) *Common ownership in America: 1980–2017*. NBER Working Paper, 25454.
- Bajari, P. en L. Ye (2003) Deciding between competition and collusion. *The Review of Economics and Statistics*, 85(4), 971–989.
- Baldwin, L.H., R.C. Marshall en J.-F. Richard (1997) Bidder collusion at Forest Service timber sales. *Journal of Political Economy*, 105(4), 657–699.
- Berry, S., J. Levinsohn en A. Pakes (1995) Automobile prices in market equilibrium. *Econometrica*, 63(4), 841–890.
- Clark, R. en J.-F. Houde (2013) Collusion with asymmetric retailers: evidence from a gasoline price-fixing case. *American Economic Journal: Microeconomics*, 5(3), 97–123.
- Conley, T.G. en F. Decarolis (2016) Detecting bidders groups in collusive auctions. *American Economic Journal: Microeconomics*, 8(2), 1–38.
- Conlon, C. en J. Gortmaker (2020) Best practices for differentiated products demand estimation with PyBLP. *Rand Journal of Economics*. Te verschijnen.
- 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.
- Cunningham, C., F. Ederer en S. Ma (2020) *Killer acquisitions*. SSRN Working Paper, 3241707. Te verschijnen in *The Journal of Political Economy*.
- De Groot, O. en F. Verboven (2019) Subsidies and time discounting in new technology adoption: evidence from solar photovoltaic systems. *The American Economic Review*, 109(6), 2137–2172.
- De Loecker, J. en F. Warzynski (2012) Markups and firm-level export status. *The American Economic Review*, 102(6), 2437–2471.
- Eliason, P.J., B. Heebsh, R.C. McDevitt en J.W. Roberts (2020) How acquisitions affect firm behavior and performance: evidence from the dialysis industry. *The Quarterly Journal of Economics*, 135(1), 221–267.
- 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.
- Gowrisankaran, G., A. Nevo en R. Town (2015) Mergers when prices are negotiated: evidence from the hospital industry. *The American Economic Review*, 105(1), 172–203.
- Grieco, P., J. Pinkse en M. Slade (2018) Brewed in North America: mergers, marginal costs, and efficiency. *International Journal of Industrial Organization*, 59, 24–64.
- Gugler, K., A. Haxhimusa en M. Liebensteiner (2019) *Effective climate policy doesn't have to be expensive*. Wirtschaftsuniversität Wien. Department of Economics Working Paper, 293. Te vinden op epub.wu.ac.at.
- Ho, K. en R.S. Lee (2019) Equilibrium provider networks: bargaining and exclusion in health care markets. *The American Economic Review*, 109(2), 473–522.
- Igami, M. en K. Uetake (2019) Mergers, innovation, and entry-exit dynamics: consolidation of the hard disk drive industry, 1996–2016. *The Review of Economic Studies*, 87(6), 2672–2702.
- Iskhakov, F., J. Rust en B. Schjerning (2016) Recursive lexicographical search: finding all Markov perfect equilibria of finite state directional dynamic games. *The Review of Economic Studies*, 83(2), 658–703.
- Janssen, M. (2020) Naar een moderner fusietoelicht. In: M. Haan en M.P. Schinkel (red.), *Preadviezen mededingingsbeleid*. Amsterdam: Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde.
- Johnson, J., A. Rhodes en M.R. Wildenbeest (2020) *Platform design when sellers use pricing algorithms*. Cornell University Working Paper, 12 september. Te vinden op www.tse-fr.eu.
- Kawai, K. en J. Nakabayashi (2014) *Detecting large-scale collusion in procurement auctions*. SSRN Paper, 2467175.
- Kemp, R.G.M., N. Kersten en A.M. Severijnen (2012) Price effects of Dutch hospital mergers: an ex-post assessment of hip surgery. *De Economist*, 160(3), 237–255.
- Klein, T., R. van der Noll en J. Sviták (2020) Prijsalgoritmes, machine learning en mededinging. In: M. Haan en M.P. Schinkel (red.), *Preadviezen mededingingsbeleid*. Amsterdam: Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde.
- Klemperer, P. (2004) *Auctions: theory and practice*. Princeton: Princeton University Press.
- Kwoka, J. (2015) *Mergers, merger control, and reme-*

- dies: a retrospective analysis of U.S. policy. Cambridge, MA: The MIT Press.
- Kwoka, J. (2020) *Controlling mergers and market power: a program for reviving antitrust in America*. Boston: Competition Policy International.
- Li, L. (2018) *A general method for demand inversion*. Technical report. Pennsylvania State University. Te vinden op arxiv.org.
- Marx, L.M., C. Mezzetti en R.C. Marshall (2015) Antitrust leniency with multiproduct colluders. *American Economic Journal: Microeconomics*, 7(3), 205–240.
- Miller, N.H. en M.C. Weinberg (2017) Understanding the price effects of the MillerCoors joint venture. *Econometrica*, 85(6), 1763–1791.
- Miller, N.H., M. Remer en M.C. Weinberg (2020) *The canned tuna cartel*. Technical report, 5 januari. Te vinden op www.aeaweb.org.
- Nocke, V. en M.D. Whinston (2020) *Concentration screens for horizontal mergers*. CEPR Discussion Paper, DP14979.
- Porter, R.H. (2005) Detecting collusion. *Review of Industrial Organization*, 26(2), 147–167.
- Porter, R.H. en J.D. Zona (1999) Ohio school milk markets: an analysis of bidding. *The RAND Journal of Economics*, 30(2), 263–288.
- Raval, D., T. Rosenbaum en S.A. Tenn (2017) A semi-parametric discrete choice model: an application to hospital mergers. *Economic Inquiry*, 55(4), 1919–1944.
- Ravenscraft, D.J. en C.L. Wagner III (1991) The role of the FTC’s line of business data in testing and expanding the theory of the firm. *The Journal of Law & Economics*, 34(2), 703–739.
- Reynaerts, J., R. Varadha en J.C. Nash (2012) *Enhancing the convergence properties of the BLP (1995) contraction mapping*. KU Leuven. VIVES Discussion Paper, 35. Te vinden op feb.kuleuven.be.
- Sainsbury’s/Mastercard (2018) *The Court of Appeal (Civil Division)*, [2018] EWCA Civ 1536. Te vinden op www.oeclaw.co.uk.
- Salcedo, B. (2015) *Pricing algorithms and tacit collusion*. Pennsylvania State University. Paper te vinden op brunosalcedo.com.
- Schurter, K. (2017) *Identification and inference in first-price auctions with collusion*. University of Chicago. Paper te vinden op home.uchicago.edu.
- Seldeslachts, J., J. Malek en M. Newham (2020) ‘Killer acquisitions’ en innovatie. In: M. Haan en M.P. Schinkel (red.), *Preadviezen mededingingsbeleid*. Amsterdam: Koninklijke Vereniging voor de Staatshuishoudkunde.
- Shapiro, C. (2019) Protecting competition in the American economy: merger control, tech titans, labor markets. *The Journal of Economic Perspectives*, 33(3), 69–93.
- Shen, C. (2017) *Essays on the economics of collusion*. Pennsylvania State University, proefschrift.
- Wollmann, T.G. (2020) *How to get away with merger: stealth consolidation and its real effects on US health-care*. Technical report, NBER Working Paper, 27274.



Experimenten voor mededingingsbeleid

Economische experimenten kunnen de beleidscyclus in mededingingsland op verschillende manieren ondersteunen: van het toetsen van theorieën en principes waarop het mededingingsbeleid is gebaseerd tot het ‘windtunneltesten’ om nadelige (bij)effecten van het beleid aan het licht brengen.

IN HET KORT

- ▶ **Beleidsonderzoek met data uit de praktijk is niet altijd mogelijk.**
- ▶ **Economische laboratoriumexperimenten zijn een snel en goedkoop alternatief.**
- ▶ **De resultaten kunnen missers voorkomen of ingrijpen door de toezichthouder rechtvaardigen.**

Jarig van Sinderen, voormalig chieft econo­mist van de Autoriteit Consument & Markt (ACM), heeft gedurende zijn lange loopbaan als beleidseconoom het mantra uitgedragen dat beleid alleen kan slagen met een adequate onderbouwing (Dijkgraaf en Gradus, 2020). Van Sinderen pleitte voor *evidence-based* beleid, oftewel het vormgeven van beleid op basis van economische feiten en analyse. Beleidsmakers hebben al enige tijd hier een groeiende aandacht voor. Deze ontwikkeling is mede ingegeven door de gedragseconomie, die inzichten uit de psychologie over menselijk gedrag incorporeert in economische modellen. De implicaties van de gedragseconomie voor het mededingings-

en consumentenbeleid zijn ruimschoots bediscussieerd, zie bijvoorbeeld Bennett et al. (2010) of Martin (2019). Veel auteurs zien de gedragseconomie als een waardevolle aanvulling op de bestaande economische kennis, die het nut van dit beleid niet per se in twijfel hoeft te trekken, maar die wel het belang van empirisch onderzoek onderstreept.

ECONOMISCHE EXPERIMENTEN

Beleids­onderzoek met data uit de praktijk is echter niet altijd mogelijk. Bijvoorbeeld omdat er sprake is van verboden – en dus deels onzichtbaar – (kartel)gedrag van aanbieders, of van een moeilijk te duiden consumentengedrag. Een andere reden is een gebrek aan goede *counterfactuals*, oftewel vergelijkbare situaties waarin een bepaalde (verdachte) praktijk zich niet voordoet, om zo in vergelijking daarmee het effect van die praktijk te kunnen bepalen.

Een groot voordeel van economische experimenten in een computerlaboratorium is dat daarin wél gedrag (zoals kartelafspraken) en uitkomsten (zoals mate van efficiëntie) kunnen worden waargenomen, waar dat in het veld vaak niet kan. Bij economische labexperimenten spelen proefpersonen de rol van aanbieders en consumenten in een markt,

ANNEMIEKE TUINSTR

Senior econoom bij
de Autoriteit Consu-
ment & Markt

SANDER ONDERSTAL

Hoogleraar aan de
Universiteit van
Amsterdam

JAN POTTERS

Hoogleraar aan
Tilburg University

doorgaans met anonieme tegenstanders. Zij worden hierbij betaald op basis van hun prestaties in het experiment. Alvorens de proefpersonen interacteren binnen de markt, verdeelt de onderzoeker hen willekeurig over de verschillende experimentele condities. De onderzoekers variëren bijvoorbeeld de mate waarin de ‘aanbieders’ met elkaar kunnen communiceren, of hoeveel informatie de ‘consumenten’ hebben. De onderzoekers kunnen vervolgens het gedrag van proefpersonen en uitkomsten in de verschillende condities vergelijken. Zo kunnen onderzoekers bijvoorbeeld leren welke effecten communicatie en informatie hebben op de gemiddelde prijzen, de kartelvorming en het consumenten-surplus.

De controle die laboratoriumonderzoek biedt, stelt de onderzoekers in staat om counterfactuals te creëren, om zo relatief eenvoudig het effect te onderzoeken van het gedrag van aanbieders en consumenten op marktuitskomsten. Een ander groot voordeel van labexperimenten is de repliceerbaarheid ervan. Door experimenten te repliceren, kunnen onderzoekers voldoende data genereren om statistische toetsen uit te voeren teneinde oorzakelijke verbanden vast te stellen, en kunnen bovendien andere onderzoekers het experiment herhalen, om zo de robuustheid en consistentie van de resultaten te toetsen.

Vaak stellen beleidsmakers de vraag in hoeverre de resultaten van labexperimenten generaliseerbaar zijn naar de praktijk. Experimenten met professionals geven veelal, maar niet altijd, vergelijkbare resultaten als die met studenten (Fréchette, 2015). Hetzelfde geldt voor replicaties in het veld (Camerer, 2015). Uiteraard zijn labexperimenten geen panacee – ze hebben net als elke methode zo hun beperkingen (Falk en Heckman, 2009).

Beleidsexperimenten dienen in algemene zin drie doelen, die elkaar deels overlappen (Hinloopen en Normann, 2009; Plott, 1994):

1. het toetsen van (onderscheid tussen) theorieën;
2. het toetsen van onderliggende concepten en principes (*proof of principle*);
3. het toetsen van (bestaand en nieuw) beleid.

Dit preadvies illustreert elk van deze drie doelen met voorbeelden toegespitst op het mededingingsbeleid. Daarmee vormt het preadvies een pleidooi voor meer gebruik van experimenten in mededingingsbeleid, en – bij het realiseren daarvan – voor samenwerking tussen beleid, toezicht en wetenschap.

DOEL 1: TOETSEN VAN THEORIEËN

De centrale vraag voor het mededingingsbeleid is welke praktijken zouden kunnen leiden tot een vermindering van de mededinging, bijvoorbeeld omdat ze het makkelijker maken voor bedrijven om af te stemmen op een hogere prijs. Om deze reden bekijken mededingingsautoriteiten de communicatie- en informatie-uitwisseling tussen concurrenten vaak met gemengde gevoelens. “Uitwisseling van marktinformatie tussen ondernemingen (...) kan ondernemingen helpen algemene marktontwikkelingen te volgen en (...) kan de concurrentie bevorderen. Uitwisseling van informatie tussen concurrenten kan [er] echter ook toe leiden dat ondernemingen niet meer zelfstandig en onafhankelijk hun marktgedrag bepalen. Bovendien kan uitwisseling van informatie de coördinatie van marktgedrag vergemakkelijken.” (ACM, 2019, p. 16). Deze ambigue houding weerspiegelt de conflicterende modellen in de economische literatuur over informatie-uitwisseling (Kühn et al., 2001). Een dergelijke theoretische ambiguïteit heeft verschillende oorzaken: de resultaten kunnen afhangen van de inhoud van de informatie en de marktform, maar worden ook veroorzaakt doordat strategisch gedrag over een langere termijn (een herhaald spel) wordt gekenmerkt door een inherente onvoorspelbaarheid (meerdere evenwichten), met name wat betreft de mate waarin bedrijven hun gedrag zullen afstemmen. Omdat gegevens uit het veld vaak slechts beperkt beschikbaar zijn, zijn labexperimenten uitermate nuttig om bij de verzameling van mogelijke uitkomsten de empirisch meer plausibele uitkomsten te kunnen vaststellen.

Een voorbeeld van zo’n experimentele studie is Fonseca en Normann (2012). Zij onderzoeken hoe de effecten van onderlinge communicatie afhangen van het aantal bedrijven. De theorie suggereert dat afstemming van gedrag makkelij-

ker verloopt als een bedrijfstak geconcentreerder is. Maar de theorie zegt nagenoeg niets over de mate waarin communicatie die afstemming vergemakkelijkt. Fonseca en Normann hebben markten met twee, vier, zes en acht bedrijven vergeleken, en vinden een *niet-monotoon* effect van onderlinge communicatie. Voor alle markten is er een positief effect van de communicatie op prijzen en winsten, maar dit effect is groter bij vier of zes bedrijven dan bij twee of acht. De reden is dat duopolisten ook zonder directe communicatie hun gedrag al redelijk goed weten af te stemmen, terwijl zelfs met communicatie markten met veel bedrijven daar niet goed in slagen. Een interessante implicatie is dat expliciete afspraken het meest waarschijnlijk zijn in bedrijfstakken met een gematigde concentratiegraad.

Een ander belangrijk thema is hoe (historische) informatie over het marktgedrag van concurrenten (prijzen, afzet) de mededinging beïnvloedt. Ook hierover is de theoretische literatuur niet eenduidig. De meest gangbare gedachte is dat de mogelijkheid om het gedrag van concurrenten te monitoren, het makkelijker maakt om samen te spannen. Anekdotisch bewijs wijst soms ook in deze richting (Albæk et al., 1997; Luco, 2019), maar het vaststellen van causale verbanden is met niet-experimentele data lastig. In experimenten wordt er echter opvallend weinig steun gevonden voor deze hypothese (Huck et al., 2000; Offerman et al., 2002). Vaak wordt een markt zelfs competitiever als er meer informatie over de concurrentie beschikbaar is. Een verklaring hiervoor is dat zulke informatie aanbieders stimuleert om succesvolle concurrenten na te doen.

Hier is echter een belangrijke kanttekening op zijn plaats. Bestaande kartels zijn aanmerkelijk stabielere als aanbieders elkaars gedrag kunnen controleren (Gomez-Martinez et al., 2016). Dus de enigszins genuanceerde conclusie is dat de beschikbaarheid van marktinformatie niet per se leidt tot een beperking van de mededinging (veel bedrijven spannen immers niet samen) maar als de wil om samen te spannen er is, dan is die informatie wel essentieel.

We kunnen hier uiteraard slechts een beperkt aantal studies bespreken. Een kleine greep uit andere experimentele resultaten over dit thema leert ons dat het uitwisselen

van informatie over de marktvrage de concurrentie nauwelijks belemmert (Rojas, 2012), dat geaggregeerde informatie de concurrentie minder belemmert dan geïndividualiseerde informatie (Offerman et al., 2002), dat ‘zachte informatie’ over toekomstige plannen de concurrentie eerder belemmert dan ‘harde informatie’ over de markt-historie (Freitag et al., 2019), en dat openbare informatie (gericht op zowel aanbieders als afnemers) minder belemmerend is voor de mededinging dan informatie-uitwisseling tussen aanbieders onderling. Zie Haan et al. (2009) en Potters (2009) voor een meer uitgebreid overzicht. Veel experimentele resultaten ondersteunen de passages over informatie-uitwisseling in de ACM-leidraad *Samenwerking tussen concurrenten* (ACM, 2019).

DOEL 2: TOETSEN VAN ONDERLIGGENDE CONCEPTEN EN PRINCIPES

Naast het toetsen van theorieën kunnen economische experimenten ook worden gebruikt om onderliggende concepten en principes te toetsen (*proof of principle*) (Plott, 1994). Bijvoorbeeld het centrale principe dat ten grondslag ligt aan het mededingingsbeleid in Nederland en vele andere landen dat concurrentie tot efficiënte uitkomsten leidt en zodoende welvaart bevordert (Tweede Kamer, 2013; Europees Parlement 2020). Doorgaans lijkt dit principe op te gaan: Uit een brede verzameling empirisch onderzoek blijkt reeds dat in veel markten concurrentie hand in hand gaat met positievere marktuitskomsten en met meer economische groei in brede zin (Smith, 1962; Plott, 1982; OESO, 2014).

De gedragseconomische literatuur suggereert echter dat dit centrale principe niet altijd opgaat. Een voorbeeld zijn situaties waarin consumenten door aanbieders worden misleid, of in verwarring raken vanwege ingewikkelde prijsstructuren of een groot aantal productkenmerken. Concurrentie lost dit niet per se op en kan, tenminste in theorie, de situatie zelfs erger maken (Gabaix en Laibson, 2006; Carlin, 2009; Spiegler, 2006). Volgens Nobelprijswinnaars Akerlof en Shiller kan concurrentie zelfs de reden zijn dat bedrijven met ‘*phishing for phools*’ blijven doorgaan (Akerlof en Shiller, 2016). Als ze het niet doen, wordt hun plaats vanzelf inge-

nomen door een andere aanbieder die consumenten wel met succes misleidt – zo lang dit winstgevend is.

Dit principe, dat het misleiden en verwarren van consumenten voor aanbieders een aantrekkelijke strategie is, en dat concurrentie dit niet per se oplost, is relatief nieuw in de economische literatuur en kan met labexperimenten worden onderzocht. Door de controle die dergelijke experimenten bieden, valt geobserveerd consumentengedrag goed te duiden. Namelijk, door proefpersonen te belonen op basis van hun prestatie in het experiment, worden hun voorkeuren *geïnduceerd* (de ene keuze is objectief gezien beter dan de andere). Daardoor zijn consumentenfouten als zodanig te herkennen, en kan worden uitgesloten dat het om bewuste keuzes gaat.

In Kalaycı en Potters (2011) wordt er een markt met kopers en verkopers geconstrueerd. De verkopers zijn proefpersonen, de kopers worden óf met de computer gesimuleerd om foutloos de beste optie te kiezen, óf zijn ook proefpersonen. De verkopers verkopen producten met verschillende kwaliteitsniveaus, en kiezen de mate van productcomplexiteit en de hoogte van de prijs. Kopers kunnen vervolgens kiezen bij welke aanbieder ze een product kopen, of ze kunnen afzien van de aankoop. Uit de resultaten blijkt dat wanneer de aanbieders voor meer productcomplexiteit kiezen, dit leidt tot hogere prijzen, minder consumentensurplus en meer consumentenfouten bij de menselijke kopers, vergeleken met de optimaliserende computer-gesimuleerde kopers. Het onderzoek bevestigt het principe dat het misleiden en verwarren van consumenten voor aanbieders een aantrekkelijke strategie kan zijn.

Maar is deze strategie ook blijvend aantrekkelijk, oftewel, lost concurrentie dit niet gewoon vanzelf op? Dit vraagstuk is onderwerp van enkele recente experimenten, maar is nog niet uitgekristalliseerd. In Kalaycı (2016), waarin zowel kopers als verkopers proefpersonen zijn, blijft bij een toename van het aantal aanbieders de mate van prijs- of productcomplexiteit die verkopers kiezen weliswaar gelijk, maar dalen de prijzen en stijgt het consumentensurplus. In een vergelijkbaar experiment met computer-gesimuleerde kopers leidt een toename van het aantal aanbieders juist tot meer

prijscomplexiteit en gemiddeld hogere prijzen (Shchepetova, 2014).

In Normann en Wenzel (2015) bieden verkopers een basisproduct en een aanvullend product aan, en kunnen ze ervoor kiezen om de prijs van het aanvullende product te verhullen. Denk bijvoorbeeld aan hotels met aanvullende prijzen voor de minibar, parkeerplek, et cetera. In dit experiment wordt er in markten met vier aanbieders gemiddeld minder vaak verhuld dan in markten met twee aanbieders. In de geconcentreerde markten met twee aanbieders draagt de mogelijkheid om aanvullende prijzen te verhullen bij aan een stilzwijgende *collusie*, en daardoor aan hogere prijzen – een punt dat in de theoretische en experimentele literatuur ondersteund wordt (De Roos, 2018; Crosetto en Gaudeul, 2017).

Deze onderzoeken geven geen reden om het centrale principe te verlaten dat ten grondslag ligt aan mededingingsbeleid – namelijk dat concurrentie leidt tot efficiëntie en hogere welvaart. Echter, het onderzoeksresultaat dat misleiding tot meer consumentenfouten, hogere prijzen en minder consumentensurplus leidt, én de bevinding dat concurrentie dit niet per se oplost, bevestigen wél het principe dat misleiding of verwarring een aantrekkelijke strategie kan zijn voor aanbieders. Hierdoor ontstaat er een vorm van marktmacht, en werken markten mogelijk minder goed. Toekomstig wetenschappelijk onderzoek, onder andere door ondergetekenden, zou meer inzicht in dit vraagstuk kunnen verschaffen.

Mogelijke beleidsoplossingen zouden nieuwe instrumenten en bevoegdheden voor mededingingsautoriteiten kunnen zijn (Europese Commissie, 2020), zoals marktstudies met de mogelijkheid om te interveniëren in markten, en effectieve consumentenbescherming (Tuinstra, 2018). Het belang hiervan wordt onderstreept door de toegenomen digitalisering, waardoor er meer mogelijkheden zijn ontstaan om consumenten te verwarren of om hun gedrag te sturen (ACM, 2020b). Experimenten kunnen vervolgens worden benut om te toetsen welke interventies effectief zijn en welke niet (Gu en Wenzel, 2015).

DOEL 3: TOETSEN VAN BESTAAND EN NIEUW BELEID

Het toetsen van beleidsinterventies is een derde doel waarvoor beleidsmakers experimenten kunnen inzetten. Beleid kan vervelende onvoorziene maatschappelijke gevolgen met zich meebrengen. Experimenten kunnen dienen als een ‘windtunneltest’, en aldus mogelijk nadelige (bij)effecten van het beleid aan het licht brengen. De overheid kan op basis van de resultaten van de experimenten bijsturen waar ze dat nodig acht. Zo heeft de Amerikaanse Federal Communications Commission regelmatig nieuwe veilingvormen uitgetest in het lab, voordat ze daadwerkelijk werden ingezet voor de allocatie van telecomfrequenties (McMillan, 1994; Goeree en Holt, 2010). Een rammelend veilingontwerp kan resulteren in een inefficiënte allocatie van telecomfrequenties en/of lage veilingopbrengsten. De maatschappelijke kosten kunnen in de miljarden euro’s lopen. Een typisch laboratoriumexperiment kost slechts enkele duizenden euro’s, en is daarmee een goedkope en relatief snelle manier om beleidsmissers te anticiperen en te voorkomen, of juist om beleidsingrijpen te rechtvaardigen.

Ook in het mededingingsbeleid kunnen experimenten nuttig zijn om nieuw beleid uit te testen of bestaand beleid te verfijnen. We nemen clementieprogramma’s als voorbeeld. In de meeste westerse landen, waaronder Nederland, zijn clementieprogramma’s een belangrijk onderdeel van de anti-kartelwetgeving (OESO, 2002). Volgens het clementieprogramma van de ACM komen karteldeelnemers onder voorwaarden in aanmerking voor boetereductie of -kwijtschelding.

Als het gaat om het meten van de effectiviteit van clementieprogramma’s dan hebben laboratoriumexperimenten verschillende voordelen ten opzichte van de analyse van velddata. Omdat kartels illegaal zijn, kan de onderzoeker slechts de kartels observeren die tegen de lamp lopen, en niet de volledige kartelpopulatie. Bovendien zijn natuurlijke experimenten op het gebied van clementieprogramma’s zeer zeldzaam. Om beide redenen is het ingewikkeld het effect van clementieprogramma’s vast te stellen aan de hand van velddata.

De effectiviteit van de verschillende varianten van clementieprogramma’s is onderzocht in verschillende markt-

vormen, en met verschillende exogene pakkansen onder een traditioneel mededingingsbeleid (Apestegui et al., 2007; Hinloopen en Soetevent, 2008; Bigoni et al., 2012; 2015; Hinloopen en Onderstal, 2014; Clemens en Rau, 2019; Chowdhury en Wandschneider, 2018; Feltoovich en Hamaguchi, 2018; Andres et al., 2019; Dijkstra et al., 2020). De voornaamste bevinding is dat clementieprogramma’s over het algemeen de gewenste effecten hebben op de prijs, kartelvorming en de fractie gerapporteerde kartels. De onderzoeken brengen ook een potentieel nadeel van de clementieprogramma’s naar voren, namelijk dat de kartels die worden gevormd stabielere kunnen worden.

Naast het meten van het effect van een clementieprogramma ten opzichte van traditioneel mededingingsbeleid kunnen laboratoriumexperimenten gebruikt worden om te onderzoeken welke details in de regeling de effectiviteit verder kunnen verhogen. Te denken valt aan: de initiële hoogte van de boete; de *exogene* pakkans; het aantal bedrijven dat clementie krijgt; hoeveel strafvermindering de eerste, tweede, derde, enzovoort aangever krijgt; wel of geen clementie voor kartelleiders; en beloningen naast strafvermindering. Verschillende van deze varianten zijn recent onderzocht in het laboratorium, evenals de interactie tussen de clementieregelingen en schadevergoedingszaken wat betreft slachtoffers van het kartel (Bodnar et al., 2019). Voor een gedetailleerde bespreking van de resultaten ontbreekt in dit preadvies de ruimte. Daarvoor verwijzen we graag naar het overzicht van Marvão en Spagnolo (2018).

CONCLUSIE

In dit preadvies hebben we laten zien hoe economische experimenten mededingingsbeleid kunnen onderbouwen. Experimenten kunnen op verschillende manieren bijdragen aan de beleidsdiscussie. Ten eerste kunnen experimenten worden gebruikt om economische theorieën te toetsen waarop beleid gefundeerd is. Als illustratie daarvan hebben we experimenteel onderzoek aangehaald dat inzoomt op de vraag of markttransparantie bedrijven helpt of juist ontmoedigt om ‘samen te spannen’. De experimenten leveren een rijk beeld op – over het algemeen zijn markten competitiever naarmate ze trans-

paranter worden. Een belangrijke uitzondering zijn de markten waarin bedrijven kartels kunnen vormen. Kartels blijken namelijk stabiel te worden naarmate bedrijven meer informatie over elkaars gedrag krijgen. De tweede bijdrage van experimenten, *proof of principle*, hebben we uitgewerkt wat betreft het principe dat misleiding en verwarring van consumenten een aantrekkelijke strategie voor aanbieders kan zijn. Experimenten bevestigen dit principe. Bovendien kan meer concurrentie het resulterende marktfalen versterken, al wijzen niet alle experimenten in deze richting. Een derde bijdrage – het uittesten van (bestaand en nieuw) beleid – hebben we geïllustreerd aan de hand van clementieprogramma's binnen de anti-kartelwetgeving. Experimenten bevestigen dat clementieprogramma's over het algemeen de gewenste effecten hebben op de prijs, kartelvorming en de fractie gerapporteerde kartels.

Al met al laten deze voorbeelden de waarde zien van economische experimenten voor het mededingingsbeleid. Naast de genoemde voorbeelden zijn er nog veel meer kwesties uit het mededingingsbeleid waarop laboratoriumexperimenten licht kunnen werpen. We noemen er hier twee. Wat is het effect van het verbieden van internetplatformen om hun eigen producten te bevoordelen ten opzichte van concurrerende producten? Deze vraag is actueel in het licht van de recente Google- en Amazonzaken (Europese Commissie, 2018; 2019). Wat zijn de effecten van anti-kartelbeleid dat bedrijven mogelijkheden biedt om afspraken te maken die de economie en de samenleving duurzamer maken? Deze vraag resulteert momenteel in verhitte discussies in mededingingsland, onder meer bouwend op een recent beleidsvoorstel van de ACM (2020a). De experimenten van Gomez-Martinez et al. (2019) werpen licht op dit vraagstuk.

Gezien de betoogde waarde van economische experimenten en de recente pleidooien voor modernisering van het mededingingsbeleid, zoals besproken in andere hoofdstukken van dit preadvies, zien we kansen voor duurzame samenwerking tussen Nederlandse experimenteel economen, beleidsmakers en markttoezichthouders. Dergelijke samenwerkingsverbanden werpen al sinds de jaren zeventig hun vruchten af. Een vroeg voorbeeld is het Amerikaanse Depart-

ment of Transportation, dat een studie van Hong en Plott (1982) sponsorde om de effecten in te schatten van beleid dat binnenvaartschippers dwingt om prijsaanpassingen van bulktransport ruim van te voren aan te kondigen. In navolging daarvan zouden de ACM en BIN NL (Behavioural Insights Network Nederland) een samenwerkingsverband kunnen opzetten met Nederlandse laboratoria. Op deze manier zou experimenteel onderzoek kunnen bijdragen aan een adequate onderbouwing van het Nederlandse mededingingsbeleid.

LITERATUUR

ACM (2019) *Leidraad: Samenwerking tussen concurrenten*. Autoriteit Consument & Markt, 26 februari.

ACM (2020a) *Leidraad: Duurzaamheidsafspraken*. Autoriteit Consument & Markt, Concept, 9 juli.

ACM (2020b) *Leidraad: Bescherming van de online consument*. Autoriteit Consument & Markt, 11 februari.

Akerlof, G.A. en R.J. Shiller (2016) *Phishing for phools: the economics of manipulation and deception*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Albæk, S., P. Møllgaard en P.B. Overgaard (1997) Government-assisted oligopoly coordination? A concrete case. *The Journal of Industrial Economics*, 45(4), 429–443.

Andres, M., L. Bruttel en J. Friedrichsen (2019) *The effect of leniency rule on cartel formation and stability: experiments with open communication*. Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung Discussion Paper, 1835. Te vinden op www.diw.de.

Apestegui, J., M. Dufwenberg en R. Selten (2007) Blowing the whistle. *Economic Theory*, 31(1), 143–166.

Bennett, M., F. Fingleton, A. Fletcher et al. (2010) What does behavioral economics mean for competition policy? *Competition Policy International*, 6(1), 111–137.

Bigoni, M., S.-O. Fridolfsson, C. Le Coq en G. Spagnolo (2012) Fines, leniency, and rewards in antitrust. *The RAND Journal of Economics*, 43(2), 368–390.

Bigoni, M., S.-O. Fridolfsson, C. Le Coq en G. Spagnolo (2015) Trust, leniency, and deterrence. *The Journal of Law, Economics, & Organization*, 31(4), 663–689.

Bodnar, O., M. Fremerey, H.-T. Normann en J. Schad (2019) *The effects of private damage claims on cartel stability: experimental evidence*. Düsseldorf Institute for Competition Economics, Discussion Paper, 315.

Camerer, C.F. (2015) The promise and success of laboratory field generalizability in experimental economics: a critical reply to Levitt and List. In: G.R. Fréchette en A. Schotter (red.), *Handbook of experimental economic methodology*. Oxford: Oxford University Press, p. 249–295.

Carlin, B.I. (2009) Strategic price complexity in retail financial markets. *Journal of Financial Economics*, 91(3), 278–287.

Chowdhury, S.M. en F. Wandschneider (2018) Antitrust and the ‘Beckerian Proposition’: the effects of investigation and fines on cartels. In: V.J. Tremblay, E. Schroeder en C.H. Tremblay (red.), *Handbook of behavioral industrial organization*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

Clemens, G. en H.A. Rau (2019) Do discriminatory leniency policies fight for hard core cartels? *Journal of Economics & Management Strategy*, 28(2), 336–354.

Crosetto, P. en A. Gaudeul (2017) Choosing not to compete: can firms maintain high prices by confusing consumers? *Journal of Economics & Management Strategy*, 26(4), 897–922.

Dijkgraaf, E. en R. Gradus (2020) In memoriam: Jarig van Sinderen. ESB, 105(4790), 493.

Dijkstra, P.T., M.A. Haan en L. Schoonbeek (2020) Leniency programs and the design of antitrust: experimental evidence with free-form communication. *Review of Industrial Organization*, te verschijnen.

Europese Commissie (2018) *Samenvatting van het besluit van de Commissie van 27 juni 2017 inzake een procedure op grond van artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en artikel 54 van de EER-overeenkomst (Zaak AT.39740 – Google Search (Shopping))*. Te vinden op eur-lex.europa.eu.

Europese Commissie (2019) *Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon*. Persbericht, 17 juli. Te vinden op ec.europa.eu.

Europese Commissie (2020) *Impact assessment for a possible new competition tool*. Public consultation, te vinden op ec.europa.eu.

Europees Parlement (2020) *Mededingingsbeleid*. Informatie te vinden op www.europarl.europa.eu.

Falk, A. en J.J. Heckman (2009) Lab experiments are a major source of knowledge in the social sciences. *Science*, 326(5952), 535–538.

Feltovich, N. en Y. Hamaguchi (2018) The effect of whistle blowing incentives on collusion: an experimental study of leniency programs. *Southern Economic Journal*, 84(4), 1024–1049.

Fonseca, M.A. en H.-T. Normann (2012) Explicit vs. tacit collusion: the impact of communication in oligopoly experiments. *European Economic Review*, 56(8), 1759–1772.

Fréchette, G. (2015) Laboratory experiments: professionals versus students. In: G. Fréchette en A. Schotter (red.), *Handbook of experimental economic methodology*. Oxford: Oxford University Press, p. 360–390.

Freitag, A., C. Roux en C. Thöni (2019) *Communication and market sharing: an experiment on the exchange of soft and hard information*. Universität Basel, Working Paper. Te vinden op www.unibas.ch.

Gabaix, X. en D. Laibson (2006) Shrouded attributes, consumer myopia, and information suppression in competitive markets. *The Quarterly Journal of Economics*, 121(2), 505–540.

Goeree, J.K. en C.A. Holt (2010) Hierarchical package bidding: a paper & pencil combinatorial auction. *Games and Economic Behavior*, 70(1), 146–169.

Gomez-Martinez, F., S. Onderstal en J. Sonnemans (2016) Firm-specific information and explicit collu-

- sion in experimental oligopolies. *European Economic Review*, 82, 132–141.
- Gomez-Martinez, F., S. Onderstal en M.P. Schinkel (2019) *Can collusion promote corporate social responsibility? Evidence from the lab*. Amsterdam Law School Research Paper, 2019-13.
- Gu, Y. en T. Wenzel (2015) Putting on a tight leash and levelling playing field: an experiment in strategic obfuscation and consumer protection. *International Journal of Industrial Organization*, 42, 120–128.
- Haan, M.A., L. Schoonbeek en B.M. Winkel (2009) Experimental results and collusion. In: J. Hinloopen en H.-T. Normann (red.), *Experiments and competition policy*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 9–33.
- Hinloopen, J. en H.-T. Normann (2009) Experimental economics and the practice of competition policy enforcement. In: J. Hinloopen en H.-T. Normann (red.), *Experiments and competition policy*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 301–312.
- Hinloopen, J. en S. Onderstal (2014) Going once, going twice, reported! Cartel activity and the effectiveness of antitrust policies in experimental auctions. *European Economic Review*, 70, 317–336.
- Hinloopen, J. en A.R. Soetevent (2008) Laboratory evidence on the effectiveness of corporate leniency programs. *The RAND Journal of Economics*, 39(2), 607–616.
- Hong, J.T. en C.R. Plott (1982) Rate filing policies for inland water transportation: an experimental approach. *The Bell Journal of Economics*, 13(1), 1–19.
- Huck, S., H.-T. Normann en J. Oechssler (2000) Does information about competitors' actions increase or decrease competition in experimental oligopoly markets? *International Journal of Industrial Organization*, 18(1), 39–57.
- Kalaycı, K. (2016) Confusopoly: competition and obfuscation in markets. *Experimental Economics*, 19, 299–316.
- Kalaycı, K. en J. Potters (2011) Buyer confusion and market prices. *International Journal of Industrial Organization*, 29(1), 14–22.
- Kühn, K.-U., C. Matutes en B. Moldovanu (2001) Fighting collusion by regulating communication between firms. *Economic Policy*, 16(32), 167–204.
- Luco, F. (2019) Who benefits from information disclosure? The case of retail gasoline. *American Economic Journal: Microeconomics*, 11(2), 277–305.
- Martin, S. (2019) Behavioral economics: antitrust implications. *Competition Policy International*, 15(1), 39–45.
- Marvão, C. en G. Spagnolo (2018) Cartels and leniency: taking stock of what we learnt. In: L.C. Corchón en M.A. Marini (red.), *Handbook of game theory and industrial organization*. Volume II. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, p. 57–90.
- McMillan, J. (1994) Selling spectrum rights. *The Journal of Economic Perspectives*, 8(3), 145–162.
- Normann, H.-T. en T. Wenzel (2019) Shrouding add-on information: an experimental study. *The Scandinavian Journal of Economics*, 121(4), 1705–1727.
- OESO (2002) *Fighting hard-core cartels: harm, effective sanctions and leniency programmes*. OECD Publishing.
- OESO (2014) *Factsheet on how competition policy affects macro-economic outcomes*, oktober. OECD Publishing.
- Offerman, T., J. Potters en J. Sonnemans (2002) Imitation and belief learning in an oligopoly experiment. *The Review of Economic Studies*, 69(4), 973–997.
- Plott, C.R. (1982) Industrial organization theory and experimental economics. *Journal of Economic Literature*, 20(4), 1485–1527.
- Plott, C.R. (1994) Market architectures, institutional landscapes and testbed experiments. *Economic Theory*, 4(1), 3–10.
- Potters, J. (2009) Transparency about past, present and future conduct: experimental evidence on the impact of competitiveness. In: J. Hinloopen en H.-T. Normann (red.), *Experiments and competition policy*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 81–104.
- Rojas, C. (2012) The role of demand information and monitoring in tacit collusion. *The RAND Journal of Economics*, 43(1), 78–109.
- Roos, N. de (2018) Collusion with limited product comparability. *The RAND Journal of Economics*, 49(3), 481–503.
- Shchepetova, A. (2014) *Incomplete information: the role of competition*. Proefschrift, Toulouse School of Economics.
- Smith, V.L. (1962) An experimental study of competitive market behavior. *The Journal of Political Economy*, 70(2), 111–137.
- Spiegler, R. (2006) The market for quacks. *The Review of Economic Studies*, 73(4), 1113–1131.
- Tuinstra, A. (2018) Consumenteninertie, mededinging en markttoezicht. *Markt en Mededinging*, (2013)6, 236–241.
- Tweede Kamer (2013) *Memorie van Toelichting: Wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht*. Kamerstuk 33622(3).



Naar een moderner fusietoezicht

Moderne markten zijn erg divers. Modern fusietoezicht moet meer dan tot nu toe rekening houden met specifieke markteigenschappen, zeker als het gaat over biedmarkten en markten met zoekkosten en/of overstapkosten.

IN HET KORT

- ▶ De eigenschappen van de markt bepalen met welk model fusies moet worden beoordeeld.
- ▶ Veel markten zijn biedmarkten of kennen zoek- of overstapkosten.
- ▶ Fusietoezicht in zulke markten vergt een analyse die afwijkt van die in andere markten.

Fusietoezicht volgt in de praktijk vaak een aantal vuistregels die opgaan bij 'standaardmarkten'. In eerste instantie worden er relevante markten afgebakend, en worden zowel de marktaandeelen van de fuserende partijen als de concentratiegraad van de markt geanalyseerd. Als die relatief laag zijn, wordt vervolgens de voorgenomen fusie goedgekeurd zonder dat er verder onderzoek plaatsvindt. Zo niet, dan wordt in een tweede fase de markt in meer detail geanalyseerd. Die marktanalyse gaat echter vaak uit van inzichten die gebaseerd zijn op de standaard Cournot- of Bertrand-modellen. In het Cournot-model kiezen bedrijven hun productieniveau en worden de

prijzen door de markt bepaald. In het Bertrand-model kiezen bedrijven de prijzen, en de consumenten kiezen op basis van die prijzen bij wie ze kopen. In beide modellen is het zo dat de fuserende partijen de externaliteit die ze voor de fusie op elkaar uitoefenen, internaliseren. In een concurrerende markt houden bedrijven voor de fusie geen rekening met die externaliteit, maar de fuserende partijen doen dat wel. In het Cournot-model is de externaliteit negatief (concurrenten zijn slechter af indien een bedrijf meer produceert), terwijl in het Bertrand-model de externaliteit positief is (als een bedrijf voor een hogere prijs kiest, is dat goed voor de concurrenten omdat consumenten dan meer bij concurrenten zullen kopen). Beide modellen geven wellicht een bruikbaar analysekader voor concentratietoezicht op markten waar consumenten goed over geïnformeerd zijn, en waar bedrijven hun prijzen vaststellen zonder te onderhandelen of anderszins rekening te houden met de vragende partij. Beide standaardmodellen hebben echter ook zo hun eigen problemen wanneer het gaat om een goede beschrijving te geven van de effecten van concentraties in markten.

Het Cournot-model, zeker in de interpretatie van Krepes en Scheinkman (1983), gaat uit van de capaciteitsbe-

**MAARTEN
JANSSEN**

*Hoogleraar aan de
Universität Wien
en aan de National
Research Univer-
sity, Higher School
of Economics te
Moskou*

slissingen van bedrijven. Hoe kleiner het aantal bedrijven, hoe geringer de capaciteit die deze bedrijven op de markt brengen en hoe hoger de prijzen. Indien de oorspronkelijke marktaandeelen groot zijn, kunnen de concentratie-effecten zodanig zijn dat er waarschijnlijk grote, negatieve effecten te verwachten zijn voor consumenten, en zouden die concentraties daarom verboden moeten worden. Eén probleem met de implicaties van het model aangaande concentraties is echter dat, bij afwezigheid van grote kostenbesparingen, het model laat zien dat bedrijven überhaupt geen prikkel hebben om te fuseren. Dit wordt ook wel de *merger paradox* genoemd (Salant et al., 1983). Aangezien blijkt dat kostenbesparingen vaak niet gerealiseerd worden, lijkt het model daarom geen natuurlijke basis te kunnen zijn om aan te geven waarom bedrijven een voorstel tot een fusie doen, laat staan om de effecten van zo'n voorstel te beoordelen. Een tweede probleem is dat het model voorspelt dat niet bij de concentratie betrokken bedrijven voordeel zouden behalen vanwege de fusie. Dit staat haaks op het feit dat in veel gevallen concurrenten juist protest aantekenen tegen een fusie. Het lijkt onwaarschijnlijk dat ze dit zouden doen in de wetenschap dat die fusie, indien goedgekeurd, hun hogere winsten zal opleveren. Ook in het Bertrand-model geldt dat (bij afwezigheid van grote kostenbesparingen) consumenten na een fusie slechter afzijn. Hoewel de merger paradox in het Bertrand-model niet opgaat (Deneckere en Davidson, 1985), speelt het hierboven genoemde tweede probleem wel hierbij een rol: concurrenten gaan er ook in het Bertrand-model op vooruit, zodat het model niet kan verklaren waarom concurrenten vaak bezwaar aantekenen tegen een voorgenomen fusie.

Veel markten zijn complexer dan de eenvoudige wereld van de Cournot- en Bertrand-modellen. In deze bijdrage ga ik in op drie mogelijke vormen van 'meer complexiteit': zoekkosten, overstapkosten en biedmarkten. In markten zoals de elektriciteitsmarkt, de markt voor zorgverzekeringen, de markten voor telecommunicatie en de ov-markten, spelen een of meer van die complexiteiten een belangrijke rol. Maar ook in online-markten spelen deze complexere factoren een grote rol:

- In veel B2B-markten wordt leveranciers van onderdelen (bijvoorbeeld voorruiters van auto's) gevraagd om in een aanbesteding mee te bieden bij het verkrijgen van het recht om een fabrikant te beleveren.
- Hoewel de zoekkosten in online-markten gering lijken te zijn, blijkt dat veel consumenten niet vaak prijsvergelijkingen maken tussen alternatieve aanbieders (De Los Santos et al., 2012).
- Consumenten loggen vaak gewoon in bij hun standaardplatform (zoals Amazon of Booking.com), en stappen dus niet over op alternatieven.

Ik laat zien dat iedere complexiteit afzonderlijk tot inzichten ten aanzien van concentratietoezicht kan leiden die afwijken van de inzichten van beide standaardmodellen. Ik toon verder aan dat de bovengenoemde problemen die kleven aan beide standaardmodellen, niet op hoeven te gaan voor de alternatieve, complexere modellen. Ik behandel daartoe de belangrijkste academische literatuur over concentraties binnen de drie deelgebieden, en waar mogelijk bespreek ik ook de praktische implicaties voor mededingingsautoriteiten en/of concrete mededingingszaken.

BIEDMARKTEN EN AANBESTEDINGEN

Biedmarkten zijn markten die georganiseerd zijn door een partij aan één kant van de markt. Vaak is het een partij aan de vraagkant van de markt die stelt geïnteresseerd te zijn in een bepaald aanbod, en partijen verzoekt om aan te geven hoe hun aanbod er precies uitziet, en tegen welke prijs ze bereid zijn dat aanbod te leveren. Vaak gaat het dan om geconstrueerde processen, waarbij de moderne literatuur dan spreekt van *market design*, waarbij (omgekeerde) veilingen of andere aanbestedingsprocedures een belangrijke rol spelen (zie bijvoorbeeld Haeringer (2018), en de aldaar genoemde literatuur). De vraag is hoe een vragende partij haar markt het beste kan inrichten. Market design is erg in opmars, geïnspireerd door het feit dat online-markten sowieso geconstrueerd moeten worden. Te denken valt ook aan ov-contracten, waarbij steden of de landelijke overheid sequentieel nieuwe deelmarkten openbaar aanbesteedt,

of B2B-markten waarin producenten moeten bieden om bij een retailer in de schappen te komen, of B2B-markten waarbij leveranciers van productonderdelen aanbieden om hun producten te leveren aan een eindfabrikant (zoals bijvoorbeeld in de auto- of fietsindustrie). In het kader van dit artikel is de vraag hoe men fusies in dit soort markten moet beschouwen. Dat dit een relevante vraag is, blijkt onder andere uit uitspraken van de ACM over het samengaan van HTM en Qbuzz (ACM, 2011) en over het weigeren van een vergunning voor de overname van beschuitproducent A.A. ter Beek door Continental Bakeries (ACM, 2012), en uit juridische disputen ten aanzien van de laatstgenoemde zaak. In het bijzonder is het de vraag hoe de markten gedefinieerd moeten worden en/of marktaandeelen een zinvolle indicatie zijn van de marktmacht van partijen. Om de gedachten te bepalen, bespreken we die vraag nu vanuit het perspectief van lokaal en regionaal openbaar vervoer, maar het moge duidelijk zijn dat de reikwijdte van die discussie veel breder is. In deze markten organiseren lokale overheden een aanbesteding om van verschillende aanbieders het beste aanbod te kiezen (een combinatie van de voorgestelde kwaliteit en de laagste subsidie die de aanbieder wil hebben).

De standaardaanpak vraagt mededingingsautoriteiten om eerst de relevante product- en geografische markt te bepalen, en daarna de marktaandeelen van de partijen. Toegepast op het ov kan er gedacht worden dat de markt te definiëren is als een nationale markt voor betwistbaar openbaar vervoer (zoals de ACM gedaan heeft), en dan te onderzoeken welke aanbieder van ov-diensten welk marktaandeel heeft om te kunnen beoordelen of de voorgenomen concentratie een merkbaar effect zal hebben op de concentratiegraad.

Het is echter eenvoudig in te zien dat marktaandeelen in biedmarkten een zeer beperkte rol spelen. Elke vragende partij (of het nu het ov in de gemeente Groningen is of in de provincie Utrecht) zal op basis van het gedane aanbod de voor haar beste partij uitkiezen. Bij deze keuze zal het marktaandeel alleen dan een rol spelen als dit een goede indicatie is van de kwaliteit of ervaring, en verder ook van de eigenschappen die niet op een meer directe wijze getoond kunnen worden. En zeker als het om min of meer standaardproduc-

ten gaat, zal daarbij de prijs een doorslaggevende rol spelen. Marktaandeelen kunnen in zo'n markt sterk fluctueren indien er meerdere contracten kort na elkaar opnieuw worden aanbesteed. Met het basismodel van Bertrand over concurrentie met homogene goederen in het achterhoofd, heeft dit Lexecon (1995) er toe aangezet om te stellen dat een concentratie pas de concurrentie verstoort indien er slechts één aanbieder overblijft. Deze stelling is in een *policy roundtable* van de OESO echter sterk bekritiseerd door Klemperer (2006), die beweert dat concentratietoezicht in biedmarkten niet anders is dan in andere markten.

Fusietoezicht op biedmarkten vergt een niet-standaard analyse

Janssen en Karamychev (2013) laten zien dat de analyse van concentraties in biedmarkten wel degelijk een aparte, zorgvuldige analyse vergt, maar dat de stelling van Lexecon (1995) ook niet houdbaar is; zie ook Wachrer (1999) en Wachrer en Perry (2003). Dit laatste artikel gaat uit van het model van eerste-prijsveilingen met gesloten bod – de meest gebruikte veilingvorm in biedmarkten – en laat zien dat de effecten van een concentratie erg kunnen verschillen, afhankelijk van hoe de waardering van de fuserende partij geconstrueerd wordt. De academische veilingtheorie gaat ervan uit dat bidders een bepaalde waardering hebben voor het object dat geveild wordt, en dat hun bod afhangt van die waardering. De waardering van de fuserende partij kan op twee manieren geconstrueerd worden. In de eerste variant wordt de waardering eenvoudigweg gelijkgesteld aan het maximum van de waardering van de fuserende partijen. In de tweede variant wordt de totale waardering gezien als de som van deelwaarderingen, en zullen de fuserende partijen voor elke deelwaardering het maximum kiezen. Bijvoorbeeld als er in het ov twee fuserende bedrijven zijn – waarbij het

ene bedrijf lagere kosten heeft, terwijl het andere bedrijf een beter inzicht heeft in de lokale omstandigheden – dan zal het fuserende bedrijf de lagere kosten van het ene bedrijf en de betere kennis van het andere bedrijf gaan combineren.

In de eerste variant blijken biedmarkten niet veel anders te zijn dan het Bertrand-model met gedifferentieerde goederen suggereert: partijen hebben een prikkel tot fuseren, de niet-fuserende partijen profiteren het meest, en de uitgebrachte biedingen zijn minder competitief na een fusie. In de tweede, meer realistische, variant is de situatie volstrekt anders: partijen hebben nog steeds een prikkel tot fuseren, maar nu is het zo dat de uitgebrachte biedingen juist competitiever zijn na een fusie, en dat de niet-fuserende partijen erop achteruit gaan (en dus reden hebben om tegen een voorgenomen fusie te argumenteren).

MARKTEN MET ZOEKKOSTEN

Veel markten worden ook gekenmerkt door de zoek- en/of overstapkosten die consumenten percipiëren voordat ze een product kopen. Overstapkosten zijn alle kosten waarmee consumenten (mogelijkerwijs subjectief) geconfronteerd worden bij het overstappen van hun huidige aanbieder naar een andere. Te denken valt hierbij aan alle markten (ziektekostenverzekering, telefonie, bankzaken, en energie zoals gas en elektriciteit) waarmee consumenten een doorlopend contract hebben, en waarbij ze – als ze dat zouden willen – actief zouden moeten overstappen naar een andere aanbieder. Hoewel de objectieve kosten vrij klein kunnen zijn (mede vanwege overheidsbeleid op het reduceren van overstapkosten), kunnen consumenten dus wel degelijk aanzienlijke overstapkosten percipiëren.

We zullen het echter eerst over markten met zoekkosten hebben. Consumenten hebben zoekkosten indien ze zich moeite moeten getroosten om informatie te krijgen over de producten die een bedrijf verkoopt en/of over de prijs die dit bedrijf voor die producten vraagt. Dus, in tegenstelling tot overstapkosten, zijn zoekkosten vooral gerelateerd aan het vergaren van informatie, en die kosten moeten gemaakt worden *alvorens* de consumenten over die informatie kunnen beschikken.

Hoewel ook zoekkosten relatief laag kunnen zijn, kunnen ze toch een grote invloed hebben op de marktuitskomsten: als elke aanbieder een prijs kan vragen die een beetje hoger ligt dan de prijs van de concurrenten, zonder dat hij klanten verliest, dan zullen alle aanbieders in het enige marktevenwicht monopolie-prijzen gaan vragen. Dit theoretische resultaat staat bekend als de *Diamond paradox* (Diamond, 1971).

Hoewel niemand gelooft dat dit theoretische resultaat werkelijke markten beschrijft, zijn economen tegenwoordig wel overtuigd van het feit dat resultaten van de standaardtheorie waarin geen rekening met zoekkosten wordt gehouden, flink kunnen veranderen indien er wel met het zoekgedrag van consumenten rekening gehouden wordt. Dit geldt ook voor concentratievraagstukken.

Moraga-González en Petrikaitė (2013) onderzoeken of bedrijven – als ze rekening houden met de zoekkosten – een prikkel hebben om te fuseren en, zo ja, wat de welvaartseffecten zijn. Bedrijven die fuseren kunnen ervoor kiezen om hun verschillende producten op één adres te bundelen, zodat consumenten maar één keer zoekkosten hoeven te maken om erachter te komen hoe de producten (en de prijzen) van beide vroegere concurrenten bij hun eigen voorkeuren passen. Een voorbeeld van een dergelijke strategie is dat Nissan en Renault hun *dealerships* hebben samengevoegd, zodat consumenten nu bij één dealer de producten van beide merken tegelijk kunnen bekijken. Moraga-González en Petrikaitė (2013) laten zien dat indien de zoekkosten niet te klein zijn, deze (*one-stop*-)strategie optimaal is. Zo'n strategie kan grote effecten hebben op het zoekgedrag van consumenten. Daar waar ze voor de fusie geen speciale reden hebben om een bedrijf als eerste te bezoeken, hebben ze nu een prikkel om het gefuseerde bedrijf als eerste in hun zoekproces te bezoeken, en pas elders te gaan kijken als beide producten of prijzen ze niet voldoende bevallen. Immers, door maar één keer zoekkosten te maken, kunnen ze de producten van beide producenten inspecteren. Als ze eenmaal bij het fuserende bedrijf binnen zijn, zullen ze niet snel geneigd zijn verder te zoeken omdat daaraan kosten verbonden zijn. Relatief veel consumenten zullen daarom 'gewoon' gelijk bij het eerste bedrijf hun aankoop doen. Het beïnvloeden van de *search*

order kan het fuserende bedrijf een flinke extra vraag (en daarmee winst) opleveren ten koste van de concurrenten. Dit is een aannemelijke verklaring waarom concurrerende bedrijven vaak bij een mededingingsautoriteit ten strijde trekken tegen een voorgenomen fusie.

De welvaartseffecten van een concentratie kunnen in de analyse van Moraga-González en Petrikaitė (2013) ook heel anders uitvallen dan in beide standaardmodellen. Daar waar fusies in de standaardmodellen bijna altijd slecht uitpakken voor consumenten, kunnen ze hier juist baat hebben bij een fusie. Er spelen bijvoorbeeld verschillende effecten. In de eerste plaats is er een direct effect, namelijk dat consumenten zich zoekkosten kunnen besparen vanwege het feit dat ze met één bezoek de producten van twee fabrikanten kunnen bekijken. Ook is er het standaard internaliseren van het prijseffect dat we bij de bespreking van het Bertrand-model gezien hebben. Maar nu speelt er ook nog een zogenaamd *search order effect* (Zhou, 2014). Een bedrijf dat als eerste bezocht wordt, heeft een extra prikkel om consumenten te behouden – en dit drukt de prijzen die het gefuseerde bedrijf vraagt. Moraga-González en Petrikaitė laten zien dat de interactie van deze verschillende effecten zodanig is dat ook consumenten erop vooruit kunnen gaan, hoewel ze misschien niet het beste product kopen dat er voor hen in de markt aanwezig is.

Kortom, zoekkosten kunnen de welvaartseffecten van concentraties omdraaien ten opzichte van de standaardmodellen. Bovendien kunnen ze verklaren waarom concurrenten van de fuserende bedrijven vaak tegen een voorgestelde fusie zijn.

MARKTEN MET OVERSTAPKOSTEN

Ervaringen met liberaliseringsprocessen in markten voor telecommunicatie, elektriciteit en zorgverzekeringen hebben geleerd dat consumenten minder makkelijk van de ene aanbieder naar de andere overstappen dan economen van oudsher dachten. In dit laatste deel van dit artikel bespreek ik kort de implicaties van overstapkosten voor concentratietoezicht, en dan met name voor fusies tussen aanbieders van vaste en mobiele telecommunicatie. Dat overstapkosten belangrijk zijn in de telecommunicatiesector blijkt bijvoorbeeld uit de

studie van Prince en Greenstein (2014) en uit een OESO-rapport (OESO 2011). In verschillende landen hebben zich dit soort fusies voorgedaan (zoals UPC en T-Mobile in Oostenrijk, Ziggo en Vodafone in Nederland, ONO en Vodafone in Spanje). De Europese Commissie die deze fusies beoordeelde, stelde in de meeste gevallen geen serieuze mededingingsproblemen te zien, omdat de bedrijven in verschillende (namelijk vaste en mobiele) markten en opereren.

Deze fusies zijn een duidelijk geval waarbij de mededingingsautoriteit een ‘klassieke bril’ heeft opgezet: voor de voorgestelde concentraties worden er relevante markten gedefinieerd, de marktaandelen op de verschillende markten worden geanalyseerd en, als die niet sterk veranderen door de voorgestelde concentratie dan is de beoordeling positief en kan de concentratie doorgang vinden.

Consumenten stappen minder snel over dan economen van oudsher dachten

De voorgestelde fusies waren allemaal ingegeven door het idee dat, na de concentratie, de bedrijven zogenaamde quadplay-bundels wilden aanbieden waarin vaste telefonie, internet, tv en mobiele telefonie gecombineerd zouden worden. Hoewel de concentraties wellicht een kleine kostenbesparing zouden kunnen inhouden vanwege het combineren van facturen, is het belangrijkste effect dat de overstapkosten toenemen als consumenten grotere (quad-)bundels afnemen; zie bijvoorbeeld Brunett (2014).

De academische literatuur over overstapkosten heeft een duidelijke boodschap. Op het moment dat veel consumenten ‘locked in’ of gebonden zijn, zullen bedrijven prijzen gaan vragen die boven het competitieve niveau liggen, omdat er nog maar weinig consumenten zijn voor wie ze echt moeten concurreren. Dit effect wordt versterkt indien de concurrenten

ook relatief veel gebonden consumenten hebben, omdat die concurrenten ook hun prijzen zullen verhogen. Wetende dat de concurrentie in de toekomst sterk gereduceerd is vanwege de gebonden consumenten, zullen bedrijven op korte termijn (voordat de consumenten gebonden zijn) juist sterker concurreren.

Hoewel er bij mijn weten (nog) geen literatuur bestaat over de effecten van concentraties in markten met overstapkosten, hebben deze inzichten wel twee duidelijke implicaties voor de praktijk van het concentratietoezicht. In de eerste plaats zouden mededingingsautoriteiten niet alleen de implicaties van een concentratie voor reeds gedefinieerde markten moeten beoordelen, maar ook moeten inzien dat een concentratie de grenzen van de markten kan verleggen. Het kan best zijn dat een fusie tussen een voornamelijk mobiele en een voornamelijk vaste aanbieder nauwelijks de marktaandelen beïnvloedt van bedrijven op de mobiele en de vaste markten, maar met die constatering ontgaat je een belangrijke reden voor de fusie en een belangrijk effect voor consumenten. In de tweede plaats is, vanwege de dynamiek van markten met overstapkosten, de gangbare periode van drie jaar voor het beoordelen van de effecten van een voorgenomen concentratie waarschijnlijk te kort om tot een adequaat

oordeel te komen. Bedrijven zullen eerst proberen consumenten te lokken om voor quadplay te kiezen door aantrekkelijke kortingen te geven. De kortetermijneffecten van een fusie tussen een vaste en een mobiele aanbieder zijn daarmee positief. De academische literatuur laat duidelijk zien dat op de lange termijn die effecten waarschijnlijk totaal anders zijn.

CONCLUSIE

In dit artikel heb ik laten zien dat de moderne literatuur op het vakgebied van de industriële organisatie belangrijke implicaties heeft voor een herziening van de standaardpraktijken met betrekking tot fusietoezicht. Ik heb niet beweerd dat standaardinzichten die gebaseerd zijn op de Cournot- en/of Bertrand-modellen altijd ongeldig zijn. Het is meer zo dat er goed gekeken moet worden naar hoe markten echt functioneren, en wat het belang is van de zoek- en overstapkosten voor de relevante markt, of de bestaande marktdefinities nog relevant zijn, gegeven de dynamiek die na een voorgenomen concentratie zal ontstaan, en of er sprake is van biedmarkt-achtige elementen. Ik heb vele markten genoemd waarbij die elementen relevant zijn, en ook hoe de inzichten van de moderne literatuur tot een andere beoordeling kunnen leiden wat betreft de effecten van een fusie.

LITERATUUR

- ACM (2011) *HTM/Qbuzz/HTM Buzz*. Autoriteit Consument & Markt, Besluit, 7273/29. 31 oktober.
- ACM (2012) *Continental Bakeries mag A.A. ter Beek niet overnemen (concentratiebesluit)*. Autoriteit Consument & Markt, Besluit, 7321/401. 14 december.
- Burnett, T. (2014) *The impact of service bundling on behaviour: evidence from UK communication markets*. The Centre for Market and Public Organisation, University of Bristol, Working Paper, 14/321.
- De Los Santos, B., A. Hortaçsu en M.R. Wildenbeest (2012) Testing models of consumer search using data on web browsing and purchasing behavior. *The American Economic Review*, 102(6), 2955–2980.
- Deneckere, R. en C. Davidson (1985) Incentives to form coalitions with Bertrand Competition. *The RAND Journal of Economics*, 16(4), 473–486.
- Diamond, P.A. (1971) A model of price adjustment. *Journal of Economic Theory*, 3(2), 156–168.
- Haeringer, G. (2018) *Market design: auctions and matching*. Cambridge, MA: The MIT Press.
- Janssen, M.C.W. en V. Karamychev (2013) *Mergers in bidding markets*. Tinbergen Institute Discussion Paper 13-012/VII.
- Klemperer, P. (2006) Bidding markets. In: OECD, *Policy round tables: competition in bidding markets*. Parijs: OECD, p. 259–301.
- Kreps, D.M. en J.A. Scheinkman (1983) Quantity precommitment and Bertrand competition yield Cournot outcomes. *The Bell Journal of Economics*, 14(2), 326–337.
- Lexecon (1995) *When two is enough: competition in bidding markets*. Lexecon Competition Memo, june.
- Moraga-González, J.L. en V. Petrikaitė (2013) Search costs, demand-side economies, and the incentives to merge under Bertrand competition. *The RAND Journal of Economics*, 44(3), 391–424.
- Prince, J. en S. Greenstein (2014) Does service bundling reduce churn? *Journal of Economics & Management Strategy*, 23(4), 839–875.
- Salant, S.W., S. Switzer en R.J. Reynolds (1983) Losses from horizontal mergers: the effects of an exogenous change in industry structure on Cournot-Nash equilibrium. *The Quarterly Journal of Economics*, 98(2), 185–199.
- OESO (2011) *Broadband bundling: trends and policy implications*. OECD Digital Economy Papers, 175.
- Waehrer, K. (1999) Asymmetric private values auctions with application to joint bidding and mergers. *International Journal of Industrial Organization*, 17(3), 437–452.
- Waehrer, K. en M.K. Perry (2003) The effects of mergers in open-auction markets. *The RAND Journal of Economics*, 34(2), 287–304.
- Zhou, J. (2014) Multiproduct search and the joint search effect. *The American Economic Review*, 104(9), 2918–2939.



‘Killer acquisitions’ en innovatie

Er is veel recent academisch onderzoek naar het innovatie-effect van overnames in de farmaceutische industrie, en hoe het huidige beleid hierop inspeelt. Wat leert dit onderzoek over hoe innovatie bevorderd kan worden?

IN HET KORT

- ▶ De Europese Commissie vindt innovatie-overwegingen bij overnames steeds belangrijker.
- ▶ Maar acquisities van innovatieprojecten in een vroeg stadium blijven vaak onder de radar.
- ▶ Het definiëren van innovatiemarkten en het opnemen van overnameprijzen in aanmeldingsdrempels zet deze overnames op de kaart.

Innovatie speelt een centrale rol bij de totstandkoming van de concurrentiepositie van bedrijven. Het vermogen van bedrijven om te concurreren, wordt immers in grote mate bepaald door hun vermogen om succesvol te kunnen innoveren. Fusies en overnames kunnen op hun beurt een aanzienlijke invloed hebben op innovatie. De Europese Commissie (EC) en haar Directoraat-generaal Concurrentie (DG COMP) beoordelen de belangrijkste overnames in Europa, en benoemen innovatie expliciet in hun richtlijnen voor de beslissing over horizontale fusies

(Europese Commissie, 2004). Daarnaast wordt er speciaal verwezen naar kleine ondernemingen met veelbelovende producten in de pijplijn. Paragraaf 38 van de richtlijnen zegt het volgende over innovatie:

“Op markten waarop innovatie een belangrijke concurrentiefactor is, kan een fusie voor de ondernemingen de mogelijkheid en de prikkel vergroten om innovaties op de markt te brengen en zo ook de concurrentiedruk op concurrenten opvoeren om op die markt te innoveren. Omgekeerd kan de daadwerkelijke concurrentie op significante wijze worden belemmerd door een fusie tussen twee belangrijke innovatoren, bijvoorbeeld tussen twee ondernemingen die voor een specifieke productmarkt producten ‘in de pijplijn’ hebben. Zo kan ook een onderneming met een betrekkelijk klein marktaandeel toch een belangrijke concurrentiefactor zijn indien zij veelbelovende producten in de pijplijn heeft.”

Het ingrijpen bij (of zorgen uiten aangaande) overnames waarin kleine innovatieve bedrijven betrokken zijn, werd echter altijd gezien als ‘speculatief, met het risico op over-enforcement, of erger nog: als iets dat innovatie in de weg kan staan’ (OESO, 2020). Dit beeld is echter aan het veranderen door nieuw academisch onderzoek naar fusies in de farma-

JO SELDES
SLACHTS
Hoofddocent UvA en
KU Leuven; Senior
Research Fellow
Deutsches Institut
für Wirtschafts-
forschung (DIW),
Berlijn

JAN MALEK
PhD-student KU
Leuven en DIW

**MELISSA
NEWHAM**
PhD-student KU
Leuven en DIW

ceutische industrie, waaruit blijkt dat gevestigde bedrijven start-ups overnemen en het verworven product niet verder ontwikkelen, maar juist discontinueren – de zogenaamde *killer acquisitions* (Cunningham et al., 2020).

Dankzij nieuw empirisch en theoretisch onderzoek in de farmaceutische industrie – de sector waar dit hoofdstuk zich voornamelijk op richt – wordt het makkelijker om te zien wat er in de ‘innovatiedimensie’ gebeurt. Met deze nieuwe inzichten wordt er steeds meer rekening gehouden

Fusies en overnames kunnen innovatie remmen

bij het beoordelen van fusies door de Europese Commissie. De potentiële concurrentie van farmaceutische producten die *bijna* op de markt zijn, wordt nu ook meegenomen in het oordeel (in plaats van alleen de bestaande producten op de markt). Fusies en overnames waarbij bedrijven betrokken zijn met producten in de pijplijn die nog verder verwijderd zijn van een introductie op de markt, worden meestal niet meegenomen in het oordeel. Deze bedrijven en producten kunnen echter een aanzienlijke bron van concurrentiedruk in de innovatieruimte vormen, die – evenals de concurrentie op de productmarkt – belangrijk kan zijn vanuit het perspectief van de welvaart van de consument.

Dit hoofdstuk geeft een overzicht van recente EU-fusies tussen farmaceutische bedrijven, alsmede van de recente literatuur op het vlak van de innovatie-effecten van fusies en killer acquisitions. We stellen een aantal praktische mechanismen voor waarmee mededingingsautoriteiten, naast producten die dicht bij hun marktlancering zijn, ook de concurrentie van producten kunnen meenemen die zich nog in een vroeger innovatiestadium van hun besluitvorming bevinden. Tot slot wordt ook kort de technologiesector besproken.

INNOVATIE EN FUSIES IN DE FARMACEUTISCHE SECTOR

Het innovatieproces in de farmaceutische industrie is gestandaardiseerd, en leent zich door de transparantie erg goed voor academisch onderzoek en beleidstoepassingen. Bedrijven maken hun R&D-activiteiten via klinische testen aan de overheid bekend, om zo goedkeuring te krijgen voor de lancering van een geneesmiddel. Dit gestandaardiseerde innovatieproces bestaat uit een pre-klinische fase, gericht op het onderzoeken en testen van een geneesmiddel *in vivo* en *in vitro*, en drie klinische ontwikkelingsfasen met testen bij mensen. In *fase I* wordt doorgaans de initiële veiligheid en verdraagbaarheid op een klein aantal vrijwilligers getest. In *fase II*, waarbij maximaal honderd deelnemers betrokken zijn, wordt de therapeutische werkzaamheid en de dosering getest. *Fase III* omvat grootschalige klinische studies met duizenden proefpersonen, meestal gerandomiseerd, en gericht op het vaststellen van de veiligheid en effectiviteit van het geneesmiddel. Een geneesmiddel dat fase III doorstaat kan, na goedkeuring van de relevante autoriteit, op de markt gebracht worden.

Daarnaast draait het R&D-proces van geneesmiddelen om het beoogde therapeutische gebied – de ziekte waar tegen het geneesmiddel dient (bijvoorbeeld Diabetes type II) – en het werkingsmechanisme (*mechanism of action*, MoA), het biochemische proces waardoor het geneesmiddel een effect veroorzaakt. De DPP-4-remmer is een voorbeeld van een MoA dat wordt gebruikt om diabetes te behandelen. Geneesmiddelen op basis van DPP-4 remmen het DPP-4-enzym, waardoor de aanmaak van insuline wordt gestimuleerd en de bloedsuikerspiegel wordt verlaagd. De combinatie van het therapeutische gebied en het MoA wordt in de praktijk door mededingingsautoriteiten gebruikt om ‘relevante markten’ vast te stellen – zowel op innovatievlak als voor gelanceerde producten – aangezien geneesmiddelen met hetzelfde therapeutische gebied en MoA doorgaans worden gezien als substituten.

Wat betreft academisch onderzoek naar fusies en overnames in de farmaceutische industrie is een van de meest interessante studies die van Cunningham et al. (2020). Het idee is dat een gevestigd bedrijf (een bedrijf met een genees-

middel op de markt) een prikkel heeft om projecten in de ontwikkelingsfase bij andere bedrijven over te nemen en te beëindigen als ze overlappen met het eigen geneesmiddel. Met 'overlappen' wordt bedoeld dat het andere bedrijf een geneesmiddel aan het ontwikkelen is in hetzelfde MoA en therapeutische gebied. Deze overnames, waarbij een gevestigd bedrijf een opkomende concurrent overneemt om toekomstige concurrentie op de productmarkt te neutraliseren, worden *killer acquisitions* genoemd. De prikkels om een project te beëindigen zijn groter naarmate er meer marktmacht is in de huidige productmarkt, aangezien de potentiële verliezen bij toetreding dan groter zijn.

Cunningham et al. (2020) vonden dat projecten die werden overgenomen door gevestigde bedrijven met een overlappend geneesmiddel, 23,4 procent minder kans hadden om verder doorontwikkeld te worden. De afname van de kans op doorontwikkeling was vooral aanwezig in markten met weinig concurrentie. De auteurs schatten dat tussen 5,3 en 7,4 procent van alle overnames in hun dataset (46 tot 63 farmaceutische overnames per jaar) killer acquisitions waren.

Er zijn verschillende recente theoretische artikelen die dieper ingaan op het concept 'killer acquisition'. Norbäck et al. (2019) laten zien dat gevestigde bedrijven start-ups overnemen om opkomende concurrentie te doden, maar alleen als de bijbehorende innovatie van lage kwaliteit is. Als de innovatie van hoge kwaliteit is, is het optimaal om het overgenomen project te commercialiseren. Bryan en Hovenkamp (2020) stellen dat toonaangevende gevestigde bedrijven overnames doen om de technologiekloof gedeeltelijk te verbreden. Start-ups waar het gevestigde bedrijf geen baat bij heeft, worden overgenomen als ze de potentie hebben om rivalen te helpen om hun achterstand in te halen. Ten slotte stellen Letina et al. (2020) dat zelfs als er sprake is van 'killer-motieven', een overname de dubbele innovatie-inspanningen zou kunnen voorkomen.

HUIDIG BELEID VAN DE EUROPESE COMMISSIE

Naar aanleiding van de recente academische ontwikkelingen is de Europese Commissie in haar fusiebeslissingen explicieter rekening gaan houden met innovatie en potentiële concurren-

tie, met name in de farmaceutische sector en die van de medische instrumenten. Maar ook in de chemiesector zijn er recente voorbeelden te vinden; bij de fusies van Dow/Dupont en Bayer/Monsanto had de Europese Commissie het vermoeden dat de fusies de innovatieprikkels van de betrokken partijen zouden kunnen verlagen. De Europese Commissie deed een grondige analyse aangaande de patentportefeuilles van de betrokken partijen, en legde naar aanleiding daarvan structurele voorwaarden met betrekking tot de R&D-activa op waaraan voldaan moest worden om de fusie goed te keuren.

De Europese Commissie richt zich op vergelijkbare aspecten als de eerder besproken academische studies, namelijk fusies en overnames waarbij de projecten in de ontwikkeling van het overnamedoelwit overlappen met de reeds gelanceerde geneesmiddelen van de overnemer. Zo werd in 2018 de overname van Shire door Takeda onderzocht. Takeda had op dat moment het geneesmiddel Entyvo op de markt voor de behandeling van ontstekingsaandoeningen in de darmen (in het MoA: MAdCAM-geneesmiddelen). Shire had voor exact hetzelfde MoA een geneesmiddel in de pijplijn in fase II. Uit bezorgdheid over de vertraging of beëindiging van het project van Shire, besloot de Europese Commissie de fusie alleen toe te staan als Takeda het project van Shire zou verkopen aan een levensvatbare concurrent.

Een vergelijkbare zaak was de overname van Allergan door AbbVie, in 2019. Deze zaak betrof ook geneesmiddelen voor ontstekingsaandoeningen in de darmen, dit keer in de MoA-categorie van IL-23-remmers, belangrijke nieuwe geneesmiddelen voor de behandeling van de ziekte van Crohn en colitis ulcerosa. AbbVie had hier reeds het geneesmiddel Skyrizi voor gelanceerd, terwijl zowel Allergan als AbbVie ook projecten in fase III in de pijplijn had voor hetzelfde MoA. De Europese Commissie verzocht hierop Allergan om zijn kandidaat te verkopen, om zo innovatie te behouden. In januari 2020 ging het ontwikkelingsproject dan ook naar AstraZeneca.

EEN VOORSTEL TOT UITBREIDING

Het is een goede ontwikkeling dat zowel de recente academische literatuur als het recente Europese beleid steeds meer

aandacht besteedt aan innovatie en toekomstige concurrentie bij fusies. De nadruk ligt echter vooral op de vraag of projecten die zich in een geavanceerd stadium bevinden (dat wil zeggen: dicht bij de lancering) een bedreiging kunnen vormen voor reeds gelanceerde producten, en ook op de vraag of een overname deze bedreiging zou doen verdwijnen. Hoewel deze recente aandacht nodig en welkom was voor de concurrentiedruk die projecten uitoefenen die dicht bij hun lancering zijn, wordt de potentieel belangrijke dreiging van producten die minder ver in de ontwikkelingsfase zitten buiten beschouwing gelaten.

Allereerst kunnen projecten in vroege ontwikkelingsstadia in de toekomst even goede concurrenten worden als vergevorderde projecten, ook al is die toekomst minder zeker dan bij geneesmiddelen die dicht bij hun marktlancering zijn. Hoewel het in potentie een lastige exercitie is, zijn er goed gedocumenteerde voorbeelden in andere sectoren die het belang hiervan laten zien. Neem bijvoorbeeld Instagram, dat ten tijde van de overname door Facebook in 2012 zeer klein was, en nu vaak wordt aangehaald als het voorbeeld van een gemiste kans op een serieuzere concurrentie voor Facebook. In de farmaceutische industrie nam het gevestigde bedrijf Merck in 2011 een klein onderzoeksbedrijf genaamd *Smartcells* over dat zich richtte op de pre-klinische ontwikkeling van een diabetesgeneesmiddel. Buiten de radar van mededingingsautoriteiten werd het bedrijf voor 500 miljoen dollar overgenomen, maar het medicijn kwam nooit op de markt – hetgeen doet denken aan een killer acquisition in een vroeg stadium (Malek et al., 2020).

In principe zou men op basis van vroegere projecten die op de markt kwamen een inschatting kunnen maken van de kans op succes, en dit mee kunnen nemen bij de beoordeling van het belang van projecten in vroegere ontwikkelingsstadia voor de concurrentie in de productmarkt. De Europese Commissie maakte al eens een inschatting van deze kansen in de fusiezaak Abbott/BASF (2001), waarbij de kansen als volgt werden ingeschaald: (1) kans van fase I naar lancering: 10 procent; (2) fase II naar lancering: 30 procent; en (3) fase III naar lancering: 50 procent.

Onder de aannemelijke veronderstelling dat de bij een

fusie betrokken partijen over de beste informatie beschikken wat betreft de projecten in de pijplijn, zou er zelfs gesteld kunnen worden dat de transactieprijs informatie bevat over de verwachte waarde van de projecten voor de overnemer. Deze overnameprijs zou niet alleen de werkelijke commerciële waarde van de projecten reflecteren, maar ook de extra premie die het gevestigde bedrijf bereid is te betalen om het concurrerende product van de markt te weren – om zo zijn marktmacht te behouden. De voorgestelde overnameprijs zou daarom als factor meegenomen kunnen worden in de besluitvorming van de Europese Commissie. Als deze veel hoger ligt dan wat men zou verwachten op basis van de portefeuille van het overnamedoelwit, zou een diepgaander onderzoek kunnen worden gestart. Vergeleken met andere bedrijven kunnen dominante bedrijven met ‘diepe zakken’ namelijk andere prikkels hebben, en de hoofdprijs bieden voor een overname (OESO, 2020). Mede om deze reden moeten bepaalde bedrijven al hun fusies melden aan de Noorse mededingingsautoriteit, ongeacht de grootte en omzet van het overnamedoelwit.

Zoals de OESO onlangs opperde, zou een mogelijke procedure kunnen zijn om prijsindicaties aan te vragen bij concurrenten en deze te vergelijken met de transactiesom van de overnemer. Op deze manier zou een inschatting gemaakt kunnen worden van de premie die het overnemende bedrijf bereid is te betalen om het product van de markt te weren. De te hoge prijs zou dan overeen kunnen komen met een verdeling van de monopoliewinst (OESO, 2020).

Misschien nog wel belangrijker voor innovatie dan overnames met concurrentie tussen een gelanceerd product en producten in de ontwikkelingsfase, zijn de fusies waarin beide partijen een portefeuille van producten hebben die nog niet op de markt zijn uitgebracht.

Voor zover bij ons bekend is er nog geen onderzoek gepubliceerd over fusies en overnames tussen louter innoverende bedrijven (dus zonder een product op de markt). Li et al. (2020) laten reeds zien dat bij twee farmaceutische start-ups met een gemeenschappelijke durfkapitalist (VC) en met projecten in ontwikkeling voor hetzelfde MoA, het minder waarschijnlijk is dat de start-up die achterloopt zijn project

zal voortzetten. De overlap in eigendom van de twee bedrijven leidt dus tot minder concurrentie tussen die bedrijven. Aangezien fusies en overnames een extremere vorm van overlap in eigendom vormen, zou men op basis van deze bevindingen kunnen verwachten dat deze ook de concurrentie in innovatie verstoren.

Ter illustratie: in een lopend onderzoeksproject vinden we dat er, in de periode van 1997–2017, van de 238 transacties 63 (of 26 procent) plaatsvinden tussen twee bedrijven die *beide* nog geen product op de markt hebben gebracht. (Malek et al., 2020) Een groot deel van de fusie- en overname-activiteit vindt dus plaats tussen louter innoverende bedrijven die (nog) geen producten verkopen. Hoewel ongetwijfeld veel van deze activiteit onschadelijk of zelfs positief is, zouden er zeker toch fusies en overnames tussen kunnen zitten die nadelig kunnen zijn voor innovatie en uiteindelijk voor de (consumenten)welfare.

Tot op heden blijven deze fusies en overnames onder de radar van de Europese Commissie, aangezien de aanmeldingsdrempel bepaald wordt op basis van de omzet op een productmarkt. Onder de huidige mededingingsregelgeving van de EU onderzoekt de Europese Commissie fusies tussen ondernemingen die gezamenlijk een wereldwijde omzet hebben van tenminste vijf miljard euro, waarvan minimaal 250 miljoen euro per bedrijf in de Europese Economische Ruimte. Onder de aanname dat transactieprizen informatie bevatten over de onderliggende waarde van het over te nemen bedrijf, zouden deze aanmeldingsdrempels kunnen worden gewijzigd. In Duitsland en Oostenrijk zijn onlangs dergelijke aanvullende drempels voor transactiewaarden geïntroduceerd. In de Verenigde Staten zijn in de *Hart-Scott-Rodino Act* ook transactiedrempels opgenomen, waarin aanmelding bij de mededingingsautoriteit verplicht is bij transacties met een waarde boven de 94 miljoen dollar.

EEN ZIJSTAP NAAR DE TECHNOLOGIESECTOR

De term ‘killer acquisition’ is ook gebruikt bij overnames in een andere R&D-intensieve sector, namelijk de technologie-sector – zie bijvoorbeeld het *US House Report on Competition in Digital Markets* (Committee on the Judiciary, 2020).

Ondanks de identieke term zijn er echter wezenlijke verschillen. In de tech-sector worden technologische innovaties vaak snel ingezet, zonder dat er uitgebreide tests aan vooraf gaan. Bovendien kunnen intellectuele-eigendomsrechten gemakkelijker worden omzeild, omdat patenten niet de norm is. Daarnaast maken aanzienlijke netwerkeffecten in digitale markten het voor innovatieve start-ups moeilijker om rechtstreeks te concurreren met gevestigde bedrijven. In deze context werd de term ‘kill zone’ geïntroduceerd voor het gebied

De 'kill zone' is het gebied rondom techreuzen waar start-ups niet in mogen komen

rondom de tech-reuzen waar start-ups niet in mogen komen, tenzij ze onmiddellijk willen worden gekopieerd of overgenomen (Kamepalli et al., 2020). Als gevolg hiervan is innovatie en concurrentie in de innovatiefase veel moeilijker te meten. Overnames door digitale bedrijven lijken meestal gericht te zijn op complementaire technologieën, zoals bijvoorbeeld de overname van de muziekherkenningsapp Shazam door Apple of de overname van het mobiele besturingssysteem Android door Google – beide met als doel het vergroten van de technologische voorsprong van het gevestigde bedrijf (Bryan en Hovenkamp, 2020). Dit is ook wat Gautier en Lamesch (2020) vinden door te kijken naar alle overnames van GAFAM (Google, Amazon, Facebook, Apple en Microsoft) in de periode 2015–2017. GAFAM nemen dan vooral bedrijfsmiddelen (functionaliteit, technologie, talent of IP) over om deze in hun eigen ecosysteem te integreren en zo hun kernmarktsegmenten te versterken. Aankopen van de grote tech-bedrijven lijken dus meer *buy instead of build*-overnames en zouden wellicht beter omschreven kunnen worden als ‘reverse killer acquisitions’ (Caffarra et al., 2020).

BESLUIT

Als we terugkeren naar de farmaceutische industrie kunnen we concluderen dat de recente ontwikkelingen de Europese Commissie ertoe hebben aangezet om bij de beoordeling van fusies en overnames meer rekening te houden met projecten die nog in ontwikkeling zijn. Dit is een belangrijke en welkome stap vooruit. Desalniettemin zullen de Europese Commissie en andere mededingingsautoriteiten, gezien het belang van innovatie en toekomstige concurrentie in de farmaceutische industrie, hun toepassingsgebied moeten verruimen. Ten eerste zou de fusie- en overname-regelgeving moeten worden aangepast om overnameprijzen op te nemen bij de aanmeldingsdrempels. Door ontwikkelingen op het gebied van beschikbare data en nieuwe inzichten is de consensus dat innovatiemarkten duidelijker gedefinieerd kunnen worden dan tot op heden de standaard is geweest. Met name

zou er meer rekening gehouden moeten worden met projecten in vroegere ontwikkelingsfasen. En niet alleen wat betreft hun relatie tot producten die reeds op de markt verschenen zijn, maar ook als beide betrokken partijen alleen projecten in de ontwikkelingsstadia hebben. In de farmaceutische industrie zou dit geïmplementeerd kunnen worden door ‘innovatiemarkten’ te definiëren op basis van MoA’s, waarbij ter bepaling van de marktmacht gebruik zou kunnen worden gemaakt van patent-karakteristieken, zoals het aantal citaties en de mate van nieuwigheid.

Hoewel in diverse sectoren (zoals tech) het R&D-proces minder openbaar en gestandaardiseerd is, zijn onze beide aanbevelingen – het opnemen van overnameprijzen in de aanmeldingsdrempels, en het karakteriseren van ‘innovatiemarkten’ en de marktmacht daarin – ook daar een aanvulling op het huidige mededingingsbeleid.

LITERATUUR

- Abbott/BASF (2001) *Case No COMP/M.2312 – Abbott/BASF – Regulation (EEC) No 4064/89 merger procedure*. Te vinden op ec.europa.eu.
- Bryan, K.A. en E. Hovenkamp (2020) Antitrust limits on startup acquisitions. *Review of Industrial Organization* (56), 615–636.
- Caffarra C., G. Crawford en T. Valletti (2020) ‘How tech rolls’: potential competition and ‘reverse’ killer acquisitions. Artikel op voxeu.org, 11 mei.
- Committee on the Judiciary (2020) *Investigation of competition in digital markets*. Majority Staff Report and Recommendations, 4 oktober. Te vinden op judiciary.house.gov.
- Cunningham, C., F. Ederer en S. Ma (2020) *Killer acquisitions*. SSRN Working Paper, 3241707. Te verschijnen in *The Journal of Political Economy*.
- Europese Commissie (2004) *Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen*. Publicatieblad C 031, 5 februari. 52004XC0205(02). Te vinden op eur-lex.europa.eu.
- Gautier, A. en J. Lamesch (2020) Mergers in the digital economy. *Information Economy and Policy*, te verschijnen. Artikel te vinden op www.science.direct.com.
- Kamepalli, S.K., R.G. Rajan en L. Zingales (2020) *Kill zone*. NBER Working Paper, w27146.
- Letina I., A. Schmutzler en R. Seibel (2020) *Startup acquisitions and innovation strategies*. Universität Bern Discussion Paper, DP2003. Te vinden op www.econ.jku.at.
- Li, X., T. Liu en L.A. Taylor (2019) *Do venture capitalists stifle competition?* Jacobs Levy Equity Management Center for Quantitative Financial Research Paper, 1 november. Te vinden op rodneymwhitecenter.wharton.upenn.edu.
- Norbäck, P.-J., C. Olofsson en L. Persson (2020) Acquisitions for sleep. *The B.E. Journal of Economic Analysis & Policy*, 20(2), 1–13.
- OESO (2020) *Start-ups, killer acquisitions and merger control*. OECD Publishing.



Beter geen mededingingsbeperkingen voor duurzaamheid

De mededingingswet zou duurzaamheidsinitiatieven ontmoedigen. Maar is dat wel zo? Waarom zouden ondernemingen gezamenlijk meer maatschappelijke verantwoordelijkheid nemen dan in onderlinge concurrentie? Het tegendeel lijkt waar te zijn.

IN HET KORT

- ▶ Ondernemingen verduurzamen in concurrentie meestal meer dan samen.
- ▶ *Cartel greenwashing* is minimale verduurzaming voor maximale prijsopslag.
- ▶ Het duurzaamheidsbeleid van de ACM riskeert schade aan zowel mededinging als milieu.

“**P**eople of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion [or to save the planet], but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices. (...) But though the law cannot hinder people of the same trade from sometimes assembling together, it ought to do nothing to facilitate such assemblies; much less to render them necessary.” (Smith, 1776, boek I, hoofdstuk 10)

In Europa is een breed belobbyde heroverweging gaande van de mededingingsregels, die bedrijven in de weg zouden staan bij het overstappen op duurzamere productiemethoden ten bate van een klimaat-neutrale economie. Ondernemingen zeggen meer maatschappelijke verantwoordelijkheid te willen nemen, om minder vervuilend, kind- of dierenvriendelijk te produceren, maar dat alleen te kunnen door hun onderlinge concurrentie te beperken. Geen van hen zou alleen in staat zijn om de hobbel van een *‘first mover-nadeel’* te nemen. Maar mededingingsbeperkende gedragingen zijn streng verboden. Hierdoor zouden initiatieven uitblijven, uit angst voor overtredingen en boetes. Vanuit de politiek, het bedrijfsleven en de advocatuur wordt er dan ook stellig beweerd dat de mededingingswetten de transitie naar een duurzamere economie belemmeren. Inmiddels bekijken diverse Europese mededingingsautoriteiten – waaronder recent ook de Europese Commissie – hoe zij de anti-competitieve gedragingen die onder de gangbare interpretatie van de mededingingswetten niet zouden mogen, wellicht toch

**MAARTEN
PIETER
SCHINKEL**

Hoogleraar Economie aan de Universiteit van Amsterdam (UvA)

**LEONARD
TREUREN**

Promovendus aan de UvA

zouden kunnen toestaan indien ze leiden tot duurzaamheidsvoordelen (Europese Commissie, 2020).

De ‘*green antitrust*’-beweging is gebaseerd op het idee dat er een spanning is tussen markt en milieu, die met meer marktmacht te verminderen zou zijn. Het meest concreet zijn de voorstellen om horizontale afspraken tussen concurrenten uit te zonderen van de kartelwet. De Nederlandse Autoriteit Consument & Markt (ACM) loopt hierbij voorop. Ze werd in het voorjaar van 2014 – door de toenmalige minister van Economische Zaken, Henk Kamp – met een beleidsregel verplicht tot het meewegen van ‘duurzaamheid’ bij de toepassing van artikel 6, derde lid van de Mededingingswet (Beleidsregel, 2014). Tot nu toe heeft zich echter nog geen enkel duurzaamheidsinitiatief gemeld dat goed genoeg was. De ACM probeert daarom, via haar nieuwe *Leidraad Duurzaamheid*, de drempel te verlagen (ACM, 2020).

De groene mededingingsbeleidsontwikkelingen in Nederland worden in heel Europa gevolgd, want de uitzonderingsclausule is, net als die van de meeste lidstaten, vrijwel identiek aan Artikel 101(3) TFEU. Daarbij is het toestaan van ‘groene kartels’ nog een grotere stap dan de goedkeuring van andere vormen van marktmacht om duurzaamheid te stimuleren. Het is ook sympathiek: een snelle transitie naar een meer duurzame productie en consumptie is zonder twijfel essentieel voor de toekomst van onze planeet, en ook ondernemingen moeten daarin hun verantwoordelijkheid kunnen nemen. Waar overheidscoördinatie faalt om ons van grijze naar groene evenwichten te *nudgen* – omdat er daarvoor misschien de informatie, mogelijkheden of politieke wil ontbreken – kan private coördinatie wellicht seconderen. Juist de vervuilende bedrijven zullen ook dikwijls het beste weten hoe ze hun eigen externaliteiten kunnen verminderen. Regelmatig staat er daartoe een groene CEO op.

Al enige tijd hameren bevlogen mededingingsjuristen met de uitzonderingsclausule van de kartelwet op het belang van duurzaamheid (Holmes, 2020). Maar is bijdragen aan de strijd tegen klimaatverandering in deze wel een spijker, of misschien eerder een schroef? Die vraag is essentieel voor het bepalen van het juiste gereedschap. De centrale voorliggende

vraag is dan ook of er wel verwacht moet worden dat bedrijven meer maatschappelijke verantwoording nemen indien ze minder sterk concurreren. Daarvan immers gaat green antitrust uit. Maar hoe liggen de prikkels? Is de oplossing voor de spanning tussen markt en milieu wel minder mededinging? Leidt beperking van de mededinging er inderdaad toe dat bedrijven meer maatschappelijk verantwoordelijk ondernemen?

In dit preadvies staat centraal dat de relevante economische literatuur vooralsnog nauwelijks grond geeft voor de premisse van de green antitrust-beweging, dat er een spanning is tussen mededinging en milieu. In tegendeel, juist concurrentie lijkt aan te zetten tot meer duurzame productie. Als het door de voorstanders ingeroepen first mover-nadeel bedrijven al een impasse geeft om te verduurzamen, dan bieden duurzaamheidsafspraken geen prikkel om deze te doorbreken. Beter daarom maar met enige argwaan gekeken naar de toejuiching van het groene mededingingsbeleid door het bedrijfsleven. Zo’n houding moeten we ook kunnen verwachten van onze mededingingsautoriteiten, wier taak het immers is om de *mededinging* te beschermen.

Wij waarschuwen tegen misbruik van dit op zich welgemeende mededingingsbeleid voor ‘*cartel greenwashing*’: concurrenten aan wie het wordt toegestaan om hun handel te coördineren, hebben een prikkel om minimale duurzaamheidsvoordelen voort te brengen tegen maximale prijsverhogingen. Het geldende compensatievereiste staat de controlerende mededingingsautoriteit nu nog toe om streng significante duurzaamheidsvoordelen af te dringen. Maar hoe meegaander de mededingingsautoriteit, hoe wateriger de *wash*. Zij zal ook constant in de gaten moeten houden of er nog wel voldoende duurzaamheid geleverd wordt. Hiervoor heeft een mededingingsautoriteit noch de noodzakelijke informatie, noch de middelen. Daarbij geeft het groene kartelbeleid de aangewezen overheid, politiek en ministeries gelegenheid om zelf onvoldoende verantwoordelijkheid voor duurzaamheidstransities te blijven nemen – want er is immers een coöperatieve zelfregulering. Daarmee riskeert dit groene mededingingsbeleid schade aan mededinging én milieu.

Dit preadvies is aldus opgebouwd. In de volgende paragraaf bespreken we de eisen voor de uitzondering van groene kartels onder de huidige interpretatie van het Europees Verdrag. Ze werden al vernieuwend toegepast in *Kolen* en *Kip*. Daarna wordt in dat licht de grensverleggende kern van ACM's recente *Leidraad Duurzaamheidsafspraken* besproken: oprekking van het compensatiecriterium. En daarmee is het beleid geschetst. Daarna vatten we de vooralsnog bescheiden economische literatuur samen over de vraag of beperking van de mededinging eigenlijk wel tot meer duurzaamheid leidt, en beschouwen dan kritisch het idee van een first mover-nadeel. Hieruit volgen toezichtsproblematiek en de relatie met het aangewezen overheidsbeleid.

GROENE KARTELS UITZONDEREN: KOLEN EN KIP

Het is juridisch, en met gebruikmaking van standaard economische analyse, goed mogelijk om mededingingsbeperkende duurzaamheidsafspraken uit te zonderen van het kartelverbod indien er aan vier eisen is voldaan. De eerste is dat de afspraak productie- of distributievoordelen voortbrengt, dan wel technologische of economische vooruitgang. Met een beetje creativiteit kan een duurzamere productie prima aan dit eerste vereiste voldoen. Mensen hebben een betalingsbereidheid voor groene producten en/of voor de vermindering van schadelijke bijeffecten zoals milieuvervuiling, waarin marketingeconometrie en milieueconomie inzicht kunnen geven.

De tweede eis is dat de gebruikers van de betrokken producten een 'billijk aandeel' van de duurzaamheidsvoordelen krijgen. Voor het operationeel maken hiervan bieden micro- en welvaartseconomie zowel een stevig conceptueel als een praktisch toepasbaar kader. In essentie dient de waardering van de kopers voor een groener product en een schoner milieu te worden afgewogen tegen hogere productprijzen. Hier zitten forse haken en ogen aan – vooral omdat het om een 'gemiddelde gebruiker' gaat, wat een lastige inter-personele nutsvergelijking vergt – maar het is een afweging die te maken is. De gangbare interpretatie van een billijk aandeel is dat de gebruikers volledig moeten worden gecompenseerd voor de nadelen, zoals prijsverhogingen, die

zij van de mededingingsbeperkingen zullen ondervinden. Consumenten dienen er per saldo ten minste niet op achteruit te gaan.

De derde eis die lid 3 stelt is dat de mededingingsbeperking noodzakelijk is om de duurzaamheidsvoordelen te behalen – en niet verder gaat dan nodig is. In brede zin zou deze eis opgevat kunnen worden als een opdracht aan de mededingingsautoriteit om voorkeur te geven aan alle alter-

Onder maatschappelijke druk wil de ACM ook eens “ja” zeggen tegen duurzaamheidsafspraken

natieve wijzen ter behaling van de geprojecteerde duurzaamheidsvoordelen, zoals vormen van directe overheidsregulering. In die opvatting zou een uitzondering van de kartelwet een laatste redmiddel zijn, voor als de overheid faalt om de publieke belangen met haar reguleringsinstrumentarium te behartigen. Zulk overheidsfalen wordt in de discussie over het groene kartelbeleid ook naar voren gebracht, maar in de berustende zin – ook door de ACM –, ervan uitgaande dat het geblokkeerde routes zijn. Daarbij heeft de mededingingsautoriteit het instrumentarium helemaal niet voor het uitvoeren van allerlei *regulatory impact assessments*. De engere opvatting van de derde eis prevaleert dan ook.

De vierde eis, ten slotte, is dat de uit te zonderen afspraken de mededinging rondom de betreffende producten niet 'eliminieren'. De interpretatie hiervan is dat er concurrentie moet blijven bestaan op dimensies als prijs, merkimage of technologische ontwikkeling. Deze eis lijkt niet heel strikt te worden geïnterpreteerd. Toch is het maar de vraag of er altijd wel een concurrentiedimensie open zal blijven. Afspraken tussen concurrenten over bijvoorbeeld de implementatie van regulering, productkwaliteitseisen, standaarden of R&D leiden dikwijls tot schadelijke prijskartels (Duso et al., 2013). De ACM heeft ferm gesteld dat uitzonderingen alleen kun-

nen worden gemaakt voor afspraken over duurzaamheid – en per se niet over prijzen of hoeveelheden. Maar die scheiding laat zich binnen de samenwerkende concurrenten moeilijk afdwingen.

In twee zaken paste de ACM dit afwegingskader toe: het *Nationale Energieakkoord* (ACM, 2013) – in het vervolg: *Kolen* – en *De Kip van Morgen* (ACM, 2015) – in het vervolg: *Kip*. Bij *Kolen* ging het om onderlinge afspraken om

De ACM voert op eigen houtje een ‘burgerwelvaartstandaard’ in

de sluiting van vijf kolencentrales vijf jaar naar voren te halen, een reductie van ongeveer tien procent van de productiecapaciteit. De ACM berekende dat de stijging van de elektriciteitsprijzen die daarvan het gevolg zou zijn alle Nederlanders samen elk jaar 75 miljoen euro zou kosten. Daar tegenover stonden emissiereducties. De ACM waardeerde deze echter slechts op dertig miljoen euro per jaar, vooral omdat partijen weigerden om in Nederland ongebruikte CO₂-emissierechten uit het Europese *Emissions Trading System* te halen, zodat de uitstoot dus niet afnam (ACM, 2013). Later werden de sluitingen gereguleerd.

Ook in *De Kip van Morgen* vond de ACM de duurzaamheidsvoordelen te klein ten opzichte van de kartelnadelen. Bij dit initiatief reageerden kippenboeren op de protesten van dierenactivisten tegen de slechte leefomstandigheden van ‘plofkippen’. Hun gezamenlijke voorstel voor betere leefomstandigheden werd echter door consumenten gemiddeld slechts gewaardeerd op 0,82 euro meer per kilo kip, terwijl de verwachte prijsstijging ervan 1,46 euro per kilo was (ACM, 2015). Het ging dan ook om een minieme kooivergroting. Afgelopen zomer concludeerde de ACM dat de mededingingsbeperking ook niet nodig was geweest: de ‘plofkip’ is vrijwel uit de schappen verdwenen.

OPGEREKT COMPENSATIEVEREISTE

Hoewel de ACM dus na grondige studie tweemaal terecht “nee: te weinig duurzaamheid” had gezegd, ontstond het publieke imago – mede door de minister aangewreven – van een sta-in-de-weg van duurzaamheid (Tweede Kamer, 2016). Ook in zijn herziene beleidsregel, waarin de ACM opdracht kreeg om te kijken naar “de voordelen voor de samenleving als geheel”, bleef onder Brusselse druk het compensatiecriterium onveranderd (Beleidsregel, 2016). Toch wil de ACM nu graag ook eens ‘ja’ zeggen. Maar bruikbare verzoeken bleven tot nu toe uit (Wolberink, 2020). Ter aanmoediging publiceerde de ACM het concept *Leidraad Duurzaamheidsafspraken*. Dat geeft uitgebreide theoretische voorbeelden van afspraken die de ACM niet in conflict ziet komen met het kartelverbod.

Fundamenteel is dat de ACM in de leidraad zegt voortaan bij afspraken ter voorkoming van milieuschade ook de voordelen te zullen waarderen van anderen dan enkel de gebruikers. De ACM stelt dat een ‘billijk aandeel’ van de voordelen voor de gebruiker niet noodzakelijk volledige compensatie hoeft te zijn (ACM, 2020, randnummer 38). De ACM kan voortaan al akkoord gaan als het totaal aan duurzaamheidsvoordelen voor *alle* Nederlanders – gebruikers en niet-gebruikers – groter is dan de nadelen van de mededingingsbeperkende afspraak voor de gebruikers van het betreffende product. Daarmee vervangt de Nederlandse mededingingsautoriteit eigenhandig de in het Europese mededingingsbeleid gangbare consumentenwelvaartstandaard door een burgerwelvaartstandaard.

Op het eerste gezicht klinkt dit misschien best redelijk. Immers, vermindering van negatieve externe effecten door meer duurzame productie slaan nu juist bij uitstek breed neer. Sterker nog, juist de kopers geven om de duurzaamheidsvoordelen vaak het minst, zoals in *Kip*. Die afspraak zou vast hebben gemogen als, tegenover de kartelprijsopslag die plofkipconsumenten moesten betalen, ook de waardering voor de verbeterde kippenlevens van de kopers van vrije-uitloopkippen en die van vegetariërs mee zouden hebben geteld. De ACM probeert dit enigszins te ondervangen door in de leidraad afstand te nemen van andere duurzame ontwikkelin-

gen dan die betreffende het milieu. Maar die scheiding tussen typen externaliteiten is gekunsteld, omdat de ACM een waarderingsgrond en legitimiteit zoekt voor de nieuwe functie van leverancier die zij zichzelf hier aanmeet. Immers, de consequentie van de burgerwelvaartsstandaard is dat de consumenten niet meer volledig gecompenseerd hoeven te worden. De ACM rechtvaardigt dit door te vinden dat “hun vraag naar de producenten in kwestie in wezen het probleem veroorzaakt waarvoor de samenleving oplossingen moet vinden”. (ACM, 2020, randnummer 41). ACM bepaalt, de vervuiler betaalt.

Als leverancier van groene welvaart van gebruikers naar niet-gebruikers moet de ACM politieke beslissingen nemen. Onder de gangbare interpretatie van het compensatiecriterium hoeft dat niet. Want daarin zijn alle extra voordelen welkom, maar een goed kartelvoorstel moet wel in staat zijn om de eigen klanten tenminste niet slechter af te laten zijn. À la Pareto. Onder de voorgestelde Leidraad zal de ACM in elk specifiek geval oordelen moeten vellen, zoals: “Hoeveel meer betalen voor hun kipfilet is redelijk voor Henk en Annet, ten bate van geen-gevogelte-eters?” De verdeling gaat bovendien in grote lijnen van arm naar rijk, vanwege de aard van de producten die voor de duurzaamheidsafspraken in aanmerking komen. Dat zijn immers goedkope en vervuilend geproduceerde goederen, zoals grijze stroom, plofkip en het goedkoopste model wasmachines (*CECED*, zie Europese Commissie (2000)). Welvarende niet-gebruikers, die al zelfvoorzienend zijn met zonnepanelen, beter-leven-kip kopen, en een wasmachine met A-label kunnen betalen, strijken de milieuvoordelen gratis op. Is dat wel gewenst?

Vanuit de positieve economie beschouwd is het een probleem dat, met het opgerekte compensatiecriterium, duurzaamheidsafspraken zo al gauw gerechtvaardigd zijn. Immers, voor elk niveau van de netto-nadelen voor de consumenten, volstaat er in theorie één niet-gebruiker die voldoende hartstochtelijk om het milieu geeft om de balans in het voordeel van het duurzaamheidsinitiatief te doen doorslaan. Kan de ACM dan nog wel voldoende controle uitoefenen over duurzaamheidsafspraken? Met het opgerekte compensatiecriterium verzwakt de ACM immers haar onderhandelingspositie tegenover coöperatieve duurzaamheidsinitiatieven. Terwijl

ze met het bestaande streng criterium veel beter in staat is om het kaf van het koren te scheiden. En dat is nodig, want het is maar zeer de vraag of er tussen de flatteuze collectieve duurzaamheidsvoorstellen die de ACM vast zal gaan ontvangen nu wel veel koren zal zitten. Want duurzaamheid komt juist voort uit méér mededinging, niet uit minder – zo blijkt uit de literatuur over de kernvraag van dit preadvies: leidt beperking van de mededinging tot meer duurzaamheid?

DUURZAMER IN CONCURRENTIE

Het is alleszins redelijk om de volgende twee uitgangspunten te nemen bij een economische analyse van deze vraag. Het eerste is dat individuen een waardering hebben voor duurzaamheid. Zo vinden Eichholtz et al. (2010) een hogere betalingsbereidheid voor kantoorpanden met duurzaamheidslabels. Casadesus-Masanell et al. (2009) rapporteren dat consumenten een hogere betalingsbereidheid hebben voor T-shirts van biologisch katoen. In een literatuuroverzicht concluderen Kitzmueller en Shimshack (2012) dat de betalingsbereidheid voor producten positief afhangt van de mate waarin bedrijven maatschappelijk verantwoord ondernemen. Recent vinden Aghion et al. (2020) dat innovatie gericht op duurzaamheid positief gecorreleerd is met de gerapporteerde duurzaamheidspreferenties van consumenten.

Het tweede uitgangspunt is dat bedrijven, hoe nobel de voorgestelde initiatieven ook mogen zijn, uiteindelijk door een winstmotief gedreven worden. Dat kan geavanceerd zijn of gericht op de wat langere termijn, zoals het nastreven van een ‘groen imago’, dat consumenten dan waarderen door voor het bedrijf te kiezen. Er kan op de korte termijn ook sprake zijn van verlieslatende duurzame activiteiten. Maar uiteindelijk, al was het maar onder druk van de aandeelhouders en financiers, zijn ondernemingen geïnteresseerd in duurzaamheidsinvesteringen omdat deze de betalingsbereidheid van (potentiële) klanten vergroten. De eerste zijn kosten, de tweede baten. Daarom zullen ondernemingen streven naar winstmaximaliserende prijsverhogingen op basis van kostenminimaliserende duurzaamheidsinvesteringen. Er is een uitgebreide literatuur over *greenwashing* waaruit dit ook blijkt. Bedrijven willen graag beschouwd worden als duurzaam,

maar wanneer consumenten daarvan de aard niet goed kunnen vaststellen, dan blijken er op grote schaal slechts minimale initiatieven te zijn: net genoeg voor zelf-promotie (Ramus en Montiel, 2005; Delmas en Montes-Sancho, 2010). Van *for-profits* hoeft ook niet anders te worden verwacht, in geval van concurrentie én coördinatie.

De relatie tussen mededinging en duurzaamheid is in een nog maar kleine academische literatuur onderzocht. De huidige consensus daarin is dat concurrentie bedrijven prikkelt om te investeren in duurzaamheidsinitiatieven, gegeven dat consumenten die kunnen waarderen. Groen is dan immers een concurrentiedimensie. Simon en Prince (2016)

Duurzaamheid komt juist voort uit méér mededinging, niet uit minder

laten zien dat een afname van concentratie in de industriële sectoren in Amerika gepaard gaat met een daling van de uitstoot van giftige stoffen op fabrieksniveau, zonder dat de totale uitstoot in de sector toeneemt. Fernández-Kranz en Santaló (2010) en Flammer (2015) constateren in concrete gevallen dat concurrentie een positief effect heeft op maatschappelijk verantwoord ondernemen.

Aghion et al. (2020) vinden dat hoe sterker de concurrentie in de sector is, des de sterker het effect is van duurzaamheidspreferenties van consumenten op de kans dat een bedrijf duurzaamheidsinitiatieven onderneemt. Bij een stijgende betalingsbereidheid van jongere generaties voor duurzame producten wordt de rol van concurrentie als aanjager van een meer duurzame productie dus steeds groter. De relatie met mededingingsbeleid wordt empirisch gelegd in Ding et al. (2020), die laten zien dat strengere mededingingswetgeving bedrijven aanspoort om meer maatschappelijk verantwoord te ondernemen, en dat dit effect sterker is in landen waar de bevolking meer met het klimaat begaan is.

Er is nog maar een handjevol papers dat gericht kijkt naar hoe horizontale mededingingsbeperkingen duurzaamheid kunnen bevorderen. Schinkel en Spiegel (2017) analyseren duurzaamheidskartels. Zij vinden in een basaal duopolie model – waarin bedrijven eerst de duurzaamheid van hun product kiezen, en dan de hoeveelheid (of prijs) – dat het gekozen duurzaamheidsniveau het laagst is als de bedrijven daarover afspraken mogen maken. De reden is precies dat de duurzaamheid van hun product, waarvoor consumenten bereid zijn te betalen, een concurrentiedimensie is. Toegestaan deze te elimineren besparen de ondernemingen gezamenlijk kosten door af te spreken om hun duurzaamheidsinvesteringen terug te schroeven. De analyse brengt een beleidsparadox aan het licht: alleen als samenspanning over prijs is toegestaan, en juist niet over duurzaamheid, wordt de productie duurzamer dan in concurrentie. Reden is dat de ondernemingen dan blijven concurreren op duurzaamheid, én weten dat ze de hogere betalingsbereidheid van hun consumenten daarvoor vervolgens samen kunnen afromen. Maar ook als, binnen de context van duurzaamheidsafspraken, de prijzen gecoördineerd raken, is het duurzaamheidsniveau lager dan het geval zal zijn onder mededinging.

In alle gevallen gaan de consumenten er fors op achteruit, omdat prijzen sneller stijgen dan de gewaardeerde duurzaamheid. Als dan een prijskartel wordt toegestaan in ruil voor groen, dan dient de compensatie strikt te worden afgedwongen. Maar dat vergt informatie die een mededingingsautoriteit onmogelijk allemaal kan hebben. Daarbij doen ondernemingen mét de consumentencompensatieverplichting juist weer minder aan duurzaamheid of wordt die prohibitief duur – zoals in *Kolen* (Schinkel en Tóth, 2020). Dit komt mede omdat consumenten die de niet-duurzame producten kochten lastig te compenseren zijn met duurzaamheid – zoals in *Kip*. Misschien blijven oprechte groene kartelinitiatieven daarom wel uit. Deze negatieve bevindingen gelden voor duurzaamheid als productkwaliteit, en evenzo als publiek goed waarvan de waardering los staat van de eigen productconsumptie. Ook het in stand houden van restconcurrentie, in de vorm van bedrijven die geen deel uitmaken van de afspraak, doet aan deze conclusies niets af (Treuren en Schinkel, 2018).

FIRST MOVER-NADEEL IS EEN RARITEIT

Met zo veel indicatie dat juist concurrentie tot duurzaamheid aanzet, en dat horizontale afspraken erover duurzaamheid ontmoedigen – waarop baseert dan de ACM haar vertrouwen om zulke afspraken toch te verwelkomen? Een veel gebezigde term is het first mover-nadeel: in concurrentie zou geen van de ondernemingen in de markt in staat zijn om als eerste over te stappen op meer duurzame productiemethoden, aangezien dat extra kosten met zich meebrengt, die met een hogere prijs gedekt moeten worden, waarvoor de klanten dan weglopen (ACM, 2020, p. 15; Van Dijk, 2020). Unilaterale initiatieven verslechteren (tijdelijk) de concurrentiepositie en winstgevendheid. Voor elk bedrijf is dat een onneembare hobbel om initiatieven te ontplooiën, die ze wel zouden kunnen nemen met het maken van onderlinge afspraken, zodat de hele sector dan de transitie kan maken.

Dit argument veronderstelt evenwel dat de bereidheid nihil is van (potentiële) consumenten om te betalen voor duurzame producten, dat consumenten volledig zouden kunnen *freeriden* op de effecten van duurzamere consumptie door anderen, of dat bedrijven hun product niet zouden kunnen onderscheiden als groener. De eerder genoemde empirische literatuur laat evenwel zien dat de betalingsbereidheid van (potentiële) consumenten in de regel groot genoeg is om het unilateraal verduurzamen winstgevend te maken. Maar als die betalingsbereidheid toch dusdanig laag is dat een unilateraal verduurzamend bedrijf inboet aan winstgevendheid, dan is het niet duidelijk waarom bedrijven gezamenlijk dergelijke duurzaamheidsinvesteringen wél zouden gaan doen. Immers, ook hun gezamenlijke winst is zonder die investeringskosten hoger. De bedrijven zullen bovenop de nieuwe evenwichtsprijs een extra premie willen, om na een duurzaamheidsinitiatief de winstgevendheid niet te zien dalen – maar prijskartels waren nu juist niet de intentie van het beleid.

Een duurzaamheidsafpraak waarbij unilateraal handelen de winst vermindert, kan daarom alleen werken als de totale betalingsbereidheid omhoog gaat *als gevolg van* die duurzaamheidsafpraak. Dit vereist dat consumenten bereid zijn om alleen maar meer geld uit te geven voor duurzame

producten wanneer deze onder een duurzaamheidsafpraak geleverd worden. Het is onduidelijk waarom dat het geval zou zijn. Maar misschien dat een duurzaamheidskartel zijn consumenten ‘opvoedt’ tot het leren waarderen van meer duurzame producten, zodat zij groene voorkeuren ontwikkelen – het kartel als producent van een soort *green-experience good*. Een dergelijk type van paternalisme lijkt echter bij de overheid thuis te horen. Maar in elk geval zou het dan hele tijdelijke groene kartelafspraken impliceren, die weer komen te vervallen zodra er enige betalingsbereidheid ontstaan is. Al met al blijft er weinig over van het vermeende probleem van first mover-nadeel, zie ook Van Damme (2020).

Overigens is een minimale waardering voor een duurzamere product een noodzakelijke voorwaarde om kopers überhaupt voor enig deel te kunnen compenseren – laat staan met een billijk deel. Als ophoudsituaties door first-mover-nadeel al bestaan, is daarom de route via lid 3 van de kartelwet juist dan vrijwel onbegaanbaar. Maar het cruciale inzicht is dat, zodra er enige betalingsbereidheid is voor meer duurzame producten, de prikkel om duurzaamheidsinvesteringen te doen groter is in onderlinge concurrentie dan wanneer er duurzaamheidsafspraken gemaakt worden. Natuurlijk wil dat overigens niet zeggen dat er in concurrentie optimaal in groen zal worden geïnvesteerd, zeker niet als de betalingsbereidheid gering of freeriding ook goed mogelijk is. Dat is nu precies waarom er hier een taak voor de reguliere overheid is weggelegd. Het gaat om *het verschil* in duurzaamheidsinvestering tussen concurrentie en coöperatie, en dat is positief als consumenten enige betalingsbereidheid hebben. In geval van product-gebonden betalingsbereidheid is het beter om bedrijven met groen te laten concurreren.

PERMANENT TOEZICHT OP GREENWASHING

Beschouwing van de prikkels van ondernemingen die zich melden met een duurzaamheidsinitiatief, laat dus zien dat de mededingingsautoriteit hen uiterst kritisch dient te bezien, en als ze dan toch een uitzondering wil en kan toestaan, dat de autoriteit er bovenop moet zitten dat het initiatief ook inderdaad wel tot voldoende duurzaamheid leidt en daarbij niet tot een grotere prijsverhoging dan strict noodzakelijk.

Want ook de prijzen moeten worden aangepast, omdat verduurzaming de productiekosten verhoogt. Duurzaamheidsinspanning moet bij een kartel worden afgedwongen, indien de betalingsbereidheid van consumenten nihil is en er een first mover-nadeel zou zijn. En als er wel betalingsbereidheid is, dan zal een kartel kiezen voor een duurzaamheids-prijsopslag-combinatie die strikt aan het compensatiecriterium voldoet: de minimale groeninvestering die de maximaal winstgevendende prijsverhoging compenseert. In haar enge interpretatie van de noodzakelijkheidseis zal de mededingingsautoriteit hiermee genoeg nemen. Maar ze moet het streng controleren.

De mededingingsautoriteit haalt zich met het groene marktmachtbeleid dan ook een gigantische hoeveelheid werk op de hals. Daarom vormt green antitrust een enorme aanslag op de tijd, aandacht en middelen van mededingingsautoriteiten. Over initiatieven moet steeds worden onderhandeld, en na goedkeuring moeten ze permanent worden gemonitord, omdat de private kartelbelangen en het algemene duurzaamheidsbelang blijvend tegengesteld zijn.

Ook al ligt de bewijslast bij de bedrijven, voor de beoordeling van hun voorstellen heeft de autoriteit een enorme hoeveelheid informatie nodig, in essentie over de complete voorkeuren van alle Nederlanders (Schinkel en Tóth, 2020). Het gaat dan over betalingsbereidheden, niet alleen voor private goederen met en zonder groenkwaliteit, maar ook voor publieke goederen zoals een schoon milieu of een hogere dierenwelzijnsstandaard. Die kan een mededingingsautoriteit onmogelijk helemaal goed in beeld krijgen.

Gegeven haar informatie-achterstand is het risico op misbruik bijzonder groot: bedrijven zullen proberen om kartels te greenwashen. Het zal al niet meevallen om valse motieven door te prikken. Maar het lijkt zeker onverstandig beleid om een toch al zwakke onderhandelingspositie daarbij verder uit handen te geven. En dat doet de ACM door de compensatie-eis te versoepelen. Onder de consumentenwelvaartstandaard kan de ACM tenminste nog enige duurzaamheid afdwingen, in ruil voor een karteluitzondering. Maar als ook niet-gebruikers worden meegewogen, niet.

VERDERE UITHOLLING VAN OVERHEIDSBELEID

De klassieke economische benadering ziet de milieuschade die in competitieve markten kan ontstaan als een externaliteitenprobleem, dat kan worden opgelost door de maatschappelijke kosten ervan te internaliseren in de particuliere kosten van producten. Milieukosten komen dan tot uitdrukking in hogere productprijzen, waardoor de vraag ernaar, en daarmee de milieuvervuiling, afneemt. En het zet bedrijven aan tot het zoeken naar minder vervuilende productiemethoden, die dan goedkoper zullen zijn omdat ze de geïnternaliseerde maatschappelijke kosten drukken. Juist in onderlinge concurrentie ontstaat er zo een optimale belasting van het milieu op basis van de maatschappelijke waardeering ervoor, in relatie tot de diverse voorkeuren die een ieder heeft voor private goederen.

Het uitgangspunt voor de efficiënte allocatie van schaarse middelen met alternatieve toepassingsmogelijkheden blijft dan consumentensoevereiniteit (zie ook Loozen, 2019). Daarin heeft overigens zonder meer ook de toekomst een prominente plaats, en het welzijn van toekomstige generaties, via het intergenerationele altruïsme van de nu levenden. Dit is ook de wijze waarop de ACM, volgens de Beleidsregel, prima rekening kan houden met de voordelen voor 'toekomstige consumenten'.

Overheden dienen daartoe die maatschappelijke kosten in rekening te brengen bij de vervuiler, dan wel het recht op een schoon milieu in particulier eigendom te geven, zodat private partijen zorg kunnen dragen voor de beprijzing ervan. Waar dat ingewikkeld is, bijvoorbeeld omdat de oorzaak van de vervuiling discutabel blijft, kan een overheid ook met een directe regulering alle bedrijven dwingen om minder vervuilende productiemethoden toe te passen. Milieuvervuiling en gebrekkige productie van publieke goederen worden wel aangemerkt als 'marktfalen', maar dat deze al decennia lang bekende oplossingen onvoldoende worden geïmplementeerd is een overheidsfalen. Het voorgestelde groene mededingingsbeleid komt neer op het zoeken naar een correctie van dat overheidsfalen, door bewust een ander marktfalen, namelijk marktmacht, te vergroten. Zou dat *second-best* kunnen zijn?

Allereerst staat het groene kartelbeleid haaks op de klassieke staathuishoudkunde. Het beleid kan gezien worden als een mededingingsautoriteitsmandaat aan een privaat kartel om, met een kartelprijsopslag, belasting te heffen op het private goed, om vervolgens daarmee een publiek goed – een schoner milieu – in compenserende mate te financieren. De regel van Samuelson leert dat hoe meer waardering mensen hebben voor een publiek goed, des te meer van dat publieke goed dient te worden voortgebracht. Maar hoe hoger de betalingsbereidheid is van consumenten voor meer duurzame producten, juist hoe *minder* een kartel aan groen hoeft te doen om dezelfde prijsverhoging te compenseren. Waar de overheid in deze, met al haar imperfecties, toch ten minste streeft naar optimale belastingen en een productieniveau van het publieke goed dat *break-even* is, heeft het private kartel alle prikkels om de marge tussen de prijsopslag en de groeninvestering te maximaliseren. De overheid moet wel flink falen, wil verduurzaming via het mededingingsbeleid beter werken dan via het eigen beleid.

Daarbij werkt het groene kartelbeleid een groter overheidsfalen in de hand. Dat de daarvoor eerst aangewezen overheden een zwakke invulling geven aan hun verantwoordelijkheden voor de publieke taak heeft een complex aan redenen. Het kunnen wijzen op zelf-reguleringsinitiatieven is een ideaal excuus voor de centrale overheid om nog eens extra de snor te drukken. Immers, privé-initiatieven gaan de in het Verdrag van Parijs afgesproken normen toch alsnog halen? Zo ook kwam de *Kip* de wereld in: het kabinet wilde de erbarmelijke leefomstandigheden van plofkippen niet verbieden, aangezien dan alle kippen in Nederland een beter leven zouden moeten krijgen, ook die voor de export. Maar van het parlement moest er wel iets gebeuren. Dus werd het probleem over de schutting gegooid van de ACM. Eenmaal ingeslagen, leidt dit pad al snel tot de omgekeerde wereld, waarin de ACM ervan beschuldigd wordt privaat gecoördineerde duurzaamheidsinitiatieven in de weg te staan, en het bedrijfsleven nog meer excuses heeft om niet duurzaam te ondernemen.

Maar de reactie van de ACM nu om minder streng te zijn op het geleverde groen, door de voordelen ervan een

zwaarder gewicht te geven, samen met haar enge interpretatie van de noodzakelijkheidseis, dreigen de ACM de gemakkelijke route te laten worden. Een beetje groen voor alle Nederlanders volstaat immers al gauw. De ACM kijkt niet of er voor het publieke belang in kwestie misschien ook nog een veel betere borging bestaat, met hogere baten en lagere kosten. Een marginale kartelverbetering volstaat. Belobbyd door bedrijven die aanbieden groen te zullen doen middels mededingingsbeperkende zelfregulering, schuift de overheid de publieke zaak, haar taak, door naar ACM. Daar hoeven

Dat de kartelwet duurzaamheid in de weg zou staan is een idee-fixe

de bedrijven maar minimaal compenserend te verduurzamen tegen maximale prijsopslagen. Dit is de gemakkelijke duurzaamheidskartelweg: een privaat kartel met een dun laagje groen. Daarmee leidt het groene mededingingsbeleid, in weerwil van de sympathieke ambities, veeleer tot een minder dan een meer duurzame wereld. En dat is slechter dan second-best.

CONCLUDERENDE OPMERKINGEN

De taak van mededingingsautoriteiten is om de mededinging te beschermen. Er zijn sterke aanwijzingen dat tot al het goede waartoe we weten dat eerlijke concurrentie bedrijven kan aanzetten – gewilde producten, kwaliteit van dienstverlening, efficiënte productie, lage prijzen, optimale allocatie – ook een duurzamere productie behoort. Zodra consumenten enige waardering hebben voor meer duurzame producten, raken ondernemingen in onderlinge concurrentie meer geprikkeld om die te leveren dan wanneer hen toegestaan wordt om er afspraken over maken. Verder vraagt milieubescherming om een sterke overheid. Het is onjuist te denken dat marktmacht ondernemingen ertoe zou aanzetten externaliteiten

te internaliseren. In grote recente kartelzaken – zoals *Trucks*, *Recycling Automotive Batteries* en *German Car Manufacturers* (Europese Commissie, 2017a; 2017b; 2019) – blijkt de ‘samenspanning’ juist deels gericht te zijn op het belemmeren van de introductie van schonere technologie.

Dat mededinging, en daarmee de mededingingsautoriteiten, duurzaamheid in de weg zouden staan is een idee-fixe. De ACM moet gauw af van dit verkeerde zelfbeeld dat haar is aangepraat. Want het tegendeel is waar: tegen *Kolen* en *Kip* zei de ACM terecht ‘nee’, en dat moet ze blijven doen tegen onvoldoende initiatieven. De ACM kan juist zo streng blijven met het gangbare consumentenwelvaarts criterium. Dan wordt de afschrikkende werking van de kartelwet niet ondermijnd, verwordt de ACM niet tot een permanente oppasser van groenimplementatie en kan ze verre blijven van politieke herverdelingsbeslissingen. Zeker moet gelden: de vervuiler betaalt – maar niet onnodig veel voor een schamele verschooning ten bate van de vervuilende industrie. Wetgever en uitvoerder kunnen elk maar beter bij hun eigen taak blijven.

Nederland wil gidsend zijn in groen mededingingsbeleid. Maar, als loopjongen van een falende overheid, aangemoedigd door duurzaamheidslobby's met belangen, vervolgens opgejut door valse beschuldigingen de transitie naar een betere wereld maar in de weg te staan, verleid door de sirenenzang van goeie groene doelen, en door bevlogen juristen gewezen op mogelijke mazen in de mededingingswet, wijst de ACM een heilloze weg: terug naar het ‘kartelparadijs’ (De Jong, 1990). Met de gecombineerde blik van de vakgebieden industriële organisatie en publieke economie blijkt de dwaling alras.

Het is nog niet te laat. De ACM bezint zich momenteel op de definitieve vorm van haar leidraad. Hopelijk beseft ze streng te moeten blijven toezien op de concurrentie. Of anders wijst de Europese Commissie daar vast wel op. En uiteindelijk staat het ons, burgers die om echt groen geven, nog vrij om de minimale kartelgreenwashing tegen maximale prijsverhoging aan te vechten in civiele kartelschade-procedures.

LITERATUUR

- ACM (2013) *Analysis by the Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM) of the planned agreement on closing down coal power plants from the 1980s as part of the Social and Economic Council of the Netherlands' SER Energieakkoord*. Autoriteit Consument & Markt, Consultation Document, 26 september.
- ACM (2015) *ACM's analysis of the sustainability arrangements concerning the 'Chicken of Tomorrow'*. Autoriteit Consument & Markt, Consultation Document, 26 januari.
- ACM (2020) *Leidraad: Duurzaamheidsafspraken*. Autoriteit Consument & Markt, Concept, 9 juli.
- Aghion, P., R. Bénabou, R. Martin en A. Roulet (2020) *Environmental preferences and technological choices: is market competition clean or dirty?* NBER Working Paper, w26921.
- Beleidsregel (2014) *Beleidsregel mededinging en duurzaamheid*, nr. WJZ / 14052830, 6 mei. Te vinden op wetten.overheid.nl.
- Beleidsregel (2016) *Beleidsregel mededinging en duurzaamheid*, nr. WJZ/16145098, 30 september, paragraaf 3.3. Te vinden op wetten.overheid.nl.
- Casadesus Masanell, R., M. Crooke, F. Reinhardt en V. Vasishth (2009) Households' willingness to pay for 'green' goods: evidence from Patagonia's introduction of organic cotton sportswear. *Journal of Economics & Management Strategy*, 18(1), 203–233.
- Damme, E. van (2020) *Concurrentie en duurzaamheid gaan hand in hand*. Te verschijnen in *Markt & Mededinging*.
- Delmas, M.A. en M.J. Montes-Sancho (2010) Voluntary agreements to improve environmental quality: symbolic and substantive cooperation. *Strategic Management Journal*, 31(6), 575–601.
- Dijk, T. van (2020) *Minder concurrentie voor meer duurzaamheid?* Nederlandse Economenweek – beleids sessie 5, 19 november.
- Ding, W., R. Levine, C. Lin en W. Xie (2020) *Competition on laws, norms and corporate social responsibility*. NBER Working Paper, w27493.
- Duso, T., L.-H. Röller en J. Seldeslachts (2013) Collusion through joint R&D: an empirical assessment. *The Review of Economics and Statistics*, 96(2), 349–370.
- Eichholtz, P., N. Kok en J.M. Quigley (2010) Doing well by doing good? Green office buildings. *The American Economic Review*, 100(5), 2492–2509.
- Europese Commissie (2000) *Commission approves an agreement to improve energy efficiency of washing machines*, 11 februari. Persbericht te vinden op ec.europa.eu.
- Europese Commissie (2017a) *Antitrust: Commission fines Scania €880 million for participating in trucks cartel*, 27 september. Persbericht te vinden op ec.europa.eu.
- Europese Commissie (2017b) *Antitrust: Commission fines three companies €68 million for car battery recycling cartel*, 8 februari. Persbericht te vinden op ec.europa.eu.
- Europese Commissie (2019) *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to BMW, Daimler and VW for restricting competition on emission cleaning technology*, 5 april. Persbericht te vinden op ec.europa.eu.
- Europese Commissie (2020) *Competition contributing to the European Green Deal. Oproep tot het leveren van bijdragen*, 13 oktober. Te vinden op ec.europa.eu.
- Fernández-Kranz, D. en J. Santaló (2010) When necessity becomes a virtue: the effect of product market competition on corporate social responsibility. *Journal of Economics & Management Strategy*, 19(2), 453–487.
- Flammer, C. (2015) Does product market competition foster corporate social responsibility? Evidence from trade liberalization. *Strategic Management Journal*, 36(10), 1469–1485.
- Holmes, S. (2020) Climate change, sustainability, and competition law. *Journal of Antitrust Enforcement*, 8(2), 354–405.
- Jong, H.W. de (1990) Nederland: het kartelparadijs van Europa? *ESB*, 75(3749), 244–248.
- Kim, E.-H. en T.P. Lyon (2011) Strategic environmental disclosure: evidence from the DOE's voluntary greenhouse gas registry. *Journal of Environmental Economics and Management*, 61(3), 311–326.
- Kitzmüller, M. en J. Shimshack (2012) Economic perspectives on corporate social responsibility. *Journal of Economic Literature*, 50(1), 51–84.
- Loozen, E. (2019). *Strict Competition Enforcement and Welfare. A Constitutional Perspective Based On Article 101 TFEU and Sustainability*, *Common Market Law Review*, 56(5), 1265–1302
- Ramus, C.A. en I. Montiel (2005) When are corporate environmental policies a form of greenwashing? *Business & Society*, 44(4), 377–414.
- Schinkel, M.P. en Y. Spiegel (2017) Can collusion promote sustainable consumption and production? *International Journal of Industrial Organization*, 53, 371–398.
- Schinkel, M.P. en L. Tóth (2020) *Compensatory public goods provision by a private cartel*. Tinbergen Institute Discussion Paper, 2019-086/VII.
- Simon, D.H. en J.T. Prince (2016) The effect of competition on toxic pollution releases. *Journal of Environmental Economics and Management*, 79, 40–54.
- Smith, A. (1776) *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. New York: Modern Library.
- Treuren, L. en M.P. Schinkel (2018) *Can collusion promote sustainable consumption and production? Not beneficially beyond duopoly*. Amsterdam Center for Law & Economics, Working Paper, 2018-01.
- Tweede Kamer (2016) *Duurzame ontwikkeling en beleid*. Brief van de Minister van Economische Zaken. Kamerstuk, 30196(480).
- Wolberink, C. (2020) *Een nieuwe leidraad voor duurzaamheidsinitiatieven*. Presentatie bij VvM webinar, 27 augustus.



Concurrentie, publieke belangen en de politiek

Concurrentie is een publiek belang dat andere belangen, zoals duurzaamheid en concurrentiekracht, kan bevorderen. Omdat concurrentie innovatie stimuleert, leidt de nadruk op consumentenwelvaart tot een onderschatting van de nadelen verbonden aan het beperken van mededinging.

**ERIC
VAN DAMME**
Hoogleraar aan
Tilburg University

IN HET KORT

- ▶ Het bedrijfsleven is succesvol in het verkopen van eigenbelang als algemeen belang.
- ▶ De nadelen van het beperken van mededinging zijn groter dan de direct meetbare.
- ▶ Onze Mededingingswet beschermt de concurrentie onvoldoende.

“The economist (...) is bound to retain a neutral attitude towards [competition] until he is sure that (...) the restraint of competition would not be more anti-social in its working than the competition itself.”
(Marshall, 1920, p. 8).

Na de Tweede Wereldoorlog realiseerden visionaire politici zich dat duurzame vrede in Europa alleen bewerkstelligd kon worden door de destructieve concurrentie tussen staten te vervangen door samenwerking. Zij zagen in een gemeenschappelijke markt een geschikt middel om niet alleen dit doel, maar ook andere doelen, zoals een groot concurrentievermogen, werkgelegenheid en welvaart, te realise-

ren, en waren zich ervan bewust dat alleen in een systeem met ongestoorde concurrentie die markt goed kon werken. Het EGKS-verdrag (Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal) verbiedt dan ook concurrentievervalsing door bedrijven en overheden. (EGKS, 1951). Dezelfde ideeën hebben tot de EU geleid, en de mededingingsregels van toen zijn vrijwel ongewijzigd in het huidige EU-verdrag terug te vinden. De doelen zijn nu ambitieuzer (vrede, vrijheid, welzijn, duurzame ontwikkeling, een groot concurrentievermogen, volledige werkgelegenheid en bescherming van het milieu), maar het belangrijkste middel is nog steeds een interne markt met een regime dat verzekert dat de mededinging niet wordt vervalst (Europese Unie, 2012a, artikel 3). Het kernidee van de EU is dat een gemeenschappelijke interne markt met onvervalste concurrentie het welzijn van de Europese burgers en de concurrentiekracht van het bedrijfsleven bevordert, en ook andere publieke belangen ondersteunt.

Het voorbeeld toont het primaat van de politiek, die de markt mogelijk maakt en de mate van concurrentie bepaalt. Het laat ook zien hoe goed en flexibel de Europese mededingingsregels zijn – gedurende bijna zeventig jaar was het niet nodig om ze fundamenteel te herzien. Een drietal recente

ontwikkelingen heeft er echter toe geleid dat deze regels nu ter discussie staan. Ten eerste, de opkomst van de digitale economie, met deels andere economische wetten en nieuwe organisatievormen, die de vraag opwerpt of de mededingingsregels wel krachtig genoeg zijn om de concurrentie in stand te houden en machtsposities te voorkomen. Ten tweede, de opwarming van de aarde, de grotere aandacht voor duurzaamheid in het algemeen, en het idee dat concurrentie en duurzaamheid op gespannen voet met elkaar staan. Het bedrijfsleven stelt dat duurzamer produceren samenwerking vereist en pleit voor versoepeling van de mededingingsregels, omdat deze dit in de weg zouden staan. Ten derde, de vermeende bedreiging van onze welvaart omdat westerse bedrijven de concurrentie verliezen van de Chinese, die nauw met de staat verbonden zijn en voordeel ontleen aan een thuismarkt die voor concurrentie gesloten is. De afwezigheid van een *level playing field* leidt tot een roep om een agressiever Europees industriebeleid en een pleidooi voor versoepeling van de Europese mededingingsregels, zodat *European Champions* zich kunnen vormen (Friends of Industry, 2018; Duitsland en Frankrijk, 2019). Deze ontwikkelingen hebben geleid tot de opdracht aan de nieuwe Europese Commissie om de mededingingsregels te evalueren en het concurrentiekader te actualiseren (Europese Raad, 2019). EU-commissaris Vestager werd verzocht *“to ensure our competition policy and rules are fit for the modern economy (...) and contribute to a strong European industry”*. (Europese Commissie, 2019).

Dit preadvies richt zich op de onderliggende fundamentele vraag of het basisidee dat aan de EU ten grondslag ligt nog wel geldig is. Namelijk: is concurrentie wel bevorderlijk voor andere publieke belangen, zoals duurzaamheid en concurrentiekracht? Het idee dat concurrentie andere publieke belangen in de weg staat, is wijdverbreid, maar berust volgens mij op een misvatting, resulterend uit een verkeerd beeld van concurrentie. Dit preadvies beoogt bij te dragen aan een beter begrip. Natuurlijk is concurrentie alleen niet voldoende om deze belangen te borgen, daarvoor is ook ander, gericht beleid nodig. Maar concurrentie is veelal complementair aan zulk beleid, en staat er niet op gespannen voet mee. Bij eventuele conflicten moet de oplossing dan ook niet gezocht worden

in een versoepeling van de mededingingsregels, maar in versterking van het complementaire beleid. Zo zijn gerichte subsidies die groene innovaties bevorderen te prefereren boven een afzwakking van het kartelbeleid. Ik betoog ook dat, op mededingingsterrein, de rol van de politiek hoofdzakelijk bestaat uit het ordenen en reguleren van markten en het in stand houden van concurrentie. Vanwege het risico van overheidsfalen moet een directe politieke inmenging in het mededingingsbeleid aan strenge regels gebonden worden. Concurrentie is in het algemeen belang, maar niet in het belang van individuele bedrijven, die dus alles in het werk zullen stellen om concurrentie zo veel mogelijk uit te sluiten. Diverse voorbeelden laten zien dat bedrijven inderdaad in staat zijn om hun particuliere belang als algemeen belang te slijten.

PUBLIEKE BELANGEN EN DE OVERHEID

In een samenleving bestaan er, naast ieders eigenbelang, gedeelde belangen en het algemeen belang, de *bonum commune*, dat gerelateerd is aan wat goed en rechtvaardig is als de individuele belangen conflicteren. Wij hebben de overheid gemachtigd om het algemeen belang te behartigen en onze grondrechten te beschermen. Sommige zaken die vrijwel iedereen van groot belang vindt, kunnen zonder een overheid niet goed gerealiseerd worden. In een door het toenmalige kabinet onderschreven rapport definieert de WRR publieke belangen als belangen waarvan (1) de realisatie voor de samenleving als geheel gewenst wordt geacht, en (2) de behartiging een taak van de overheid is omdat ze anders niet goed gerealiseerd zouden worden (WRR, 2000; Tweede Kamer, 2001). Veel publieke belangen zijn in de wetgeving vastgelegd; de Grondwet noemt hier onder andere privacy, bescherming van eigendom, werkgelegenheid, welvaart en welvaartsverspreiding, volksgezondheid, wooneigenheid, onderwijs en cultuur.

De overheid behartigt deze belangen door regels te stellen, de naleving daarvan af te dwingen, coördinatieproblemen te vermijden en door te voorzien in publieke goederen. Natuurlijk kan de overheid daarbij private partijen inschakelen, en dat moet ze ook wel doen. De markt (het bedrijfsleven) en de concurrentie kunnen helpen, maar alleen als de overheid deze ondersteunt, nauw inkadert en streng aan-

stuurt. Zonder het stevige juridische fundament van het eigendomsrecht, contractenrecht en mededingingsrecht kan een markt niet goed functioneren. De overheid moet voor publieke goederen betalen, informatieproblemen mitigeren en externe effecten beprijzen, via belastingen of markten voor externaliteitsrechten. Zonder regulering is het recht op privacy niet gegarandeerd, en zonder herverdeling is de welvaart niet eerlijk verdeeld. De markt beveiligd ons niet automatisch tegen de zee en zorgt niet voor openbare orde; ze garandeert niet dat er voor iedereen betaalbare woonruimte is, en ze levert geen gelijke toegang tot de gezondheidszorg. Concurrentie zorgt voor een goede prijs-kwaliteitsverhouding, maar garandeert niet dat alle essentiële diensten voor iedereen betaalbaar en toegankelijk zijn (universele dienstverlening).

Onze Grondwet specificereert taken voor de overheid, maar eist niet dat deze zich uitsluitend door het algemeen belang laat leiden. Hoewel dit vaak zo zal zijn, geldt dit toch niet altijd. Overheidsfalen is een reële mogelijkheid. Belangengroepen slagen er soms in de overheid voor hun kar te spannen, zoals diverse voorbeelden in dit preadvies illustreren. Beter georganiseerde groepen zullen eerder succesvol zijn (Olson, 1965). Adam Smith wees er al op dat we daarom voor het bedrijfsleven op onze hoede moeten zijn: *“To widen the market and to narrow the competition, is always the interest of the dealers. (...) The proposal of any new law or regulation of commerce which comes from this order, ought always to be listened to with great precaution and (...) with the most suspicious attention. It comes from an order of men, whose interest is never exactly the same with that of the public.”* (Smith, 1776, I.11). Het ontbreken van een algemeenbelang-bepaling in de Grondwet is een gemis, omdat de overheid niet ter verantwoording geroepen kan worden als zij faalt. De aanwezige *checks and balances* functioneren niet altijd.

CONCURRENTIE

Van concurrentie of mededinging is sprake als meerdere partijen iets willen dat slechts één van hen kan verwerven. Bij schaarste is er dus altijd (een vorm van) concurrentie. Concurrentie omvat bijgevolg veel meer dan de marktconcurrentie tussen aanbieders om de gunst van de consument.

De economie onderzoekt hoe het best met schaarste om te gaan. Hayek (1948, p. 101) stelde: *“The solution of the economic problem of society is always a voyage of exploration into the unknown, an attempt to discover new ways of doing things better than they have been done before.”* Concurrentie is dus een dynamisch proces gericht op innovatie: *“Competition is (...) a dynamic process (...) of constant experimentation with improvements.”* (Hayek, 1948, p. 99).

Concurrentie kan niet voorkomen worden, maar wel worden gestuurd. Bepaalde vormen, zoals concurrentie tussen staten (bijvoorbeeld oorlog en belastingconcurrentie), zijn onwenselijk. Sommige vormen werken beter dan andere. In de Sovjet-Unie concurreerden consumenten via een wachtrij, met voorrang voor leden van de Partij. De markt-

Vooraf toekomstige consumenten profiteren van concurrentie en hebben nu nog geen stem

concurrentie in westerse landen, gekarakteriseerd door ondernemingsvrijheid en keuzevrijheid van de consument, werkt beter. Concurrentie heeft ook negatieve kanten. Het is een meritocratisch selectiemechanisme dat degenen beloont die op een bepaald criterium beter scoren dan anderen, en dat geen oog heeft voor andere criteria of dimensies. Op de arbeidsmarkt worden niet alle menselijke talenten in gelijke mate gewaardeerd; omdat mensen verschillend zijn, is ongelijkheid het onvermijdelijke gevolg. De door marktconcurrentie gegenereerde welvaart moet door de overheid rechtvaardig verdeeld worden. Marshall (1920, p. 9) omschreef vrije concurrentie als een ‘ongetraind monster’ dat moet worden getemd en gestuurd. Belangrijk is dat concurrentie nooit helemaal vrij kan zijn. Adam Smith schreef: *“Every man, as long as he does not violate the laws of justice, is left perfectly free to pursue his own interest his own way, and to bring both*

his industry and capital into competition with those of any other man.” (Smith, 1776, IV.9; vet toegevoegd). De *Laws of Justice* worden door de overheid bepaald.

Als de overheid de regels voor markt en concurrentie op orde heeft, kunnen de vruchten geplukt worden. Hoewel iedereen op een *case-by-case*-basis wel eens last heeft van concurrentie, heeft iedereen uiteindelijk baat bij een ‘systeem van marktconcurrentie’. Concurrentie leidt tot kostenefficiënt werken en levert wat consumenten willen – het dwingt bedrijven tot differentiatie en innovatie. In economisch jargon: concurrentie leidt tot productieve en allocatieve efficiëntie, en stimuleert dynamische efficiëntie. Concurrentie belooft de bedrijven die het best aan de behoeften van consumenten voldoen. Goede marktwerking zorgt ervoor dat overwinst weggeconcurrereerd wordt, en voor het grootste deel bij de consument terecht komt. Maar consumentenwelvaart op korte termijn is niet de belangrijkste baat van concurrentie; de baten komen vooral uit innovatie en liggen dus in de toekomst. Het zijn bijgevolg hoofdzakelijk de toekomstige consumenten, die nu hun stem nog niet kunnen laten horen, die van de concurrentie profiteren.

Het bovenstaande impliceert dat (goede) concurrentie een publiek belang is: iedereen profiteert ervan, maar zonder overheidssturing werkt ze niet goed; een conclusie die ook al te vinden is in de KVS-preadviezen over marktwerking uit 2009 (Van Damme en Schinkel, 2009, p. 18). Toch is concurrentie kwetsbaar, omdat deze niet expliciet als publiek belang genoemd is. Dit geldt vooral bij ons, omdat Nederlanders concurrentie niet erg waarderen. Als polderaars en strijders tegen het water denken velen van ons dat we onze welvaart vooral aan samenwerking te danken hebben, en dat concurrentie samenwerking in de weg staat (Van Zanden en Prak, 2013). Dit blijkt ook uit de World Values Survey. In de laatste periode (2017–2020) gaven meer dan 125.000 mensen uit 77 landen hun mening over de stelling “concurrentie is goed (respectievelijk schadelijk)”. Bij een 1 (resp. 10) is iemand het helemaal eens met “goed” (resp. “schadelijk”). Het gemiddelde antwoord is 3,90. Landen als Duitsland, China, Denemarken, Zweden en de VS waarderen concurrentie bovengemiddeld; zij scoren allemaal minder dan 3,45. In Nederland is de

score 4,94; 26 procent boven het gemiddelde. Er zijn slechts drie landen waarin concurrentie nog schadelijker gevonden wordt, namelijk Bolivia, Nicaragua en Thailand (WVS, 2020). Nederlanders houden blijkbaar niet zo van concurrentie. Deze negatieve grondhouding van het publiek biedt het bedrijfsleven een goede voedingsbodem om via de politiek de concurrentie te beperken.

DE MEDEDINGINGSWET

De Mededingingswet (Mw) heeft als doel marktconcurrentie te beschermen. De Europese Commissie formuleert het als volgt: “Bescherming van de mededinging is de primaire doelstelling van het mededingingsbeleid van de Gemeenschap, aangezien dit bijdraagt tot het welzijn van de consument en leidt tot een efficiënte allocatie van middelen.” (Europese Commissie, 2000). Concurrentie verdient niet alleen bescherming omdat ze efficiëntie en welzijn levert, zoals het Europese Hof van Justitie regelmatig duidelijk maakt: “Mededingingsregels [zijn] niet uitsluitend bedoeld om de rechtstreekse belangen van de concurrenten of van de consument te beschermen, maar om de structuur van de markt en daarmee de mededinging als zodanig veilig te stellen.” (Europese Hof, 2006). Concurrentie is dus niet alleen een middel, het is ook een waarde op zich.

Om de concurrentie op de markt te beschermen, zijn gedragingen en handelingen verboden die de mededinging verstoren, vervalsen of beperken. Alle mededingingsregels zijn van het type “*X* is verboden tenzij (1) *X* objectief ‘goed’ of noodzakelijk is om een bepaald publiek belang te borgen, en (2) *X* de mededinging niet verder beperkt dan nodig is om het doel te bereiken”. De verboden zijn dus zeker niet absoluut; ze reflecteren dat concurrentie niet altijd goed is, en dat andere publieke belangen ook voor kunnen gaan. De regels brengen ook het publieke belang van concurrentie tot uiting: niet alle concurrentie mag verloren gaan.

Er zijn verschillende typen verstoringen en bijgevolg verschillende soorten regels. Ten eerste zijn er de regels gericht op bedrijven, die beogen om de concurrentie tussen deze bedrijven te borgen. Concurrentie kan worden vervalst door kartels, verstoord door ondernemingen met een

dominante machtspositie, of significant worden belemmerd indien (potentiële of daadwerkelijke) concurrenten met elkaar fuseren. Kartels, misbruik van machtspositie en ‘grote’ fusies zijn dus (op grond van de artikelen 101 en 102 VWEU, en de EU-fusieverordening) verboden. Deze regels behandelen alle bedrijven gelijk die op een Europese markt actief zijn. Ten tweede: concurrentie kan ook verstoord worden door selectieve overheids subsidies aan bedrijven, of omdat onderdelen van de overheid zich, met gebruikmaking van bepaalde privileges, op de markt begeven. Daarom is in de EU staatssteun door lidstaten verboden (artikel 107-109 VWEU), en is in Nederland het handelen van overheidsinstanties op de markt aan voorwaarden gebonden (Hoofdstuk 4b Mw). De staatssteunregels gelden alleen voor Europese overheden – ze beletten de Amerikaanse of Chinese overheid niet om hun bedrijven te steunen. Omdat ook de handelsregels van de WTO geen strenge mededingingsbepalingen bevatten, is er dus geen globaal *level playing field*. Ten derde kan de mededinging suboptimaal werken omdat de marktregels niet adequaat zijn, of omdat een markt specifieke karakteristieken heeft. Er zijn nog geen Europese mededingingsregels die zich hierop richten, maar er is wel een voorstel in de maak. (Europese Commissie, 2020).

MEDEDINGINGSBELEID EN ECONOMISCHE WETENSCHAP

Het bovenstaande leidt tot de vraag wanneer er sprake is van een (verboden) beperking van de mededinging. Traditioneel beantwoorden juristen deze vraag met behulp van een afvinklijstje, een aanpak die in de jaren zestig door economen uit Chicago onder vuur werd genomen. Met behulp van economische modellen lieten zij zien dat diverse verboden praktijken juist welvaartsverhogend waren, en dus niet verboden zouden moeten zijn. Sinds die tijd wordt het mededingingstoezicht in de VS meer economisch ingevuld (Kovacic en Shapiro, 2000), dat wil zeggen: bij de beoordeling van marktgedrag zijn de economische effecten belangrijker dan de juridische vorm. Sinds ongeveer 25 jaar wordt er ook in het Europese mededingingsbeleid gesproken over ‘een meer economische aanpak’.

Het gebruik van economische modellen om intuïties of schadetheorieën te toetsen, en/of effecten te visualiseren of kwantificeren, is natuurlijk toe te juichen. Zo laat Williamson (1968) de toegevoegde waarde van de modelanalyse duidelijk zien. Het eenvoudige *trade-off*-model toont de twee bij een fusie relevante effecten – verminderde concurrentie – en bevat welvaarts criteria (het totale surplus en het consumentensurplus) die gebruikt kunnen worden om deze tegen elkaar af te wegen. Omdat deze criteria aansluiten bij wat juristen de ‘consumentenwelvaart’ noemen, is een brug tus-

Nederlanders houden niet zo van concurrentie

sen economie en recht snel geslagen. Maar er zijn ook aandachtspunten. Omdat een model niet alle effecten bevat, bestaat er het risico dat de niet-gemodelleerde aspecten niet in de analyse betrokken worden. De gebruikte modellen zijn veelal statisch, zodat langetermijneffecten mogelijk buiten beeld blijven. Ten slotte is er de vraag in hoeverre de gebruikte economische welvaarts criteria passen bij de normatieve toets uit de wet: is ‘X is welvaartsverlagend’ synoniem met ‘X is verboden’? In het onderstaande ga ik hier wat dieper op in.

Normatieve aspect

Ten eerste het normatieve aspect. Aansluitend bij het idee dat concurrentie in dienst staat van de consument (Gual et al., 2005), wordt bij economische analyse de consumentenwelvaart als toetssteen gebruikt: beperking van de concurrentie wordt geïnterpreteerd als schade voor de consument. Hoewel er bij een afspraak of fusie die consumenten schaadt van een mededingingsbeperking gesproken kan worden, is het omgekeerde zeker niet het geval, zoals het bovenstaande citaat van het Europese Hof duidelijk maakt. Schade voor

gebruikers kan een indicatie zijn voor een beperking van de mededinging, maar ook zonder dergelijke schade kan de mededinging beperkt worden. Er is ook een economisch argument tegen de interpretatie. Omdat de gebruikte modellen veelal statisch zijn, ligt de focus in de praktijk op de huidige consumenten, en dus op de kortetermijnschade. Schade aan het mededingingsproces die zich op een langere termijn manifesteert, bijvoorbeeld als resultaat van minder innovatie, blijft aldus buiten beschouwing. Hoewel de omvang van die schade lastig te bepalen is, is deze daarom niet van minder belang. De conclusie is dat de ‘schade aan de mededinging’ in het algemeen groter zal zijn dan de ‘directe consumentenschade’ – en mogelijk zelfs veel groter. Het is daarom terecht dat het Europese Hof consistent geweigerd heeft om fusies en gedragingen uitsluitend te beoordelen aan de hand van de consumentenwelvaart.

Wat zich hier wrekt is dat de traditionele mainstream-economie niet geïnteresseerd is in concurrentie op zich, maar alleen in de uitkomsten ervan: het nut voor consumenten en de winst van bedrijven. Het begrip ‘beperking van de concurrentie’ is geen begrip in de mainstream-economie, met als gevolg dat er nauwelijks theorievorming over is. Kaplow en Shapiro (2007) stellen daarom terecht: *“if (...) that which promotes competition is legal, that which suppresses competition is illegal (...), then economics cannot directly address the legal test.”* Dit wil niet zeggen dat de economie niet behulpzaam kan zijn, maar het impliceert wel dat de welvaartseconomie slechts een bescheiden rol kan spelen. Dit geldt temeer omdat de welvaartseconomie in essentie statisch is, terwijl concurrentie een dynamisch proces is. Concurrentie stimuleert innovatie, en innovatie is grotendeels onvoorspelbaar, zodat de toekomstige baten van innovatie en concurrentie niet goed in te schatten zijn. Het is dan ook conceptueel onduidelijk of statische efficiëntievoordelen überhaupt tegen de nadelen voor concurrentie afgewogen kunnen worden.

Positieve aspect

Ten tweede het positieve (analytische) aspect. De focus op de consument heeft geleid tot het gebruik van productmarktmogelijkheden, waarbij de arbeidsmarkt en andere inputmarkten bui-

ten beschouwing blijven. Als gevolg hiervan lag de nadruk op verkoopmacht, waardoor inkoopmacht en arbeidsmarkteffecten mogelijk te weinig aandacht gekregen hebben. Bij perfect functionerende inputmarkten is dit geen probleem, en dus kan een kostenbesparing die bij een fusie ontstaat door arbeiders te ontslaan inderdaad als een positief te waarderen efficiency beschouwd worden. Als de fusie echter tot een monopsonie op een lokale arbeidsmarkt leidt dan ligt de zaak anders, en zou de fusie verboden moeten worden. De Mededingingswet verbiedt in principe verstoringen van concurrentie op elke markt, niet alleen die op productmarkten. Een afspraak tussen hightech-bedrijven om elkaars personeel niet weg te kapen, beperkt de concurrentie op de arbeidsmarkt en verstoort prijssignalen voor IT'ers, en is daarom verboden – ook als de resulterende overwinst aan consumenten zou worden doorgegeven. Het is tekenend dat er pas sinds kort aandacht is voor inputmarkten (Naidu et al., 2018).

CONCURRENTIE EN SAMENWERKING

Vaak wordt er gesteld dat de Mededingingswet nuttige vormen van samenwerking tussen bedrijven in de weg zou staan. We vernemen dit bijvoorbeeld in de duurzaamheidsdiscussie. Er zou te veel verboden zijn, en ook te veel rechtsonzekerheid omdat de wet onduidelijk is en de autoriteiten onvoorspelbaar. Bedrijven zouden complexe afwegingen moeten maken tussen de nadelen voor concurrentie en de voordelen voor klimaat en milieu – waartoe ze niet in staat zijn. Bewijs blijft echter meestal achterwege, en de klachten zijn dan ook grotendeels onterecht. De perceptie wordt niet geschraagd door de feiten. Onlangs heeft de ACM nog duidelijkheid verschaft, bedrijven aangeboden om mee te denken over het oplossen van knelpunten, en zich geïnteresseerd om bedrijven die te goeder trouw handelen niet te bestraffen (ACM, 2020a). De Nederlandse Mededingingswet laat eerder te veel toe dan te weinig. Zo zijn concurrentiebeperkende afspraken toegestaan, zolang deze niet meer dan tien procent van de markt bestrijken. Als er sprake is van een dienst van algemeen economisch belang, dan zijn concurrentiebeperkende afspraken of fusies die nodig zijn om dat belang te borgen niet verboden. Andere publieke belangen hebben dus *voorrang* op het mede-

dingingsbelang. De wet beschermt concurrentie te weinig.

Dat onze Mededingingswet concurrentie te weinig beschermt, blijkt ook uit artikel 6.3 Mw. Dit artikel specificeert een *vrijstelling* van het kartelverbod voor alle afspraken tussen ondernemingen die aan vier cumulatieve voorwaarden voldoen: (1) de overeenkomst leidt tot voordelen; (2) een billijk deel van die voordelen komt aan de gebruikers ten goede; (3) de afspraak is nodig om deze voordelen te realiseren; (4) niet alle concurrentie wordt uitgesloten. De wet geeft ‘efficiëntie’ voorrang boven concurrentie: als een overeenkomst voordelen biedt en aan drie randvoorwaarden voldoet, is deze toegestaan. Artikel 6.3 vereist *niet* dat er een expliciete afweging gemaakt wordt tussen de voordelen van een afspraak en de nadelen voor de concurrentie, waaronder die voor innovatie. In de oorspronkelijke versie van de wet, uit 1997, werd zo’n afweging wel gevraagd. De huidige wet specificeert een *automatische vrijstelling* van het kartelverbod voor elke afspraak die aan de vier voorwaarden voldoet, onafhankelijk van hoeveel schade deze de concurrentie berokkent. Daarom beschermt onze Mededingingswet de concurrentie onvoldoende (zowel het proces als het systeem).

In Europa ligt de zaak iets ingewikkelder: het Werkingsverdrag (VWEU) vereist nog steeds een afweging tussen de voordelen van een afspraak en de nadelen voor concurrentie (Europese Unie, 2012b), maar artikel 1.2 van Verordening 1/2003 (Europese Commissie, 2003) stelt dat de vier voorwaarden een vrijstelling opleveren. We mogen ons daarom gelukkig prijzen dat het Europese Hof nog vasthoudt aan de (strengere) tekst van het Verdrag. Anderzijds is de Europese Commissie in de val van de ‘meer economische aanpak’ getrapt: ze stelt de negatieve effecten voor de mededinging gelijk aan de negatieve effecten voor de gebruikers (Europese Commissie, 2004c, alinea’s 43 en 85). Een tweede voorbeeld daarvan vinden we in de Richtsnoeren van de Europese Commissie voor de beoordeling van horizontale fusies (Europese Commissie, 2004b). De Concentratieverordening stelt dat een fusie verboden moet worden als deze de mededinging significant beperkt, tenzij de efficiëntieverbeteringen die aan de fusie verbonden zijn, opwegen tegen de gevolgen voor de mededinging (Europese Commissie, 2004a; Overweging

29, artikel 2). De toetssteen die de Commissie hanteert bij de beoordeling hiervan is “dat de verbruikers niet slechter af mogen zijn ten gevolge van de fusie”. (Europese Commissie, 2004b, randnummer 79). Ook hier wordt schade aan de mededinging gelijkgesteld aan schade voor de gebruikers en wordt concurrentie onvoldoende beschermd.

Ik ga kort in op de eerste twee voorwaarden van artikel 6.3 Mw. Wat moet er onder een voordeel verstaan worden? Vanuit een economisch perspectief is niet aan te geven waarom alleen bepaalde technische of economische voordelen meegenomen zouden moeten worden. Productie staat immers in dienst van consumptie, en elk voordeel dat aan *burgers* ten goede komt is er immers een. Dit betekent ook dat ‘versterking van het concurrentievermogen’ niet automatisch als voordeel bestempeld kan worden. Een belangrijke vraag is ook: voordelen ten opzichte van wat? Wat is de *counterfactual*: de huidige situatie, of de situatie die anders bij concurrentie zou ontstaan? De Europese Commissie lijkt de huidige situatie als referentiepunt te nemen (Europese Commissie, 2004c), maar er is veel te zeggen voor de tweede variant. Ook de noodzakelijkheidsvoorwaarde uit het artikel wijst in deze richting. Relevant in dit kader is het onderzoek van de ACM waaruit blijkt dat, dankzij concurrentie, de kip van vandaag betere leefomstandigheden kent dan er werd voorgesteld in de ‘Kip van Morgen’-afpraak (ACM, 2020b).

De derde voorwaarde uit artikel 6.3 Mw eist dat er een billijk aandeel van de voordelen van de overeenkomst aan de gebruikers van de betreffende producten ten goede moet komen. De Europese Commissie interpreteert deze voorwaarde zo dat de consumenten van het product er als gevolg van een overeenkomst niet op achteruit mogen gaan. Dus als er een prijsverhoging is, moeten ze ergens anders gecompenseerd worden. Deze strikte lezing is te verklaren uit het feit dat de Commissie de nadelen voor de mededinging met de negatieve effecten voor de gebruikers gelijkgesteld aan, maar dit is, zoals hierboven betoogd werd, niet houdbaar. Zodra deze koppeling wordt losgelaten, is het duidelijk dat ‘billijk’ ook heel anders geïnterpreteerd kan worden, en dat er, als het product in kwestie met negatieve externaliteiten voor niet-

consumenten verbonden is, een andere interpretatie meer voor de hand ligt. Waarom zouden gebruikers recht hebben op volledige compensatie, en dus het recht om niet-gebruikers bepaalde voordelen te ontzeggen? Dit zou discriminatie in hun voordeel zijn. Als een afspraak negatieve externaliteiten reduceert, met als gevolg dat er van de negentig procent van de bevolking iedereen er tien euro op vooruitgaat, terwijl van de overige tien procent (de consumenten) iedereen er één euro bij inschiet, dan zou de afspraak toegestaan moeten worden. Coasiaanse onderhandelingen zouden immers tot dit resultaat leiden. Het is daarom te prijzen dat de ACM nu voorgesteld heeft om, bij milieuschade-overeenkomsten met objectieve negatieve externaliteiten, de billijkheidsvoor-

Ook door een overname die de mededinging niet beperkt, kan de nationale veiligheid in gevaar komen

waarde op deze alternatieve manier te interpreteren. (ACM, 2020a). Natuurlijk moet er wel voor gewaakt worden dat deze soepeler behandeling niet misbruikt wordt als *greenwashing* voor echte kartels (Schinkel en Treuren, 2020; deze bundel).

CONCURRENTIE EN ANDERE ALGEMENE BELANGEN

Het is logisch dat de verboden uit de mededingingswetten niet absoluut zijn: concurrentie is vaak goed, maar niet altijd. Cournot liet al zien dat, bij complementaire producten, samenwerking beter is dan concurrentie. In extreme omstandigheden, zoals bij oorlog of een pandemie, kan coördinatie sneller en beter zijn (Bolton en Farrell, 1990). Ook is het denkbaar dat goede mededinging niet voldoende is om een ander publiek belang te borgen, of dat het mededingingsbelang botst met een ander algemeen belang. In Nederland worden dergelijke tekortkomingen en conflicten vooral

opgelost via ex ante instrumenten: de concurrentie wordt volledig uitgesloten (zoals in delen van de pensioensector), of wordt door marktordening en regulering in goede banen geleid. Ook wordt er expliciet voorrang gegeven aan andere publieke belangen in de Mededingingswet (zie boven). In bepaalde sectoren bestaat ook de bevoegdheid om een door de ACM toegestane fusie te verbieden, als deze een ander algemeen belang bedreigt. Dit is terecht. Door een fusie die vanuit mededingingsoogpunt onproblematisch is, kan het medialandschap versralen en de pluriformiteit van de informatievoorziening verdwijnen, zodat de democratie in gevaar zou kunnen komen. In zo'n geval is ingrijpen gewenst. Analooch kan, door een overname die de mededinging niet significant beperkt, ook de nationale veiligheid of strategische infrastructuur in gevaar komen. Er zijn wetten om dergelijke publieke belangen te borgen, en verdere wetgeving is in de maak. Tot slot heeft de minister van EZK ook de bevoegdheid om een door de ACM verboden fusie toch toe te staan. Ik bespreek hier of dit laatste ex post instrument wenselijk is.

Artikel 47.1 van onze Mededingingswet stelt dat de minister een door de ACM verboden fusie kan goedkeuren als “naar zijn oordeel gewichtige redenen van algemeen belang die zwaarder wegen dan te verwachten belemmering van de mededinging, daartoe nopen”. De Mw staat dus toe dat niet expliciet benoemde algemene belangen in beschouwing genomen worden, maar eist dat deze tegen het mededingingsbelang afgewogen worden. De Mw specificeert niet welke belangen in beschouwing genomen kunnen worden, en geeft geen handvatten hoe de afweging gemaakt moet worden. De Memorie van Toelichting stelt slechts dat het “in de praktijk zal kunnen gaan om uiteenlopende overwegingen van economische en niet-economische aard”, en dat “de minister zijn beslissing in overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad” moet nemen (Tweede Kamer, 1996). Concreet kan er daarbij gedacht worden aan zaken als werkgelegenheid, het vestigingsklimaat, de concurrentiekracht van ons bedrijfsleven of nationale veiligheid.

Een alternatief voor ex post ingrijpen door de politiek is een wet die eist dat een mededingingsautoriteit niet

alleen het mededingingsbelang, maar ook andere relevante algemene belangen mee moet nemen. Bijvoorbeeld China en Zuid-Afrika kennen dit systeem; in China is het andere belang met name het industriebeleid. First en Fox (2015) vergelijken dit systeem met het onze. Ze stellen dat het alleen goed kan werken als het transparant is, er slechts weinig andere belangen meegenomen moeten worden, deze vooraf expliciet genoemd zijn, alle criteria separaat geëvalueerd worden, en ook de afweging daartussen expliciet is. Naar mijn mening heeft dit systeem duidelijke nadelen, ook als het goed wordt vormgegeven. Want een mededingingsautoriteit moet dan immers politieke afwegingen maken en wordt zo minder voorspelbaar, terwijl de beslissingen langer op zich laten wachten en vaker aangevochten zullen worden. Gegeven het feit dat zich slechts zelden een spanning tussen het mededingingsbelang en de overige algemene belangen voordoet, lijkt mij dit een te hoge prijs. Dit systeem is dus niet aantrekkelijk.

Een aantrekkelijker alternatief werd onlangs voorgesteld door Edith Loozen. Zij stelt dat, als het mededingingsbelang geborgd is, ook alle andere publieke belangen geborgd zijn – zodat artikel 47 Mw overbodig is, en dus beter uit de wet geschrapt kan worden (Loozen, 2020; Loozen en Schinkel, 2020). Dit alternatief berust op een aanname die naar mijn mening niet houdbaar is: concurrentie garandeert niet dat al onze grondrechten gerespecteerd worden en borgt niet automatisch alle publieke belangen. Zie ook de hierboven gegeven voorbeelden. Mogelijk geldt dit wel in een ideale wereld waarin alles voorspelbaar is, en via marktordening en regulering de concurrentie op de best mogelijke wijze kan worden vormgegeven – maar ik geloof niet dat onze wereld zo maakbaar is. Een achterdeur, waarmee de politiek in uitzonderlijke gevallen ex post kan ingrijpen, lijkt toch nodig. Gegeven dat het mededingingsbelang slechts zelden met andere belangen op gespannen voet staat, moet het openen van die deur met voldoende waarborgen omgeven zijn. In Nederland is dit momenteel niet het geval. De Duitsers hebben dit beter voor elkaar; hun ervaringen geven echter wel te denken.

De *Ministererlaubnis* is een bepaling uit de Duitse mededingingswet (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*; GWB) die vergelijkbaar is met ons artikel 47 Mw. De Duitse

bepaling is echter veel specifiek: de minister mag slechts drie criteria gebruiken. Hij mag een door het *Bundeskartellamt* verboden fusie slechts toestaan als de nadelen voor de mededinging niet opwegen tegen (1) macro-economische voordelen, (2) een uitzonderlijk publiek belang, of (3) versterking van de internationale concurrentiekracht van de betrokken ondernemingen. Belangrijk is ook dat de minister eerst advies moet inwinnen bij de onafhankelijke *Monopolkommission*. Dit advies is niet bindend, maar de minister moet natuurlijk goede argumenten hebben om ervan af te wijken. Budzinski en Stöhr (2019) beschrijven dat er, sinds 1970, in Duitsland in dit kader 23 verzoeken werden ingediend, waarvan de minister er negen honoreerde (vijf keer tegen het advies van de commissie in). Zij concluderen dat de ministeriële interventie slechts zelden het beoogde doel bereikte, en slechts één keer volledig. De auteurs bepleiten daarom een verdere beperking van de invloed van de politiek: *“A beneficial reform must narrow the scope for public interest considerations and provide institutional checks and balances against abuses.”*

Deze conclusie geldt a fortiori voor Nederland. Sinds de invoering van de Mededingingswet in 1998 werden er bij het Ministerie van EZK (slechts) twee verzoeken ingediend om een verbodsbesluit van de ACM te doorkruisen. In 1999 wees de minister het verzoek af van Rai-Jaarbeurs, “gebaseerd op het algemeen belang van beurzen en Nederland als beursland en in het licht van de toenemende internationale concurrentie”; in 2019 werd het verzoek van PostNL om Sandd toch over te mogen nemen echter stante pede gehonoreerd. Dit besluit was zeer opmerkelijk omdat de ACM niet alleen had aangetoond dat de fusie de concurrentie significant zou beperken, maar tevens dat, zonder de fusie, de universele postdienst (een publiek belang) ook in de toekomst gegarandeerd zou zijn. De vraag is dan natuurlijk welke algemene belangen wel een fusie noodzakelijk zouden maken. De minister noemde wel een aantal belangen, maar geen ervan was een *algemeen* belang, en ze werden niet afgewogen tegen het mededingingsbelang (Van Damme, 2019; 2020, Schinkel et al., 2019). Het was dan ook meteen duidelijk dat dit besluit geen stand kon houden. Een onafhankelijke rechter

had niet veel tijd nodig om te oordelen dat het besluit niet goed gemotiveerd was, en dus niet rechtsgeldig (Rechtbank Rotterdam, 2020; Knibbeleer en Kreijger, 2020) – maar ondertussen is Sandd wel door PostNL opgeslokt en is de marktstructuur onherstelbaar beschadigd. Want *unscrambling the eggs* zal vermoedelijk onmogelijk blijken.

OVERHEIDSFALEN

Het EZK-besluit in de zaak PostNL/Sandd laat zien dat overheidsfalen (dus een overheid die niet in het algemeen belang handelt) een reële mogelijkheid is. In deze zaak heeft het Ministerie van EZK de oren naar PostNL laten hangen, en heeft niet in het algemeen belang gehandeld. Gegeven dat de ACM overtuigend had laten zien dat de door PostNL aange-

Het ‘gevoelen van de ministerraad’ volgde de alternative facts van PostNL, niet de analyse van de ACM

dragen argumenten onjuist waren, is dit uiterst opmerkelijk (Van Damme, 2019; 2020). Dit toont aan hoe eenvoudig de politiek klaarblijkelijk te beïnvloeden is: de door een onderneming gepresenteerde *alternative facts* hadden een sterkere invloed op het ‘gevoelen van de ministerraad’ dan de nauwgezette analyses van een gerespecteerd overheidsorgaan. Dit illustreert dat we ook in Nederland de *private interest theory of regulation* niet kunnen negeren.

Op het terrein van de mededinging zijn er meer voorbeelden van overheidsfalen te vinden. Een belangrijk voorbeeld is hoofdstuk 4b van de Mededingingswet dat overheden en overheidsbedrijven gaat. Het kernartikel van dit hoofdstuk stelt dat een overheidsinstantie alleen op een markt actief mag zijn als deze zich niet als een gewoon bedrijf gedraagt: zo’n instantie mag niet voldoen aan $P = MK$ (prijs = marginale kosten), maar moet de integrale kosten bereke-

nen. Het hoofdstuk is in de Mw opgenomen na een krachtige lobby van het bedrijfsleven, en dit verklaart de bepaling: het doel van hoofdstuk 4b is niet de bescherming van de concurrentie (of de consumentenwelvaart), maar de bescherming van de concurrenten (Van Damme, 2003). De besluiten over ‘oneerlijke concurrentie’ die tot nu toe in dit kader genomen zijn, laten duidelijk zien dat dit hoofdstuk niet in het algemeen belang is, maar private marktpartijen bevoordeelt. Zo is het bijvoorbeeld aan een gemeente die de binnenstad aantrekkelijk wil houden verboden om lage parkeertarieven te hanteren, omdat zo de winst van Q-Park verlaagd wordt (ACM, 2017). Ook hier heeft de overheid zich voor de kar van het bedrijfsleven laten spannen.

Een ander voorbeeld is de Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven (Tweede Kamer, 2019). Het wetsvoorstel voorziet in een procedure om, op verzoek van particuliere partijen, een duurzaamheidsinitiatief in een ministeriële regeling neer te leggen, en dus algemeen verbindend te verklaren – het biedt zo een mogelijkheid om de Mededingingswet te omzeilen en kartels te legaliseren. De Raad van State was uiterst kritisch omdat het wetsvoorstel het primaat van de wetgever aantast, en in “vergaande mate de vrijheid van de wetgever om te komen tot een integrale belangenafweging [beperkt]”. De Raad spreekt over “regelgeving op verzoek”, en hij adviseerde dan ook om het voorstel niet aan de Tweede Kamer te zenden. De minister legde dit advies echter naast zich neer.

Natuurlijk is overheidsfalen geen exclusief Nederlandse aangelegenheid. Overheidsfalen dreigt bijvoorbeeld ook bij het Europese industriebeleid. Door grote bedrijven wordt er gelobbyd voor een krachtiger, ruimhartiger en meer beschermend industriebeleid, waarbij het mededingingsbeleid soepeler en meer ten dienste van de industrie zou moeten zijn. De *Friends of Industry*, een informeel overleg van de meeste EU-landen, waaronder Nederland, hebben zich achter dit pleidooi geschaard. Op zich is er niets mis met industriebeleid, bijvoorbeeld in de vorm van het stimuleren van (groene) innovaties door middel van subsidies. Maar het idee dat een toegeeflijker mededingingsbeleid goed industriebeleid zou zijn, is een misvatting. Concurrentie stimuleert innovatie en productiviteit, en kan de effectiviteit van het industriebeleid

verhogen (Aghion et al., 2015). Het is hoopgevend dat een tental Europese mededingingsautoriteiten zich expliciet uitgesproken hebben tegen de, door een milder fusiebeleid gecreëerde, *European Champions* (ACM, 2018; Konkurrentenverket, 2019), maar het is zorgelijk dat vrijwel alleen de Scandinavische landen zich niet bij de *Friends of Industry* hebben aangesloten.

De vraag is hoe een dergelijk overheidsfalen zo veel mogelijk te voorkomen is. Een overheid is niet monolithisch; naast de wetgevende macht, de uitvoerende macht en de rechterlijke macht, zijn er de onafhankelijke toezichthouders. Op het terrein van mededinging maken toezichthouders en rechters fouten, doordat ze feiten of wetten verkeerd interpreteren, of te lang vasthouden aan verouderde interpretaties. Dit is onvermijdelijk. Fouten bij deze instanties (verkeerde analyse of verkeerde afwegingen) komen altijd onder het vergrootglas van de experts. Bij een beperkte missie van een instantie is het relatief eenvoudig om fouten te ontdekken en toe te wijzen, zodat ze minder vaak voor zullen komen. Bijgevolg is er voor een mededingingsautoriteit een beperkte missie ('behartiging van het mededingingsbelang') gewenst. Dit impliceert tevens dat overheidsfalen het vaakst in het parlement zal voorkomen. Daar zijn de meest ingewikkelde kwesties en meest complexe afwegingen aan de orde – die dan gemaakt moeten worden door politici met een korte planningshorizon en weinig baanzekerheid. Omdat zij het meest vatbaar zijn voor lobby's, mogen zij slechts weinig invloed hebben op individuele beslissingen.

CONCLUSIE

Ik zal nu het bovenstaande in acht punten samenvatten:

1. Concurrentie is een publiek belang.
2. Een mededingingswet heeft als doel om de concurrentie te beschermen. De Nederlandse wet beschermt concurrentie echter onvoldoende. Dankzij het Europese Hof, dat het belang van concurrentie als systeem en proces benadrukt, biedt de Europese wet een betere bescherming. Als gevolg van modernisering en economisering dreigt ook in Europa concurrentie minder beschermd te worden.
3. Bescherming van de concurrentie is niet hetzelfde als

- bescherming van de consumentenwelvaart of bescherming van de concurrenten. Economische theorievorming rond het begrip 'bescherming van de concurrentie' is gewenst.
4. Concurrentie heeft voordelen op zowel de korte termijn – zoals efficiëntie en consumentenwelzijn – als op de lange termijn, resulterend uit het feit dat concurrentie innovatie stimuleert. De langetermijnvoordelen zijn minder goed meetbaar, maar minstens zo belangrijk.
 5. Negatieve effecten voor de mededinging moeten niet verward worden met negatieve effecten voor gebruikers. In de praktijk worden deze begrippen wel gelijkgesteld. Dit leidt tot te weinig bescherming voor concurrentie en te veel onwenselijke vormen van samenwerking.
 6. Het niet langer gelijkstellen van 'nadelen voor de mededinging' aan 'nadelen voor de gebruikers' heeft ook als voordeel dat in artikel 6.3 Mw. het begrip 'een billijk aandeel voor gebruikers' anders (en beter) ingevuld kan worden. In situaties waarin de overheid faalt en negatieve externaliteiten onvoldoende corrigeert, en een afspraak tussen producenten deze externaliteiten reduceert, is het zinvol dit begrip in te vullen zoals ACM (2020a) onlangs heeft voorgesteld.
 7. Concurrentie kan een bijdrage leveren aan de borging van andere publieke of algemene belangen, zoals duurzaamheid en een bedrijfsleven met grote concurrentiekracht. Mededinging en duurzaamheid staan niet met elkaar op gespannen voet.
 8. De overheid is vatbaar voor belangengroepen. Om overheidsfalen zo veel mogelijk tegen te gaan, moeten er betere institutionele waarborgen worden ingebouwd, onder andere bij artikel 47 Mw. Politieke inmenging in mededingingszaken moet aan striktere regels worden gebonden.

LITERATUUR

- ACM (2017) *Parkeertarieven Veenendaal*. Autoriteit Consument & Markt, Besluit zaaknummer ACM/16/012014, 20 oktober.
- ACM (2018) *Letter from national competition authorities on the Siemens–Alstom merger*. Autoriteit Consument & Markt, Correspondence, 21 december.
- ACM (2020a) *Leidraad: Duurzaamheidsafspraken*. Autoriteit Consument & Markt, Concept, 9 juli.
- ACM (2020b) *Welzijn kip van nu en ‘Kip van Morgen’*. Autoriteit Consument & Markt, Onderzoek, 1 september.
- Aghion, P., J. Cai, M. Dewatripont et al. (2015) Industrial policy and competition. *American Economic Journal: Macroeconomics*, 7(4), 1–32.
- Bolton, P. en J. Farrell (1990) Decentralization, duplication, and delay. *Journal of Political Economy*, 98(4), 803–826.
- Budzinski, O. en A. Stöhr (2019) *Public interest considerations in European merger control regimes*. Ilmenau Economics Discussion Paper, 25(130). Technische Universität Ilmenau, Institut für Volkswirtschaftslehre. Te vinden op www.econstor.eu.
- Damme, E. van (2003) Het wetsvoorstel markt en overheid: een economisch perspectief. In: H. de Ru, J. Peters en J. Sylvester (red.), *De Wet Markt en Overheid: beschouwingen over een omstreten wetsvoorstel*. Den Haag: Sdu.
- Damme, E. van (2019) De overname van Sandd door PostNL. *Markt & Mededinging*, 2019(5), 160–174.
- Damme, E. van (2020) Concentratie postsector is niet in het algemeen belang. *ESB*, 105(4783), 130–133.
- Damme, E. van, en M.P. Schinkel (red.) (2009) *Preadviezen marktwerking en publieke belangen*. Amsterdam: Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde.
- Duitsland en Frankrijk (2019) *A Franco-German manifesto for a European industrial policy fit for the 21st century*, februari. Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Ministère de l'Économie et des Finances. Te vinden op www.bmw.de.
- EGKS (1951) *Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal*. Te vinden op eur-lex.europa.eu.
- Europese Commissie (2000) *Richtsnoeren inzake verticale beperkingen*. Publicatieblad C 291, 13 oktober, p. 1–44, alinea 7. Te vinden op eur-lex.europa.eu.
- Europese Commissie (2003) *Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag*. Te vinden op eur-lex.europa.eu.
- Europese Commissie (2004a) *Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen*. Te vinden op eur-lex.europa.eu.
- Europese Commissie (2004b) *Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen*. Publicatieblad C 031, 5 februari. 52004XC0205(02). Te vinden op eur-lex.europa.eu.
- Europese Commissie (2004c) *Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag*. Publicatieblad C 101/97, 27 april. Te vinden op eur-lex.europa.eu.
- Europese Commissie (2019) *Mission letter to Margrethe Vestager*. Te vinden op ec.europa.eu.
- Europese Commissie (2020) *Impact assessment for a possible new competition tool*. Public consultation, te vinden op ec.europa.eu.
- Europese Hof (2009) *Arrest van het Hof in Zaak C-8/08 (T-Mobile), alinea 32*, ECLI:EU:C:2009:343. Te vinden op eur-lex.europa.eu.
- Europese Raad (2019) *Een nieuwe strategische agenda; 2019–2024*, 20 juni. Te vinden op consilium.europa.eu.
- First, H. en E.M. Fox (2015) Philadelphia National Bank, globalization, and the public interest. *Anti-*

trust Law Journal, 80(2), 307–351. Tekst te vinden op awaz2016.concurrences.com.

Europese Unie (2012a) *Verdrag betreffende de Europese Unie*. Publicatieblad C 326, 26 oktober. Te vinden op eur-lex.europa.eu.

Europese Unie (2012b) *Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie*. Publicatieblad C 326, 26 oktober. Te vinden op eur-lex.europa.eu.

Friends of Industry (2018) *6th Ministerial Conference – Friends of Industry: joint statement*. Persbericht te vinden op www.gouvernement.fr.

Gual, J., M. Hellwig, A. Perrot et al. (2005) *Report by the EAGCP: an economic approach to Article 82*, juli. Te vinden op ec.europa.eu.

Hayek, F.A. (1948) The meaning of competition. In: F.A. Hayek, *Individualism and economic order*. Chicago: University of Chicago Press, hoofdstuk 5.

Kaplow, L. en C. Shapiro (2007) Antitrust. In: A.M. Polinsky en S. Shavell (red.), *Handbook of law and economics*, deel 2. Amsterdam: Elsevier, hoofdstuk 15.

Knibbeler, W. en P. Kreijger (2020) De dag die je wist dat zou komen: kanttekeningen bij PostNL/Sandd. *Markt & Mededinging*, 2020(3), 105–117.

Konkurrensverket (2019) *The Nordic Competition Authorities support a strict merger control regime*, 26 juni.

Te vinden op www.konkurrensverket.se.

Kovacic, W. en C. Shapiro (2000) Antitrust policy: a century of economic and legal thinking. *The Journal of Economic Perspectives*, 14(1), 43–60.

Loozen, E. (2020) PostNL/Sandd toont noodzaak opschoning Mededingingswet. *ESB*, 105(4783), 134–136.

Loozen, E. en M.P. Schinkel (2020) Achterdeurtje Mededingingswet geeft lobbyisten de ruimte. *Het Financieele Dagblad*, 24 juni.

Marshall, A. (1920) *Principles of economics*, 8e editie. Londen: Macmillan.

Naidu, S., E.A. Posner en G. Weyl (2018) Antitrust remedies for labor market power. *Harvard Law Review*, 132, 536–601. Artikel te vinden op chicagounbound.uchicago.edu.

Olson, M. (1965) *The logic of collective action: public goods and the theory of groups*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Rechtbank Rotterdam (2020) *Uitspraak in de zaak PostNL/Sandd*, 11 juni. ECLI:NL:RBROT:2020:5122, 11 juni 2020. Te vinden op uitspraken.rechtspraak.nl.

Schinkel, M.P. en L. Treuren (2020) Beter geen mededingingsbeperkingen voor duurzaamheid. In: M. Haan en M.P. Schinkel (red.), *Preadvies mededingingsbeleid*. Amsterdam: Koninklijke Vereniging voor

de Staathuishoudkunde.

Schinkel, M.P., S. Onderstal, B. Tieben en C. Behrens (2019) *ACM toont de kleren van Mona Keijzer in postfusie*. *ESB Blog*, 2 oktober.

Smith, A. (1776) *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. New York: Modern Library.

Tweede Kamer (1996) *Nieuwe regels omtrent de economische mededinging (Mededingingswet)*; *Memorie van toelichting*. Kamerstuk 24707(3).

Tweede Kamer (2001) *Borging van publieke belangen: kabinetsstandpunt inzake het door de WRR aangeboden rapport ‘Het borgen van publiek belang’*. Kamerstuk 27771(1).

Tweede Kamer (2019) *Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven*. Kamerstuk 35247, juli.

Williamson, O.E. (1968) Economies as an antitrust defense: the welfare tradeoffs. *The American Economic Review*, 58(1), 18–36.

WVS (2020) *World Values Survey*. Te vinden op www.worldvaluessurvey.org.

WRR (2000) *Het borgen van publiek belang*. WRR-rapport, 56.

Zanden, J.L. van, en M. Prak (2013) *Nederland en het poldermodel: sociaal-economische geschiedenis van Nederland, 1000–2000*. Amsterdam: Bert Bakker.



Inzichten voor bruikbare economie

Het Economisch Bureau van de ACM biedt economische ondersteuning in zaken op het gebied van mededinging, regulering en consumentenbescherming en speelt een *checks-and-balances*-rol bij de besluitvorming. Hiervoor is vooral ‘bruikbare economie’ nodig: breed geaccepteerde, onomstreden en bij voorkeur empirisch onderbouwde economische mainstream-inzichten. Vanuit dit perspectief worden de verschillende Preadviezen in deze bundel besproken.

**THEON VAN
DIJK**
Chief Economist van
de ACM

IN HET KORT

- ▶ De preadviezen schetsen ontwikkelingen in de volle breedte van het mededingingsbeleid.
- ▶ De mededingingspraktijk heeft behoefte aan bruikbare economie.
- ▶ Een betere wisselwerking tussen academische en bruikbare economie is mogelijk en wenselijk.

Bij de oprichting in 2006 van het Economisch Bureau van de toenmalige Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa, inmiddels de Autoriteit Consument & Markt) schreef NMa-voorzitter Kalbfleisch: “Goede economie is één ding, bruikbare economie is een tweede en minstens zo belangrijk. Bruikbare economie moet goed zijn en iets extra’s bieden. De juridische context en consequenties stellen extra eisen aan de economische analyse bij de NMa.” (Van Bergeijk en Verkoulen, 2006,

p. 16). En na de lat zo hoog te leggen, voegt hij daar nogal ontnuchterende randvoorwaarden aan toe: “Een Economisch Bureau mag niet leiden tot luchtfietserij, het oprekken van doorlooptijden of ‘competentie-deemstering” (p. 21). Dat ‘goede economie’ niet vanzelfsprekend ‘bruikbare economie’ is, is een rake observatie die wel eens wordt vergeten door academische economen. Maar met wat luchtfietserij op zijn tijd, in de vorm van zelf academisch onderzoek doen, kan het Economisch Bureau van de ACM zijn rol juist beter vervullen.

DE ROL VAN HET ECONOMISCH BUREAU

Wat is die rol eigenlijk? Röller en Buigues (2006) geven een beschrijving van de taken van het *Chief Competition Economist Team* bij DG Mededinging van de Europese Commissie. Dat mandaat omvat twee functies die ook voor het Economisch Bureau van de ACM van toepassing zijn: economische ondersteuning en *checks-and-balances*.

De economische ondersteuning voor de rest van de ACM bestaat onder andere uit het sparren met teams over

*Met dank aan
Martijn Snoep
en Annemieke
Tuinstra voor hun
opmerkingen bij
een eerdere versie
van deze bijdrage.
De beschouwingen
in dit preadvies
zijn persoonlijk en
niet noodzakelijk
die van de ACM.*

economische schadehypothese, het uitvoeren van theoretische en empirische analyses, het begeleiden van externe onderzoeken, het beoordelen van rapporten van economische experts die door partijen worden ingebracht, het economisch onderbouwen van richtinggevende publicaties zoals leidraden, en het uitvoeren van marktstudies en verkenningen. Dit zijn vormen van directe ondersteuning. Meer indirecte ondersteuning vindt plaats via het verzorgen van interne opleidingen bij de ACM Academie, het helpen organiseren van economenlunches, het onderhouden van contacten met de academische wereld, tot aan het zelf uitvoeren van academisch onderzoek (met alle respect: ‘de luchtfietsen’).

Deze rol spelen de tien economen van het Economisch Bureau in alle toepassingsgebieden van de ACM, en in gespecialiseerde aanvulling op het werk van de andere ruwweg honderd economen die bij de ACM werkzaam zijn. Dit team is gebouwd en heeft zijn plek binnen de ACM verworven onder leiding van de vorige Chief economist Jarig van Sinderen.

Naast economische ondersteuning vervult het Economisch Bureau ook een *checks-and-balances*-rol. Deze bestaat onder andere uit het gevraagd en ongevraagd geven van advies aan het bestuur. De Chief economist woont alle bestuursvergaderingen bij als ‘economisch geweten’ van de ACM. Daarnaast geeft het Economisch Bureau ook advies aan toezichtdirecties, en voert het reviews uit van conceptrapporten, conceptbesluiten en andere conceptpublicaties.

VAN ‘GOEDE’ NAAR ‘BRUIKBARE’ ECONOMIE

Er zijn verschillende manieren om het onderscheid te maken tussen goede economie en bruikbare economie. Hier bedoel ik met ‘goede economie’ de economische inzichten zoals die in academische artikelen in *peer-reviewed* internationale tijdschriften zijn gepubliceerd. Economie die voor de ACM bruikbaar is, houdt daarnaast rekening met de beleidsagenda van de ACM, de praktische toepassing, de juridische context, wat ook consequenties heeft in termen van bijvoorbeeld robuustheid en de uitlegbaarheid aan niet-economen, en van de maatschappelijke context.

Met dit onderscheid in gedachten is het zinvol om enige eigenschappen van een goede economie en een bruikbare economie op een rij te zetten. Hieruit blijkt dat er obstakels kunnen zijn om van een goede naar een bruikbare economie te komen. Ten eerste verschillen de eisen aan academisch economisch onderzoek van de eisen aan in ACM-zaken toepasbare economische inzichten. Ten tweede kan er een mismatch zijn tussen enerzijds onderwerpen die op de internationale academische agenda staan, en anderzijds onderwerpen die voor de Nederlandse praktijk belangrijk zijn.

Academisch onderzoek is gericht op vernieuwing en het verleggen van de grenzen van de wetenschap. Hierbij kan er sprake zijn van een *publication bias* omdat, overdreven gesteld, academici een prikkel hebben om resultaten te benadrukken die niet-intuïtief zijn (Andrews en Kasy, 2019). Die worden namelijk eerder geaccepteerd voor publicatie in academische tijdschriften dan weinig verrassende, negatieve of onduidelijke resultaten. En publicatiesucces bepaalt academische carrières en het aanzien onder academici.

Bij bruikbare economie daarentegen gaat het veel meer om robuustheid en breed geaccepteerde inzichten. Uitzonderingen daargelaten wordt er voor de meeste ACM-zaken vaker uit ‘leerboeken-economie’ geput. Beproefde beginselen van de kostenleer, prijstheorie en het consumentengedrag zijn voor veel ACM-zaken belangrijker dan de meest recente academische inzichten op basis van specifieke modellen. Het bruikbaarst zijn de breed geaccepteerde, onomstreden en bij voorkeur empirisch onderbouwde mainstream-inzichten op economisch gebied. Ten slotte is het van belang dat economische bevindingen weliswaar technisch kunnen zijn, maar dat ze op een voor niet-economen begrijpelijke manier worden uitgelegd.

Een ander verschil is dat de academische economische onderzoeksagenda internationaal wordt bepaald. Deels heeft dit opnieuw te maken met de publicatiedruk in de academische wereld. De meeste economische toptijdschriften zijn Amerikaans of Brits – niet Nederlands dus. Hierdoor krijgen internationale problemen of hot topics die elders hun oorsprong vinden meer aandacht, ook vanuit Nederland. De behoefte aan en wens voor bruikbare economie bij de ACM wordt daar

entegen nationaal bepaald. Sommige problemen zijn specifiek voor Nederland, en analyses dienen rekening te houden met die specifieke Nederlandse omstandigheden. Natuurlijk is er niet altijd een tegenstelling – internationale marktproblemen doen zich ook in Nederland voor, en internationale inzichten zijn ook toepasbaar op Nederlandse problemen.

ACM-WERK EN DE PREADVIEZEN

Door hun aard vormen de preadviezen op zich al een vertaling van academische inzichten naar de lessen voor de praktijk van het Nederlandse mededingingsbeleid. Dit betekent dat een deel van de hierboven geschatte coördinatieproblemen, tussen de academische economie en de in het mededingingsbeleid toepasbare economie, zich in deze preadviezen niet voordoen (bij drie preadviezen zijn medewerkers van het Economisch Bureau of andere ACM-onderdelen betrokken). En hoewel de meeste onderwerpen voor de Nederlandse context relevant zijn, blijven er genoeg onderwerpen over om nóg een serie preadviezen aan te wijden, zoals bijvoorbeeld regulering en energietransitie, economische schadehypothese in consumentenbescherming, de toekomst van telecomregulering en de optimale mix van handhavinginstrumenten. Hierna zal ik de preadviezen kort bespreken met speciale aandacht voor de recente ACM-mededingingspraktijk.

Bijzondere kartelzorgen

Het eerste preadvies schetst de verschillende typen risico's van prijsalgoritmes en *machine learning* voor de mededinging. Sommige algoritmes, zoals zelflerende prijsbepalingsalgoritmes die zonder expliciete instructies in de code leiden tot prijskartels, zijn vooral academische exercities waarvan de praktische relevantie voorlopig gering lijkt. Maar bijvoorbeeld prijsalgoritmes die gepersonaliseerde prijzen vaststellen (met andere woorden: perfecte prijsdiscriminatie, waarvan lang werd gedacht dat het slechts een theoretisch ijkpunt was), of die helpen om prijsafspraken te implementeren en te monitoren, worden al gebruikt. De ACM komt ze onder andere tegen in *resale-price-maintenance*-zaken en bij de beoordeling van concentraties tussen partijen met online-activiteiten.

Modern machtsmisbruik

In het preadvies over dominante platformen lijkt er een tegenstrijdigheid in de aanbevelingen te zitten. Enerzijds wordt er geadviseerd om te verschuiven van ex post toezicht naar ex ante regulering (en daar heeft de ACM zich overigens ook al hard voor gemaakt (ACM, 2020a)), maar anderzijds wordt vastgesteld dat er, ook academisch, relatief weinig bekend is over de theoretische en empirische effecten van verschillende gedragingen van platformbedrijven. Een andere manier om ex ante problemen te voorkomen bij platformen is via de voorwaarden bij fusies: de ACM heeft recent, bij de oprichting van een joint venture tussen vervoerders GVB, HTM, NS en RET om een *Mobility as a Service*-platform te realiseren, toegang tot het platform gewaarborgd voor derde partijen (ACM, 2020b). Vergelijkbare toegangsverplichtingen werden gehanteerd bij de voorwaardelijke goedkeuringen van de joint venture tussen Pon en NS, en van de overname van Iddink door Sanoma (ACM, 2020c; 2019).

In het andere preadvies met betrekking tot modern machtsmisbruik worden er oplossingen voorgesteld om *killer acquisitions* van kleine opkomende ondernemingen door dominante zittende ondernemingen, die erop gericht zijn om mogelijke toekomstige concurrentie, die voortkomt uit innovatie uit te schakelen, te kunnen blokkeren. Dit overname-motief kan een rol spelen in innovatieve sectoren als de farmaceutische, chemische, digitale en medische-instrumentensector. Alleen omzetrempels verlagen om dergelijke overnames op de radar te krijgen, lijkt geen oplossing voor de intrinsiek onzekere beoordeling van de toekomstige concurrentiedruk van producten die zich vroeg in de onderzoek- en ontwikkelingsfase bevinden. Daarom raadt het preadvies aan om bij de beoordeling van concentraties ook naar innovatiemarkten te kijken – bijvoorbeeld aan de hand van octrooi-analyses. (Het gebruik van innovatiemarkten bij concentratiebeoordeling is overigens een praktijk die in de Verenigde Staten een voorgeschiedenis heeft en discussies heeft uitgelokt, zie Rapp (1995)). Dit gebeurde bijvoorbeeld in de chemische sector bij de beoordeling van de Dow/DuPont-fusie door de Europese Commissie, waarbij er naast de pijplijnproducten ook de octrooiopposities van partijen werden geana-

lyseerd, die van belang zijn in de fase voorafgaande aan de pijlpijnproducten (Europese Commissie, 2017). Wat betreft het andere advies – het meenemen van de overnameprijs – kan een hoge overnameprijs inderdaad wijzen op een killer acquisition, maar ook op grote efficiëntievoordelen als gevolg van de overname. Om dat onderscheid te kunnen maken, is er toch weer een traditionelere mededingingsanalyse nodig.

Interessante sectoren

De geselecteerde sectoren van zorg en banken zijn om verschillende redenen bijzonder. De zorgsector in Nederland is in mijn ogen een voorbeeld waarbij academisch onderzoek zijn weg weet te vinden in de praktijk. De herziening van het zorgstelsel in Nederland in 2006, in combinatie met uitzonderlijk veel vormen van marktfalen en de maatschappelijke gevolgen daarvan, maken de Nederlandse zorgsector tot een voedingsbodem voor academisch onderzoek met praktische relevantie. De ACM doet bijvoorbeeld haar voordeel met nieuwe methodes waarmee ziekenhuisfusies kunnen worden beoordeeld.

Zoals geschetst in het preadvies over de bankensector staat deze sector aan de vooravond van drastische technologische ontwikkelingen. Deze bieden vele kansen voor verbeteringen op het gebied van mededinging en consumentengemak, omdat traditionele banken hierbij door digitale platformen worden uitgedaagd die meer gewend zijn om te denken vanuit het consumentengedrag. Tegelijkertijd ontstaan er ook risico's op het gebied van mededinging, bijvoorbeeld risico's van mededingingsbeperkende uitsluiting als banken rekeninggegevens niet delen of als platformen aan banken selectief toegang bieden. Onlangs heeft de ACM een studie uitgevoerd voor het Ministerie van Financiën naar de opkomst van bigtech-bedrijven in betaaldiensten, en hierbij de kansen en risico's vastgesteld (ACM, 2020d).

Nieuwe methoden en technieken

De groep preadviezen over nieuwe methoden en technieken zijn bij mij favoriet. Deze preadviezen beschrijven de gereedschapskist die ten dienste staat van mededingingsautoriteiten, en het nieuwe en verbeterde gereedschap dat vanuit de academische wereld wordt aangereikt. Op dit gebied is het

riscio van coördinatieproblemen tussen academische en toepasbare economie aanzienlijk kleiner. In beginsel worden de praktische beoordelingen beter door de ontwikkeling van methoden en technieken. Het vereist tijd en aandacht van het Economisch Bureau ACM om de ontwikkelingen te volgen en te kunnen toepassen. Verder kan het een uitdaging zijn om de nieuwe methodes en technieken begrijpelijk uit te leggen aan niet-economen, maar dit is zeker niet ondoenlijk. Naast nieuwe methoden en technieken op het gebied van empirische analyses vormen de nieuwe inzichten in theoretische concepten belangrijke en in de praktijk vaak toegepaste middelen. De aard van de concurrentie in biedmarkten, de effecten van zoek- en overstapkosten op de mededinging, en de rol van prijzen in nieuwe marktomstandigheden (zoals in tweezijdige markten) die in deze groep preadviezen worden beschreven, zijn allemaal haast dagelijks relevant in de beoordelingspraktijk van de ACM.

Alternatieve welvaartsstandaarden en politisering

Alternatieve welvaartsstandaarden en politisering is het interessante gebied van de maatschappelijke context waarin het mededingingsbeleid wordt uitgevoerd. Kan en moet zulk mededingingsbeleid rekening houden met maatschappelijke discussies en andere publieke belangen dan alleen het publieke belang van mededinging, en de daaraan gerelateerde belangen zoals betaalbaarheid, kwaliteit, variëteit en innovaties? Een voorbeeld waarbij andere publieke belangen een rol spelen is de onlangs door de ACM uitgegeven *concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken* (ACM, 2020d). Hierin wordt er een kader geschetst dat in bepaalde gevallen meer duurzaamheidsvoordelen bevat in de afweging tegen de mededingingsbepalingen als gevolg van afspraken. Het preadvies over de groene marktmacht stelt vragen bij de motieven van ondernemingen om samen te werken op het gebied van duurzaamheid, en ziet de risico's dat de Leidraad tot minimale duurzaamheidswinsten in combinatie met maximale prijsverhogingen zou kunnen leiden.

Het andere preadvies – over concurrentie, publieke belangen en de politiek – prijst dezelfde Leidraad dan weer omdat er bredere voordelen worden meegenomen. Dit laat

ste preadvies benadrukt een punt dat voor economen wellicht vanzelfsprekend is, maar in de publieke opinie en politiek Den Haag niet altijd, namelijk dat concurrentie op zichzelf als een publiek belang, dat meerdere publieke belangen in zich bergt, moet worden gezien. Concurrentie leidt tot productieve efficiëntie (geen verspilling van middelen), allocatieve efficiëntie (het dingen naar de gunst van de consument, overwinsten van bedrijven naar consumenten en betaalbaarheid en keuze voor consumenten) en stimuleert dynamische efficiëntie (differentiatie en nieuwe en verbeterde producten en processen). Concurrentie speelt zich af binnen een kader en randvoorwaarden die door de overheid worden bepaald, waarvan de Mededingingswet deel uitmaakt en waarop de ACM onder andere toeziet. Zeker, marktfalen kan tot ongewenste concurrentieuitkomsten leiden, en kan nopen tot aanpassingen van het kader waarbinnen concurrentie plaatsvindt. Maar dat is niet automatisch het geval: een expliciete afweging van marktfalen versus overheidsfalen is dan aan de orde.

TOT SLOT

Deze preadviezen schetsen de ontwikkelingen in de volle breedte van het mededingingsbeleid in Nederland. Er zijn weinig gebieden van overheidsbeleid waarbij economische inzichten zo direct op concrete zaken kunnen worden toegepast als het mededingingsbeleid. Maar juist dat brengt extra eisen met zich mee, en zorgt ervoor dat bij toepassing, meer nog dan op andere gebieden, er rekening moet worden gehouden met juridische, economisch-inhoudelijke, communicatieve en maatschappelijke randvoorwaarden.

LITERATUUR

ACM (2019) *Verlening vergunning onder voorschriften voor concentratie Sanoma Learning B.V. en Iddink Holding B.V.* Autoriteit Consument & Markt, Besluit, zaaknummer ACM/19/035555, 28 augustus.

ACM (2020a) *Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition authorities on challenges faced by competition authorities in a digital world.* Autoriteit Consument & Markt, 10 oktober.

ACM (2020b) *Goedkeuring onder voorwaarden voor de totstandkoming van een gemeenschappelijke onderneming door GVB Holding N.V., HTM Personenvervoer N.V., NS Groep N.V. en Rotterdamse Elektrische Tram N.V.* Autoriteit Consument & Markt, Besluit, zaaknummer ACM/20/039644, 23 juli.

ACM (2020c) *Goedkeuring onder voorwaarden voor de totstandkoming van een gemeenschappelijke onderneming door NS Groep N.V. en Pon Netherlands B.V.* Autoriteit Consument & Markt, Besluit, zaaknummer ACM/20/038614, 12 juni.

ACM (2020d) *Big Techs in het betalingsverkeer.* Autoriteit Consument & Markt, Studie te verschijnen in december 2020.

Andrews, I. en M. Kasy (2019) Identification of and correction for publication bias. *The American Economic Review*, 109(8), 2766–2794.

ACM (2020e) *Leidraad: Duurzaamheidsafspraken.* Autoriteit Consument & Markt, Concept, 9 juli.

Bergeijk, P.A.G. van, en M. Verkoulen (red.) (2006)

Contouren van het Economisch Bureau NMa. Den Haag: Nederlandse Mededingingsautoriteit. Boek te vinden op www.acm.nl.

Europese Commissie (2017) *Commission decision of 27.3.2017 declaring a concentration to be compatible with the internal market and the EEA Agreement (Case M.7932 – Dow/DuPont).* Te vinden op ec.europa.eu.

Rapp, R.T. (1995) The misapplication of the innovation market approach to merger analysis. *Antitrust Law Journal*, 64(1), 19–47.

Röller, L.-H. en P. Buigues (2005) *The office of the chief competition economist at the European Commission.* Paper te vinden op ec.europa.eu.

ISBN/EAN: 978-90-826379-5-3

