

# Technologie-ondernemingen in het mededingingsrecht

## Ingrijpen of niet ingrijpen door een toezichthouder, is dat de vraag?

Anna Gerbrandy en Roos Elemans \*

Kenmerk van technologiemarkten is de aanwezigheid van dominante ondernemingen, zoals Google en Facebook. Het mededingingsrecht stelt toezichthouders voor de lastige vraag of zij wel of niet moeten ingrijpen. De dominante onderneming kan de concurrentie immers beperken, maar tegelijkertijd kan door snelle ontwikkelingen de dominante positie morgen zijn ingehaald door een innovatievere concurrent.



### 1 Inleiding

Bijna iedereen zit op Facebook. Waarom? Omdat Facebook het handigste, fijnste, gemakkelijkste sociale netwerk is. Bovendien, iederéén zit op Facebook. Het heeft weinig zin om in je eentje, zonder je vrienden, op een ander netwerk te gaan zitten. Iedereen gebruikt Google. Waarom? Omdat het de meest gebruikersvriendelijke, beste resultaten opleverende zoekmachine is. En we zijn eraan gewend, dus waarom een nieuwe zoekmachine uitproberen? Beide ondernemingen zijn dominante spelers. Zowel Facebook als Google begeven zich op de technologiemarkt en zijn onderdeel van de 'nieuwe economie'.<sup>1</sup> Technologie-ondernemingen zijn ondernemingen die met hun aanbod van diensten of producten voor een belangrijk deel op technologische ontwikkelingen drijven. De markten waarop zij actief zijn hebben enkele specifieke kenmerken die ze onderscheiden van gewone *brick & mortar*-markten.<sup>2</sup> Door de specifieke kenmerken kan bijvoorbeeld snel een situatie ontstaan waarop er slechts één platform of netwerk, en dus één aanbieder, overblijft. Dat is op zich geen nieuw

fenomeen (de markt voor videobanden is een klassiek voorbeeld), maar door het groeiende belang van technologiemarkten én de snelle ontwikkelingen is het wel een fenomeen dat steeds vaker voorkomt. Door de snelle ontwikkelingen te noemen hebben we direct een ander kenmerk te pakken: de dominantie van technologie-ondernemingen kan van korte duur zijn omdat een nieuwe technologische innovatie het bestaande alweer obsoleet maakt. Gedurende de periode van dominantie van een technologie-onderneming levert die positie, en hoe daarmee om te gaan, wel een mededingingsrechtelijk dilemma op. Dat komt in de kern hier op neer: ingrijpen op de markt of niet ingrijpen op de markt? In dit artikel staan wij stil bij dat mededingingsrechtelijke dilemma. Eerst zullen we hierna ingaan op de specifieke kenmerken van de technologiemarkten (par. 2), daarna zullen we stilstaan bij het mededingingsrechtelijke kader (par. 3). In paragraaf 4 beschrijven we aan de hand van praktijkvoorbeelden hoe misbruik in technologiemarkten wordt beoordeeld. In de laatste paragraaf zullen we enkele kritiekpunten op het huidige systeem weergeven.

\* Prof. mr. A. Gerbrandy is hoogleraar mededingingsrecht aan de Universiteit Utrecht, R.M. Elemans is masterstudente in de master Recht & Onderneming van de Universiteit Utrecht.

1 In paragraaf 2 van dit artikel wordt uiteengezet wat wordt verstaan onder de 'nieuwe economie'.

2 Dit zijn de meer traditionele markten waarbij ondernemingen een winkel aan de straat hebben waarin consumenten *face to face* te woord worden gestaan.

## Gedurende de periode van dominantie van een technologie-onderneming levert die positie, en hoe daarmee om te gaan, een mededingingsrechtelijk dilemma op. Dat komt in de kern hier op neer: ingrijpen op de markt of niet ingrijpen op de markt?

### 2 Marktkenmerken

#### De 'New Economy' en haar kenmerken

In het begin van de 21e eeuw is door technologische ontwikkelingen en innovatie de *New Economy* ontstaan. De nieuwe economie omvat onder andere hightechindustrieën zoals de informatie- en communicatietechnologie-industrie (ICT-industrie) waar computersoftware (zoals besturingssystemen en applicaties), hardware (zoals microprocessors en computers), *internet-based businesses* (*portals* en *content providers*) en aanverwante technologieën zoals draadloze communicatie onder vallen.<sup>3</sup> Hoewel sommige verschillen met *brick & mortar*-markten gradueel zijn, is er een aantal kenmerken dat deze technologie-markten onderscheidt van 'gewone' markten. Ten eerste kenmerken de technologie-markten zich door snelle technologische veranderingen. Deze veranderingen leiden tot aanpassing van marktgedrag, doordat geheel nieuwe markten worden gecreëerd, waarbij de oude markt geheel of gedeeltelijk verdwijnt, of omdat de bestaande markten een transformatie ondergaan.<sup>4</sup> Deze constante technologische vernieuwingen leveren zeer dynamische markten op: computers, telefoons, maar ook internet-gebaseerde dienstverlening zijn hier duidelijke voorbeelden van.

Vanwege de snelle ontwikkelingen is een ander kenmerk het grote belang van innovatie voor bestaande technologie-ondernemingen. In hightechindustrieën wordt veel geld vrijgemaakt voor *research and development*, ook om zo nieuwe intellectuele-eigendomsrechten te creëren ter bescherming van de investeringen.<sup>5</sup> De rol van intellectuele-eigendomsrechten in deze markten is daardoor bijzonder groot en dat heeft gevolgen voor de wijze van concurreren: de focus kan dan meer liggen op productontwikkeling en innovatie die interessant is voor de consument, dan op het vaststellen van een laag prijsniveau voor de consument.<sup>6</sup>

Een derde kenmerk is het ontstaan van netwerkeffecten in deze industrieën. Met netwerkeffecten wordt bedoeld dat de waarde van het product voor een specifieke gebruiker afhankelijk is van hoeveel andere gebruikers er zijn.<sup>7</sup> Consumenten zullen zich eerder aansluiten bij een netwerk dat veel gebruikers heeft om mee te kunnen communiceren en dat biedt een duidelijk concurrentievoordeel. Bijgevolg wordt de markt beheerst door één dominante onderneming en ontstaat al gauw een positie van dominantie. De concurrentie bestaat in deze situaties derhalve *om* de markt en niet *op* de markt. Dergelijke concurrentie wordt ook wel systeemconcurrentie genoemd: hevige concurrentie in dynamische zin.<sup>8</sup> Wil een concurrent de markt succesvol betreden, dan kan het nodig zijn om compatibiliteit (of interoperabiliteit) te verkrijgen. Maar dat is niet in het belang van de dominante speler.

### Hoewel sommige verschillen met *brick & mortar*-markten gradueel zijn, is er een aantal kenmerken dat deze technologie-markten onderscheidt van 'gewone' markten

Naast netwerkeffecten worden veel hightech-markten gekenmerkt door systeemeffecten. Dat betekent dat producten afhankelijk zijn van een ander, complementair, product en de kwaliteit daarvan. Aan een computer zal je niet veel hebben zonder een goed besturingssysteem en een besturingssysteem zal minder goed lijken op een trage computer. Een gevolg hiervan is dat ondernemingen die complementaire producten maken samenwerken om een goede kwaliteit te kunnen bieden en hun producten gebundeld aanbieden, bijvoorbeeld Google en Samsung.<sup>9</sup>

Een laatste noemenswaardig kenmerk van deze industrieën is (vaak) het bestaan van hoge vaste kosten in combinatie met lage marginale kosten. De hoge vaste kosten ontstaan door de noodzakelijke investeringen in *research and development*. De marginale kosten zijn laag omdat het herproduceren – kopiëren – van een dergelijk softwareprogramma heel weinig kosten met zich brengt. Daarnaast is een onbeperkte productiecapaciteit mogelijk, gezien het geringe aantal noodzakelijke middelen voor bijvoorbeeld de productie van een softwareprogramma.<sup>10</sup>

3 R.C. Lind & P. Muysert, 'Innovation and competition policy: challenges for the new millennium', *European Competition Law Review* 2003, p. 1.

4 C. Graham, *Introduction in Competition, Regulation and New Economy*, Oxford: Hart Publishing 2004, p. 2. Het creëren van nieuwe markten wordt ook wel 'disruptieve innovatie' genoemd, zie 'C.M. Christensen, *The Innovator's Dilemma*, Boston MA: Harvard Business School Press 1997.

5 Graham 2004, p. 3.

6 Lind & Muysert 2003, p. 1 en Graham 2004, p. 3.

7 C. Shapiro & H. Varian, *Information Rules: A strategic guide to the network economy*, Boston: Harvard Business School Press 1999, p. 13.

8 S. Ahn, *Competition, innovation and productivity growth: a review of theory and evidence* (OECD Economics Department Working Papers, No. 317), OECD Publishing 2002, p. 9.

9 J.A. Eisenach & I. Knaible Gotts, 'In Search of a Competition Doctrine for Information Technology Markets: Recent Antitrust Developments in the Online Sector', in: F.C. Cugia di Sant'Orsola, R. Noormohamed & D. Alves Guimaraes (red.), *Communications and Competition Law. Key Issues in the Telecoms, Media and Technology Sectors*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2014, p. 72.

10 Shapiro & Varian 1999, p. 21.



123rf.com | Sellingpix. Bewerking: Irene Poppelier © Ars Aequi

### *Een fragiel bestaan voor de dominante technologie-onderneming*

De specifieke kenmerken van hightechindustrieën en met name de aanwezigheid van netwerkeffecten zorgen ervoor dat bepaalde ondernemingen op een markt dominant aanwezig zijn. De concurrentie op deze markten wordt ook wel het type 'the winner takes all' genoemd, met zeer winstgevende marktleiders.<sup>11</sup> De concurrentie óm de markt brengt daarom met zich dat ondernemingen in een vroeg stadium hevig zullen concurreren om zo snel mogelijk de markt voor zich te winnen.<sup>12</sup> Dit uit zich in innovaties die elkaar in hoog tempo opvolgen, sterk fluctuerende marktaandelen en ondernemingen die met elkaar verweekeld raken in Schumpeteriaanse creatieve destructie waarbij innovatie oude industrieën vernietigt en nieuwe creëert.<sup>13</sup> Door deze dynamiek op hightechmarkten kan een monopoliepositie kortstondig zijn.<sup>14</sup> De sterke positie van een onderneming kan pijlsnel verdwijnen en wat vandaag een populair product is, kan morgen volkomen ouderwets zijn doordat het wordt ingehaald door een nieuw product van bijvoorbeeld een concurrent. Een goed voorbeeld hiervan is de ontwikkeling van het marktaandeel van de Blackberry-smartphone.

Om marktleider te blijven zal een onderneming dus constant moeten innoveren.

### *De specifieke kenmerken van hightechindustrieën en met name de aanwezigheid van netwerkeffecten zorgen ervoor dat bepaalde ondernemingen op een markt dominant aanwezig zijn*

#### **3 Het Europese mededingingsrechtelijk kader**

De specifieke marktkenmerken van technologiemarkten leiden tot een dilemma voor mededingingstoezichhouders. Als een onderneming eenmaal een dominante positie heeft bereikt, kan zij die positie gebruiken om meer dan normale winsten te maken. Ook kan de dominante onderneming haar positie gebruiken om andere ondernemingen, rechtstreekse concurrenten of toeleveranciers, van de markt te weren. Winst maken is inherent aan ondernemen en is mededingingsrechtelijk niet

11 E. Brouwer, *Innovatie en Mededinging. Op zoek naar de bron van welvaart en vooruitgang*, Tilburg: TILEC 2007, p. 36.

12 Lind & Muysert 2003, p. 4.

13 D. Evans en R. Schmalensee, *Economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries* (NBER Working paper series, No. 8268), Cambridge: National Bureau of Economic Research 2001, p. 2.

14 D.H. Ginsburg & J.D. Wright, 'Dynamic Analysis and the Limits of Antitrust Institutions', *Antitrust Law Journal* 2012, afl. 1, p. 1-22.

problematisch, *tenzij* daarmee sprake is van uitbuiting van consumenten, die immers niet naar een andere aanbieder kunnen overstappen. Ook is gezonde concurrentie, en dus het bewaken van het eigen marktaandeel, mededingingsrechtelijk niet problematisch, *tenzij* daarmee de toegang voor andere ondernemingen wordt belemmerd op een wijze die nadelig is voor het concurrentieproces en, uiteindelijk, de consument. De lastige vraag is dan wanneer er sprake is van ‘normale’ bedrijfsvoering en wanneer sprake is van misbruik van een economische machtspositie. Dat laatste is niet toegestaan. Op een iets ander niveau speelt zelfs de vraag of het een op eigen kracht groot geworden onderneming wordt gegund om dan ook profijt van die positie te oogsten. Bovendien rijst de vraag of vertrouwd moet worden op het zelfreinigend vermogen van het marktmechanisme, of dat er een zeker wantrouwen is ten opzichte van dergelijke ondernemingen en meer vertrouwen bestaat in het ingrijpen door toezichthouders. Hier komen we in de laatste paragraaf op terug. In deze paragraaf schetsen we eerst het Europese mededingingsrechtelijk kader.

## De vraag rijst of vertrouwd moet worden op het zelfreinigend vermogen van het marktmechanisme, of dat er een zeker wantrouwen is ten opzichte van dergelijke ondernemingen en meer vertrouwen bestaat in het ingrijpen door toezichthouders

### *Het misbruikverbod*

Dominantie en misbruik daarvan wordt in het Europese mededingingsrecht beoordeeld aan de hand van artikel 102 uit het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (‘VWEU’). Het artikel maakt deel uit van de mededingingsrechtelijke bepalingen, waarvan het ‘kartelverbod’ van artikel 101 VWEU het belangrijke broertje is. Beide artikelen zijn gericht op het voorkomen van ‘vervalsing’ van de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt.<sup>15</sup> Kern van artikel 102 VWEU (en de vrijwel gelijkkluidende artikelen in nationale mededingingswetgeving in de EU-lidstaten, zie art. 24 Mededingingswet) is dat het verboden is voor ondernemingen met een economische machtspositie van die

positie misbruik te maken.<sup>16</sup> Een belangrijke vraag bij de toepassing van de mededingingsrechtelijke verboden is met welk doel zij worden ingezet. Waar in de toepassing van het kartelverbod enkele decennia geleden een ontwikkeling van *economisering* is ingezet, en parallel daaraan een beweging naar het centraal stellen van een zo groot mogelijke consumentenwelvaart, is diezelfde economisering altijd wat lastiger gebleven ten aanzien van artikel 102 VWEU.<sup>17</sup> Duidelijk is dit: het is in ieder geval niet zo dat *concurrenten* moeten worden beschermd, maar veeleer de concurrentiewerking zelf.<sup>18</sup> Voormalig eurocommissaris mededinging Kroes voegde daar aan toe: ‘het voorkomen van schade voor de gebruikers is het uiteindelijke doel’,<sup>19</sup> waarmee consumentenwelvaart ook een belangrijke rol is gaan spelen in de toepassing van artikel 102 VWEU. Dit doel is dan ook door de Commissie – de Europese mededingingstoezichthouder – opgenomen in haar richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten bij toepassing van artikel 82 EG-Verdrag (nu: art. 102 VWEU) op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (‘de Richtsnoeren’). De Commissie geeft hierin aan dat zij haar handhavingsbeleid zo zal inrichten ‘dat ervoor wordt gezorgd dat de markten naar behoren functioneren en de gebruikers profiteren van de doelmatigheid en productiviteit die het resultaat zijn van een daadwerkelijke mededinging tussen ondernemingen’.<sup>20</sup> Toch is consumentenwelvaart niet het enige doel van handhaving van het misbruikverbod: de richtsnoeren betreffen slechts een deel van het spectrum van mogelijke vormen van misbruikelijk gedrag – namelijk uitsluitingsmisbruik<sup>21</sup> – en bovendien betreft dit een document dat aangeeft waar de prioriteiten van de handhaver liggen, niet een document waarin de doelstelling van het mededingingsrecht kan worden bepaald. Het Hof benadrukt in ieder geval ook het belang van bescherming van de concurrentiewerking (en niet die van concurrenten).<sup>22</sup>

### *Concurreren op merites*

De verbodsbepaling ziet niet op de economische machtspositie zelf, maar slechts op het misbruik daarvan. Er moet wel sprake zijn van een dergelijke positie: daarmee wordt bedoeld een positie die een onderneming ‘in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te verhinderen en het haar mogelijk maakt zich, jegens haar concurrenten, haar

15 HvJ EG 14 februari 1978, ECLI:EU:C:1978:22 (*United Brands*), paragraaf 63.

16 In art. 102 VWEU worden (niet limitatief) voorbeelden genoemd: a) het opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden; b) het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers; c) het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties; d) het sluiten van overeenkomsten afhankelijk stellen van het aanvragen door de handelspartners van bijkomende prestaties.

17 Zie met name ook de discussie n.a.v. het arrest van het Gerecht (Zevende kamer, uitgebreid) van 12 juni 2014, ECLI:EU:T:2014:547, zaak T-286/09 (*Intel Corp*), bijv.: P. Ibáñez Colomo, ‘Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy’, *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 29/2014; N. Petit, ‘Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU’ (20 mei 2015). Beschikbaar op SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2567628>.

18 Dit kan betekenen dat concurrenten die de gebruikers minder te bieden hebben op het punt van prijs, aanbod, kwaliteit en innovatie, de markt moeten verlaten (Richtsnoeren par. 6).

19 SPEECH/05/537, 23 september 2005, beschikbaar op: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-05-537\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-537_en.htm).

20 Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten bij de toepassing van art. 82 EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, paragraaf 5.

21 Een andere vorm van misbruik is het zogenoemde uitbuitingsmisbruik, waar volgens de richtsnoeren niet de prioriteit van de Commissie ligt.

22 Onder andere in de zaak *Deutsche Telekom*, door te oordelen dat art. 102 VWEU een onderneming met een machtspositie verbiedt, tariefpraktijken toe te passen die leiden tot de uitsluiting van *even efficiënte* concurrenten. HvJ EG 14 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:603 (*Deutsche Telekom*), paragraaf 177.

afnemers, en uiteindelijk, de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen'.<sup>23</sup> Vaak wordt gekeken naar marktaandeelen van de betreffende onderneming en diens concurrenten,<sup>24</sup> maar – zoals ook de Commissie aangeeft – als er sprake is van gemakkelijke *toetreding* op de markt is er minder snel sprake van het 'voor een aanzienlijke periode in staat zijn de prijzen winstvergroten tot boven het concurrerende niveau te verhogen'. Het is een onderneming met een machtspositie toegestaan om op merites te concurreren. Het is echter niet geheel duidelijk wat onder concurreren op merites valt en wat niet. In de zaak *Hoffmann-La Roche* legt het Hof de term misbruik uit. Daarbij stelt het Hof dat gedragingen die ertoe leiden dat de marktconcurrentie met andere middelen dan bij een op basis van ondernemersprestaties berustende normale mededinging wordt tegengegaan, misbruikend zijn.<sup>25</sup> In de literatuur spreekt men van concurrentie op merites wanneer de gedraging de kosten van de dominante onderneming verlaagt of op een andere wijze de efficiëntie verhoogt, ook indien dit leidt tot het uitschakelen van concurrenten die niet in staat zijn de verhoogde performance te evenaren.<sup>26</sup> Onder concurreren op merites zal in het algemeen vallen: concurrentie op kwaliteit, prijs en design, innovatie, marketing- en verkoopsinspanningen, *pre- and after-sales*-diensten en de reputatie van een producent, product of dienst.<sup>27</sup> Als de gedraging leidt tot de uitschakeling van een concurrent zonder enige verhoging van de efficiëntie van de onderneming is het waarschijnlijker dat een dergelijke praktijk wordt beschouwd als misbruik in de zin van artikel 102 VWEU.<sup>28</sup>

## De verbodsbepaling ziet niet op de economische machtspositie zelf, maar slechts op het misbruik daarvan

### *Bijzondere verantwoordelijkheid en superdominantie*

Een onderneming met een machtspositie heeft een bijzondere verantwoordelijkheid om te voorkomen dat zij met haar gedrag inbreuk maakt op een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de markt.<sup>29</sup> Het resultaat van deze verplichting is dat bepaalde concurrerende gedragingen, zoals prijsverlagingen of het bundelen van verschillende producten, die voor niet-dominante ondernemingen volkomen rechtmatig zijn, verboden

zijn voor een dominante onderneming.<sup>30</sup> De materiële werkingssfeer van deze bijzondere verantwoordelijkheid is afhankelijk van de specifieke omstandigheden van iedere zaak, waarvan we hieronder een aantal voorbeelden zullen geven.<sup>31</sup> De bijzondere verantwoordelijkheid is al een extra verplichting, maar de vraag is of er voor 'super-dominante' ondernemingen een nóg zwaardere verantwoordelijkheid bestaat. De Commissie lijkt daartoe in de *Microsoft*-beschikking een aanzet te geven: de verantwoordelijkheid van Microsoft weegt extra zwaar gezien haar *overwhelmingly* dominante positie.<sup>32</sup> Ook het Gerecht gaat hierin mee vanwege de 'uitzonderlijke kenmerken' van de machtspositie van Microsoft, waaronder met name het marktaandeel van meer dan 90%.<sup>33</sup> Superdominantie komt bij systeemconcurrentie natuurlijk vaak voor: als immers de slag om de markt is gewonnen, is – voor korte of lange duur – vrijwel geen concurrentie aanwezig. Tegelijkertijd is het concept van superdominantie nog niet erkend door het Hof.<sup>34</sup>

## De bijzondere verantwoordelijkheid is al een extra verplichting, maar de vraag is of er voor 'super-dominante' ondernemingen een nóg zwaardere verantwoordelijkheid bestaat

### 4 Technologie-ondernemingen en het misbruikverbod

*De marktafbakening in hightechmarkten*  
Elke juridische beoordeling van misbruik van machtspositie begint met het bepalen van 'de relevante markt'. De bepaling van de markt is belangrijk om de grenzen van concurrentie tussen verschillende ondernemingen mee te onderkennen en af te bakenen.<sup>35</sup> Het biedt een kader om na te gaan of een onderneming *marktmacht* heeft of niet.<sup>36</sup> De vraag is met name van welke andere ondernemingen de onderneming-onder-discussie concurrentiedruk ondervindt. Dat wordt gezien vanuit het product (of de dienst) aangeboden door de onderneming, maar ook in geografische zin.<sup>37</sup> Methodologisch ligt de nadruk op prijsconcurrentie en is de kernvraag bij het bepalen van de markt de vraag naar substitutie aan de vraagzijde: zouden consumenten bij een

23 HvJ EG 14 februari 1978, ECLI:EU:C:1978:22 (*United Brands*), paragraaf 65.

24 Het bestaan van een machtspositie wordt bekeken aan de hand van een aantal verschillende factoren, die elk afzonderlijk niet per se beslissend hoeven te zijn: HvJ EG 14 februari 1978, ECLI:EU:C:1978:22 (*United Brands*), paragraaf 66. De Commissie houdt in haar onderzoeken ook rekening met de concurrentiestructuur van een markt, de marktpositie van bestaande concurrenten, de mogelijkheden van uitbreiding van bestaande concurrenten of toetreding van potentiële concurrenten en de sterkte van de onderhandelingspositie van de afnemers (Richtsnoeren paragraaf 12).

25 HvJ EG 13 februari 1979, ECLI:EU:C:1979:36 (*Hoffmann-La Roche*), paragraaf 91.

26 R. Whish & D. Bailey, *Competition Law*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 209.

27 B. Vesterdorf, 'Theories of self-preferencing and duty to deal – two sides of the same coin?', *Competition Law & Policy Debate*, 2015, p. 4.

28 Whish & Bailey 2015, p. 209.

29 HvJ EG 19 november 1983, ECLI:EU:C:1983:313, paragraaf 57 (*Michelin*).

30 Whish & Bailey 2015, p. 205.

31 HvJ EG 14 november 1996, ECLI:EU:C:1996:436 (*Tetra Pak*), paragraaf 24.

32 EC 24 maart 2004, COMP/C-3/37/792 (*Microsoft*), paragraaf 106.

33 GvEA 17 september 2007, ECLI:EU:T:2007:289 (*Microsoft*), paragraaf 387.

34 E. Szyszczak, 'Controlling dominance in European markets', *Fordham International Law Journal* 2011, p. 1757, en bijvoorbeeld HvJ EU 16 maart 2000, ECLI:EU:C:2000:132 (*Compagnie Maritime Belge*), paragraaf 37.

35 Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, paragraaf 2.

36 Whish & Bailey 2015, p. 43.

37 Bekendmaking paragraaf 9.

kleine, maar permanente prijsverhoging van het betreffende product overstappen naar een concurrerend product of dienst?<sup>38</sup>

## Het afbakenen van de markt kan een zeer complexe oefening zijn. In hightechindustrieën is het, vanwege de specifieke kenmerken van deze markten, vaak nóg een stuk complexer dan in traditionele markten

Het afbakenen van de markt kan een zeer complexe oefening zijn, met een ingewikkeld samenspel tussen economische theorie, feitelijke marktkenmerken, en juridische interpretatie. In hightechindustrieën is het, vanwege de specifieke kenmerken van deze markten, vaak nóg een stuk complexer dan in traditionele markten. Niet alleen moeten door de aanwezigheid van netwerkeffecten en platformconcurrentie (om het meest gebruikte platform – waar het met name gaat om ‘matchmaking’ tussen verschillende zijden van de markt – te worden) van lastige verticale verbanden bekeken worden, maar ook is het voorspellen van consumentengedrag moeilijk. Neem bijvoorbeeld de markt die aan de orde is in de zaak *AOL/Time Warner*.<sup>39</sup> De zaak betreft een fusie tussen deze twee grote technologie-ondernemingen: AOL is een grote internet-speler met vele online diensten, Time Warner een mediaconglomeraat.<sup>40</sup> Het fusiebesluit dateert van 2000 – enkele belangrijke ontwikkelingen zoals *streamingdiensten* liggen nog in het verschiet – maar de Commissie constateerde wel dat de online muziekmarkt een van andere verkoopkanalen gescheiden markt was. Met de fusie zou AOL toegang krijgen tot de enorme muziekcatalogus van Time Warner. Volgens de Commissie kan een onderneming met een zo grote muziekcatalogus aanzienlijke marktmacht uitoefenen door te weigeren licenties voor deze rechten af te geven, te dreigen met het weigeren hiervan en door hoge en discriminerende prijzen en andere oneerlijke handelsvoorwaarden te hanteren voor klanten die zulke rechten willen ontvangen.<sup>41</sup> Het Commissiebesluit riep nogal wat kritiek op, waaronder ook op de afbakening van de relevante markt. Zo zou de Commissie zich met name hebben gebaseerd op de *productkenmerken* en op die basis een aparte productmarkt voor online muziek vastgesteld hebben.<sup>42</sup> De Commissie heeft aldus nagelaten vanuit de *consument* naar de substitutie aan de vraagzijde te kijken

en aan de hand daarvan de relevante productmarkt te bepalen. Dat de online muziekmarkt en offline muziekmarkt vanuit de aanbodzijde te onderscheiden zijn, betekent immers niet dat het ook voor de consument twee aparte markten zijn.<sup>43</sup> Anders gezegd: aan de aanbodzijde is het niet zo makkelijk een online verkoopkanaal met een enorme muziekcatalogus aan te bieden en dus is er weinig concurrentiedruk. Maar vanuit de consument is het wellicht heel makkelijk om – als de online verkoop te duur is – naar niet-digitale verkoopkanalen over te stappen. Bovendien, zo luidt een ander kritisch geluid, in hightechmarkten moeten ook nieuwe technologische ontwikkelingen een rol spelen in het afbakenen van de relevante markt. Immers, het is door soms razendsnelle ontwikkelingen en toetreding van nieuwe partijen met nieuwe technologieën of diensten mogelijk dat, hoewel de fusie op dit moment tot een machtspositie kan leiden, er met in achtneming van de concurrentiedruk van die nieuwe technologieën een ander beeld ontstaat.<sup>44</sup>

Een ander punt van kritiek op het besluit van de Commissie was dat de marktbeoordeling van de Commissie wellicht te beleidsgericht was. Daarmee wordt bedoeld dat de Commissie wellicht te graag een smalle marktafbakening wilde, zodat kon worden vastgesteld dat er dominantie zou ontstaan. Dat gaf de Commissie een instrument in handen om de fusie aan nader onderzoek te onderwerpen (en haar slechts onder voorwaarden doorgang te verlenen). Hierdoor kon de Commissie de ontwikkeling van nieuwe concurrerende technologische alternatieven beschermen en voorkomen dat de opkomende markt werd afgeschermd.<sup>45</sup> Variant hierop – met name uit de Amerikaanse hoek – is ‘protectionisme’ door een Europese onderneming te beschermen tegen dreiging van Amerikaanse technologie-ondernemingen.<sup>46</sup>

### *Dominantie in hightechmarkten*

Het bestaan van een machtspositie wordt aldus beoordeeld door eerst de relevante markt te bepalen en vervolgens de dominantie van de onderneming op deze markt te beoordelen. Marktaandelen geven een goede eerste indicatie van de positie van een onderneming op een markt. Vaak worden marktaandelen vastgesteld aan de hand van de omzet van een onderneming (en haar concurrenten op de relevante markt). Voor hightechmarkten, waarin een nú sterke positie van een onderneming ook weer snel kan verdwijnen, kan het noodzakelijk zijn om andere maatstaven te hanteren.<sup>47</sup> Mede omdat er sprake is van concurrentie óm de markt in plaats van concurrentie op de markt, zullen

38 Dit is bekend als de SSNIP-test: ‘small, but significant, non-transitory increase in price’.

39 EC 11 oktober 2000, COMP/M.1845 (*AOL/Time Warner*), paragraaf 26.

40 In dit artikel staat weliswaar het misbruikverbod centraal, maar toch maken we dit uitstapje naar het concentratietoezicht. Ook in het concentratietoezicht dient allereerst de vraag naar concurrentiedruk, en dus afbakening van de relevant markt, te worden beantwoord. De methode die daarvoor wordt gebruikt is dezelfde als bij het misbruikverbod.

41 EC 11 oktober 2000, COMP/M.1845 (*AOL/Time Warner*), paragraaf 47.

42 G. Monti, ‘Article 82 EC and New Economy markets’, in: *Competition, Regulation and the New Economy*, Oxford: Hart Publishing 2004, p. 26.

43 Monti 2004, p. 26.

44 Lees wat er in 2001 werd voorspeld: ‘Many experts believe that cable modems will be the dominant method of Internet access in the future. Currently, consumers primarily access the Internet through dial-up phone modems. Cable modems offer the advantage of being able to transmit data at rates one hundred times faster than phone modems’, stelde James M. Turner in ‘Mega Merger, Mega Problems: A Critique of the European Community’s Commission’s Review of the AOL/Time Warner Merger’, *American University International Law Review*, 2001, p. 133-188, op p. 165 (verwijzingen weggelaten). De kritiek van Turner is te vinden op p. 172.

45 Monti 2004, p. 27.

46 Turner 2001, p. 133-188.

47 R. Schmalensee, ‘Antitrust Issues in Schumpeterian Industries’, *American Economic Review* 2000, p. 194.

marktaandelen een minder relevante indicatie voor het bestaan van een machtspositie zijn. In algemene zin zijn ook toetredingsbarrières belangrijk bij het bepalen van de positie op de markt.<sup>48</sup> Indien toetreding waarschijnlijk, tijdig en in voldoende mate plaatsvindt, kan een onderneming er immers van worden afgeschrikt om de prijzen te verhogen.<sup>49</sup> De aandacht voor toetredingsdrempels is in technologiemarkten des te relevanter als marktaandelen dat minder zijn. Toetredingsdrempels kunnen verschillende vormen aannemen. Voor hightechmarkten zijn met name van belang: netwerkeffecten (zie hiervoor), *switching costs* (de kosten, en ook de moeite, die een overstap van de ene naar de andere aanbieder met zich brengt), de toegang tot essentiële input (bijvoorbeeld de toegang tot een netwerk, de toegang tot door intellectuele eigendom beschermde technologie), belangrijke technologie (idem) en de gedragingen van een onderneming met een machtspositie zelf. De gedragingen van een onderneming met een machtspositie zelf kunnen toetredingsdrempels creëren wanneer deze bijvoorbeeld een aanzienlijke investering heeft uitgevoerd die nieuwkomers of concurrenten zouden moeten evenaren.<sup>50</sup>

## De aandacht voor toetredingsdrempels is in technologiemarkten des te relevanter als marktaandelen dat minder zijn

Toegangsdrempels speelden een grote rol in een van de *Microsoft*-zaken. In de zaak over de toegang tot interoperabiliteitsinformatie voor ‘group server operating systems’ stelde de Commissie vast dat er zeer aanzienlijke belemmeringen voor toegang tot de markt van besturingssystemen voor pc’s bestonden.<sup>51</sup> Deze belemmeringen hielden in het bijzonder verband met netwerkeffecten. Windows werd ‘beschermd’ als de *de facto*-standaard voor besturingssystemen voor pc’s omdat door de netwerkeffecten een zichzelf versterkende dynamiek ontstond.<sup>52</sup> Voor een nieuwe toetredersbelemmeringen op. Hierna zullen we dan ook zien dat Microsoft door de Commissie werd gedwongen toegang tot deze markt te verlenen.

### *Misbruik in hightechmarkten*

Zoals hiervoor is aangegeven zijn er verschillende vormen van misbruik. Steeds dient te worden bedacht dat niet de machtspositie

zelf is verboden, maar alleen misbruik daarvan. Een vorm van misbruik die vaak wordt genoemd in het kader van de technologiemarkten is *koppelverkoop*. Bij koppelverkoop probeert een onderneming haar marktmacht op één markt te gebruiken om op een andere (vaak aanverwante) markt haar positie te verstevigen. Dit kan contractueel zijn overeengekomen, maar het kan ook voortvloeien uit technische inbedding van het gekoppelde product. Technische inbedding komt vaak voor in technologiemarkten omdat bepaalde diensten of onderdelen geïntegreerd zijn in een technologisch product. In een computer zitten bijvoorbeeld microchips of harde schijven die vooraf geïnstalleerd zijn en een gebruiker kan een computer niet zonder deze andere onderdelen kopen. Dit lijkt een voordeel voor de consument, omdat het gebruik van de computer hierdoor vereenvoudigd wordt. De praktijk kan niettemin mededingingsbezwaren opleveren, indien de markt wordt afgeschermd omdat slechts een klein deel van de consumenten de moeite neemt – of de kennis en vaardigheden heeft – om koppelverkoop tegen te gaan.<sup>53</sup> Microsoft is bijvoorbeeld tweemaal door de Commissie op de vingers getikt voor koppelverkoop. Eerst voor het koppelen van Windows Media Player aan Windows – ten koste van andere mediaspelers,<sup>54</sup> en later nog eens voor koppeling van webbrowser Internet Explorer met Windows.<sup>55</sup> Microsoft heeft in deze tweede zaak bijvoorbeeld toezeggingen gedaan om tegemoet te komen aan mededingingsbezwaren van de Commissie omtrent koppelverkoop en toegezegd de gebruikers van Windows een keuze te bieden uit verschillende webbrowsers zodat de markt niet zou worden afgeschermd.<sup>56</sup>

## Een vorm van misbruik die vaak wordt genoemd in het kader van de technologiemarkten is *koppelverkoop*

Een andere vorm van misbruik die vaak in samenhang met technologiemarkten wordt genoemd is *weigering tot levering*. Met name de weigering toegang te verlenen tot een essentiële faciliteit of tot een netwerk is hierbij relevant. Natuurlijk is het uitgangspunt, ook voor de Commissie, dat in het algemeen iedere onderneming het recht moet hebben haar handelspartners te kiezen en vrij over haar eigendom moet kunnen beschikken. Het opleggen van een leveringsverplichting kan prikkels voor de onderneming om te investeren en te innove-

48 Richtsnoeren paragraaf 16.

49 Richtsnoeren paragraaf 16.

50 Richtsnoeren paragraaf 18.

51 EC 24 maart 2004, COMP/C-3/37/792 (*Microsoft*).

52 EC 24 maart 2004, COMP/C-3/37/792 (*Microsoft*), paragraaf 448-459.

53 GvEA 17 september 2007, ECLI:EU:T:2007:289 (*Microsoft*), paragraaf 1041-1042.

54 Besluit van de Commissie van 24 maart 2004, COMP/C-3/37/792 (*Microsoft*).

55 Besluit van de Commissie van 16 december 2009, COMP/C-3/39.530)

56 Besluit van de Commissie van 6 maart 2013, zaak COMP/39.530 (*Microsoft*).

ren aantasten en daardoor mogelijk de gebruikers schaden. Daarnaast kan het ertoe leiden dat concurrenten meeliften op de investeringen die een andere onderneming heeft uitgevoerd. Belangrijke vraag is steeds wanneer er sprake is van een essentiële faciliteit. Dat kan een fysiek netwerk of andere faciliteit zijn (het hoogspanningsnetwerk, het gastransportnetwerk, een belangrijke haven) of een niet-fysieke faciliteit (televisieprogramma-gegevens bijvoorbeeld). Bovendien is leveringsweigering pas problematisch indien het een product of dienst betreft die objectief onmisbaar is: kan het netwerk of de faciliteit worden gereproduceerd? Kan de nieuwe dienst ook zonder toegang worden aangeboden? En onder welke voorwaarden moet dan toegang worden verleend? In technologiemarkten speelt dit leerstuk een belangrijke rol. Als de concurrentieslag om de markt is gewonnen door een specifieke onderneming kan die daarmee een – voor nieuwe toetreders – essentiële faciliteit hebben gecreëerd. Onder omstandigheden is een weigering van toegang ('leveringsweigering') dan een misbruikelijke gedraging. Zo werd, opnieuw aan Microsoft, een boete opgelegd omdat Microsoft weigerde om informatie inzake compatibiliteit te verstrekken aan een concurrerende onderneming op de markt voor groepsbesturingssystemen.<sup>57</sup>

### Een andere vorm van misbruik die vaak in samenhang met technologiemarkten wordt genoemd is weigering tot levering

Een afgeleide vorm van leveringsweigering bestaat uit een zogenoemde *price-squeeze*, of prijsklem. In zo'n geval is vaak sprake van een 'incumbent' – een onderneming die vaak voorheen een overheidsmonopolie uitoefende en later werd geliberaliseerd. In de telecommunicatiemarkt bijvoorbeeld hebben deze 'oude' ondernemingen het telecommunicatienetwerk vaak in handen. Tegelijkertijd bieden zij diensten aan op de consumentenmarkt. Voor nieuwe toetreders (op de consumentenmarkt) kan het noodzakelijk zijn dat zij toegang verkrijgen tot het netwerk. De oude onderneming vraagt daarvoor een prijs maar bepaalt ook prijzen op de consumentenmarkt. Als die prijs op de consumentenmarkt te laag is, en de netwerktoegang prijs te hoog, ontstaat er een prijsklem: de nieuwe concurrent kán helemaal niet op de consumentenmarkt concurreren. Uit het leerstuk van de leveringsweigering en essentiële faciliteiten lijkt zich een zelfstandige

inbreukvorm te hebben ontwikkeld in enkele opeenvolgende zaken waarin de incumbent-telecompartijen zijn aangesproken: in de *Deutsche Telekom*-, *TeliaSonera*- en *Telefónica*-zaken.<sup>58</sup> Tegelijkertijd gaan ook hier de technologische ontwikkelingen snel: binnenkort is het de vraag of het vaste telefonienetwerk nog wel nodig is voor een concurrerend telefonieaanbod.<sup>59</sup>

Technologische innovaties worden vaak beschermd met intellectuele-eigendomsrechten. Maar zelfs daarvoor geldt dat 'die rechten niet moeten worden misbruikt als ze van essentieel belang zijn voor de werking van afgesproken standaarden die enorme voordelen hebben voor zowel ondernemingen als consumenten'.<sup>60</sup> Hier gaat het dus om het verlenen van toegang, om zo vaak in industriewijde verbanden afgesproken technologische standaarden te kunnen toepassen (zoals in communicatietechnologie de UMTS-standaard is ontwikkeld). Als op de 'standard technology' een belangrijk octrooi rust dan zou, zo is afgesproken, daartoe op basis van FRAND-voorwaarden toegang moeten worden verleend. FRAND staat daarbij voor 'fair, reasonable and non-discriminatory'.<sup>61</sup> Het is een lastig vatbaar en ook lastig toepasbaar leerstuk, maar toch heeft op dit vlak de afgelopen jaren een aantal ondernemingen zogenoemde 'toezeggingen' gedaan om mededingingsrechtelijke bezwaren van de toezichthouder weg te nemen. Zo probeerde Samsung te voorkomen dat Apple gebruik kon maken van de door Samsung gepatenteerde 3G-technologie. Deze technologie was echter zo essentieel voor de mobiele-en draadloze communicatie-industrie dat de Commissie in haar voorlopig oordeel aangaf dat het gedrag van Samsung misbruik van machtspositie zou kunnen opleveren.<sup>62</sup> Het onderzoek is in 2014 gesloten en Samsung heeft toegezegd de komende vijf jaar geen rechtsmiddelen in te zetten tot handhaving van zijn standaard-essentiële patenten, indien de potentiële licentienemer instemt met bepaalde voorwaarden.<sup>63</sup>

Ten slotte kunnen we in dit artikel niet om Google heen. Ook naar gedragingen van deze gigant loopt mededingingsrechtelijk onderzoek. De Commissie stelt daarbij dat Google misbruik maakt van haar dominante positie op de markt voor internetzoekmachines (in Europa heeft Google een marktaandeel van meer dan 90%), door haar eigen prijsvergelijkingsdienst 'Google-shopping' systematisch te bevoordelen boven concurrerende onlineshoppingdiensten. Bovendien opende de Commissie tegelijkertijd een 'formele procedure' naar gedragingen omtrent Android, het mobiele-telefoonbestu-

57 GvEA 17 september 2007, ECLI:EU:T:2007:289 (*Microsoft*), paragraaf 1330.

58 HvJ EU 14 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:603 (*Deutsche Telekom*), HvJ EU 17 februari 2011, ECLI:EU:C:2011:83 (*TeliaSonera*), HvJ EU 10 juli 2014, ECLI:EU:C:2014:2062 (*Telefónica*).

59 En of telefonie als aparte dienst niet al verleden tijd is. Zie onderzoek Dialogic, 'Prospectief onderzoek naar de marktaandeelontwikkeling op de telecommunicatiemarkten voor internettoegang, vaste telefonie en zakelijke netwerkdiensten', 18 maart 2014, beschikbaar op: [www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13051/Onderzoek-Dialogic-naar-de-ontwikkeling-marktaandelen-telecommunicatiemarkten](http://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13051/Onderzoek-Dialogic-naar-de-ontwikkeling-marktaandelen-telecommunicatiemarkten).

60 Zie speech van Joaquin Almunia, destijds Commissaris voor Mededinging, in: 'Persbericht van de Europese Commissie op 21 december 2012', IP-12-1448.

61 Zie voor een uitleg (en discussie) van de FRAND-problematiek bijvoorbeeld: D.P. Kuipers & J.I. Kohlen, 'De titanenstrijd tussen Apple en Samsung. Uitleg van de FRAND-verplichtingen bij de rechter en in het onderzoek van de Europese Commissie naar Samsung', in *NTER* 2012, afl. 10, p. 342-349.

62 EC 29 april 2014, zaak AT39939 (*Samsung – Enforcement of UMTS Standard Essential Patents*).

63 EC 29 april 2014, zaak AT39939 (*Samsung – Enforcement of UMTS Standard Essential Patents*).



ringssysteem van Google.<sup>64</sup> De klachten tegen Google omvatten daarmee elementen van verschillende vormen van misbruik zoals hierboven beschreven, met name het verhinderen van toegang waardoor concurrerende applicaties, concurrerende onlineshoppingdiensten en concurrerende mobielebesturingssystemen minder kansen krijgen en het bundelen van apps en diensten. De *Google*-zaak is omstreden, met name omdat voor hetzelfde type gedragingen de Amerikaanse toezichthouder besloten heeft geen nader onderzoek te doen. De redenen voor dit verschil worden hieronder verder geduid.

## Is ingrijpen, gebaseerd op de juridische notie van misbruik van machtspositie, nu wel of niet goed voor de ontwikkeling op de technologiemarkten?

### 5 Kritiek op het huidige systeem

In het voorgaande hebben we maar een paar voorbeelden uitgelicht. Daarmee is echter nog geen antwoord op het mededingingsrechtelijk dilemma gegeven: is dit ingrijpen, gebaseerd op de juridische notie van misbruik van machtspositie, nu wel of niet goed voor de ontwikkeling op de technologiemarkten? Is het ingrijpen gunstig, of levert het een verstikkend klimaat op waardoor concurrentie uiteindelijk wordt belemmerd? De vraag is niet gemakkelijk te beantwoorden, en wij zullen dan ook – uiteindelijk – een definitief antwoord schuldig blijven. Maar het is wel zinnig stil te staan bij enkele kritiekpunten op het huidige systeem.

Een belangrijk en fundamenteel punt van kritiek is dat met de Europese handhaving van artikel 102 VWEU minder efficiënte concurrenten zouden worden beschermd, in plaats van de concurrentiewerking an sich.<sup>65</sup> Hiermee wordt voorbijgegaan aan het uiteindelijke doel: de consumentenwelvaart te beschermen. In de media is in dit verband wel gesproken over het ‘Calimero-complex’ van de Europese Unie: Europese bedrijven hebben een achterstand op Amerikaanse bedrijven en daarom worden de Amerikaanse bedrijven gestraft.<sup>66</sup> De kritiek vanuit de Verenigde Staten hangt samen met een andere benadering van de relatie tussen de markt en overheidsingrijpen. In de VS is het gedachtengoed over ‘law and economics’ van de Chicago School dominant. Centraal daarbij is de aanname dat de markt zelf een correctiemechanisme kent, dat zo sterk is dat efficiëntie op de lange termijn vanzelf intreedt.<sup>67</sup> Een

monopolie is derhalve altijd tijdelijk en het mededingingsrecht is niet nodig om daar iets aan te veranderen. Dit uitgangspunt, of een afgezwakte vorm daarvan, helpt te verklaren dat voor het constateren van misbruik van machtspositie het opzettelijk verkrijgen of behouden van deze positie moet worden onderscheiden van groei of ontwikkeling door een superieur product, zakelijk inzicht of een historische gebeurtenis.<sup>68</sup>

## In de media is wel gesproken over het ‘Calimero-complex’ van de Europese Unie: Europese bedrijven hebben een achterstand op Amerikaanse bedrijven en daarom worden de Amerikaanse bedrijven gestraft

Met dit uitgangspunt kan ook naar de Googleklachten worden gekeken. Zo wordt gesteld dat de feitelijke, logische en economische gebreken van de klachten erop wijzen dat Google’s concurrenten het mededingingsrecht vooral proberen te gebruiken om hun eigen positie te beschermen.<sup>69</sup> Immers, hierdoor ontstaat de situatie dat Google (en andere technologie-ondernemingen) de paradoxale keuze dienen te maken: innovatie en groei, met de verdenking van het overtreden van de mededingingsregels zodra de innovatie wereldwijd wordt ingevoerd, of mededingingshandhaving voorkomen door niet te innoveren.<sup>70</sup> Het gebruik van het mededingingsrecht op deze manier is nadelig voor de consument. Dit heeft niet alleen betrekking op de specifieke zaken die tegen de bedrijven worden gestart, maar ook op een algemene dreiging, zoals voor Apple werd verwoord: ‘the danger for Apple is that antitrust becomes an omnipresent threat that must be factored into all ongoing business decisions’.<sup>71</sup>

De verschillen in de toepassing van het mededingingsrecht in de EU en in de VS kunnen worden geïllustreerd aan de hand van enerzijds een van de Europese *Microsoft*-zaken (die over interoperabiliteitsinformatie)<sup>72</sup> en de zaak *Trinko*<sup>73</sup> die speelde in de VS. Beide zaken betreffen de weigering toegang te verlenen tot een essentiële faciliteit of tot een netwerk. Microsoft weigerde informatie omtrent interoperabiliteit te verstrekken en Trinko weigerde toegang te verlenen tot haar ontbundelde netwerk. Microsoft werd beboet. Maar de *Trinko*-zaak toont aan dat volgens de Amerikaanse hoogste rechter, het Supreme Court, de omstandigheden

64 Zie de Mededeling van Punten van Bezwaar van de Commissie van 15 april 2015 (zie voor een overzicht van de documenten in deze zaak tot nu toe: [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_39740](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740)).

65 L. Gormsen, ‘Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to?’, *Common Market Law Review* 2005, p. 7.

66 M. Hijink, ‘Google en het Calimero-complex van de EU’, *NRC Handelsblad* 1 mei 2015.

67 J. Appeldoorn & H. Vedder, *Mededingingsrecht*, Groningen: Europa Law Publishing, 2013, p. 30.

68 R. Bork & J.G. Sidak, ‘What does the Chicago School teach about internet search and the antitrust treatment of Google?’, *Journal of Competition Law and Economics* 2012, p. 664.

69 Bork & Sidak 2012, p. 700.

70 Bork & Sidak 2012, p. 700.

71 Zie: <http://techliberation.com/2012/04/16/antitrust-innovation-in-the-new-economy-the-problem-with-the-static-equilibrium-mindset/>.

72 GvEA 17 september 2007, ECLI:EU:T:2007:289 (*Microsoft*).

73 *United States v. Colgate & Co.* (1919) 250 U.S. 300.

waaronder bedrijven gedwongen zijn toegang te verlenen aan concurrenten juist uiterst beperkt zijn. Het Supreme Court citeert eerst uit eerdere rechtspraak: ‘the *Sherman act* [de Amerikaanse mededingingswet] does not restrict the long recognized right of trader... freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal’.<sup>74</sup> Dat uitgangspunt verschilt niet met het Europese uitgangspunt, zoals we hierboven aanstipten, maar hiermee geeft het Supreme Court wel aan terughoudend te zijn: ‘compelling such firms to share the source of their advantage... may lessen the incentive for the monopolist, the rival or both to invest in those economically beneficial facilities’.<sup>75</sup> Microsoft kwam met soortgelijke argumenten, maar het Gerecht van Eerste Aanleg noemde dit ‘vage, algemene en theoretische’ argumenten.<sup>76</sup>

## De Amerikaanse benadering die met name machtsposities ongemoeid wil laten omdat ze vanzelf worden bedreigd door nieuwe concurrentie sluit goed aan bij de neo-Schumpeteriaanse visie op mededinging in hightechmarkten

De Amerikaanse benadering die met name machtsposities ongemoeid wil laten omdat ze vanzelf worden bedreigd door nieuwe concurrentie sluit goed aan bij de neo-Schumpeteriaanse visie op mededinging in hightechmarkten.<sup>77</sup> Uitgangspunt van deze visie is dat machtsposities vaak kortstondig zijn door de dynamische concurrentie op deze markten.<sup>78</sup> Er is angst voor nieuwe concurrentie, en bovendien zullen ondernemingen niet snel geneigd zijn om consumenten uit te buiten omdat zij dan op een, nu wellicht nog onbeduidend, vervangend product zullen overstappen.<sup>79</sup> Voor het mededingingsrecht bestaat er daarom slechts een zeer kleine rol,<sup>80</sup> het is vrijwel onnodig ook omdat uitsluitingsgedrag vaak niet succesvol zal zijn.<sup>81</sup> Daarnaast verandert de markt dusdanig snel dat het onmogelijk is voor mededingingsautoriteiten op tijd beslissingen te nemen. De markt kan zichzelf al hebben hersteld waardoor een remedie van een mededingingsautoriteit als mosterd na de maaltijd komt en de remedie zelf een rem is op innovatiedrift. Dat komt ook omdat de hoeveelheid energie (en geld)

die gepaard gaat met het reageren op mededingingsrechtelijke aantijgingen fors kan zijn en daarmee niet in ontwikkeling en innovatie kan worden gestoken. Omdat innovatie cruciaal is voor economische groei moet men bijzonder voorzichtig zijn met het handhaven van de mededingingsregels als dat een risico meebrengt dat innovatie wordt geremd.<sup>82</sup> Tegenhangers van deze visie, neo-structuralisten, vrezen met name de netwerkeffecten die op deze markten kunnen optreden: daarin ligt juist een reden voor agressieve handhaving van het mededingingsrecht.<sup>83</sup> Zij vinden dat neo-Schumpeterianen te optimistisch zijn over het vermogen van de markt om zichzelf te corrigeren.<sup>84</sup> Volgens neo-structuralisten verhogen netwerkeffecten, schaalvoordelen en hoge overstapkosten het risico op een beperking van de mededinging. Het feit dat een machtspositie binnen een paar jaar verdwenen kan zijn, weerhoudt de autoriteiten er niet van om in te grijpen.<sup>85</sup> Hierin is de benadering van de Europese Commissie bijvoorbeeld te herkennen.<sup>86</sup> Zo stelde eurocommissaris Monti: ‘the more important the network becomes, the greater the risk that competition problems will emerge’.<sup>87</sup>

Een tussenweg is overigens wel voorstelbaar. Daarbij wordt bepleit dat het mededingingsrecht weliswaar van toepassing is, maar wel op een beter op de technologiemarkten afgestemde wijze moet worden toegepast. Daarmee wordt een pleidooi gehouden voor een andere aanpak van mededingingszaken voor hightechindustrieën.<sup>88</sup> Meer rekening moet worden gehouden met de specifieke kenmerken van deze markten.<sup>89</sup> Er moet meer nadruk komen te liggen op de daadwerkelijke effecten op de consument en gedrag kan pas als onrechtmatig worden beschouwd indien bewezen kan worden dat het gedrag de consumenten schaadt. In dit verband is met name ook de *timing* van ingrijpen cruciaal. Aan de ene kant vinden economen het belangrijk dat de dynamische concurrentie wordt erkend en dat dominantie in hightechmarkten onvermijdelijk kortstondig is. Aan de andere kant dient mededingingsbeleid te zorgen voor open markten met lage toetredingsbarrières. De Commissie heeft de neiging te handhaven op basis van vooruitzichten op de middellange termijn terwijl dominante ondernemingen op langere termijn kunnen worden onderworpen aan concurrentie van nieuwkomers. De garantie dat deze concurrentie zal opkomen bestaat echter niet en het is daarom aan de mededingingsautoriteiten om te verzekeren dat de concurrentie tijdig ontstaat.<sup>90</sup>

<sup>74</sup> *United States v. Colgate & Co.* (1919) 250 U.S. 300, paragraaf 608.

<sup>75</sup> *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP* 540 U.S. 398 (2004), paragraaf 8.

<sup>76</sup> GvEA 17 september 2007, ECLI:EU:T:2007:289 (*Microsoft*), paragraaf 698.

<sup>77</sup> Monti 2004, p. 18.

<sup>78</sup> Zie voor een inleiding: ‘Innovation kills monopoly faster than governments can’ (<https://gigaom.com/2011/01/11/innovation-kills-monopolies-faster-than-governments-can/>), maar lees dan vooral ook het achterliggende wetenschappelijke stuk: R.W. Crandall & Ch.L. Jackson, *Antitrust in High-Tech Industries*, Washington DC: Technology Policy Institute 2010.

<sup>79</sup> Monti 2004, p. 22.

<sup>80</sup> Zie bijvoorbeeld H. Shelanski & G. Sidak, ‘Antitrust divestiture in network industries’, *University of Chicago Law Review* 2001.

<sup>81</sup> Monti 2004, p. 23; M.

Messina, ‘Article 82 and the New Economy: Need for Modernisation?’, *The Competition Law Review* 2006, p. 78.

<sup>82</sup> G. Manne & J. Wright, ‘Innovation and the limits of antitrust’, *Journal of Competition Law and Economics* 2010, p. 153-202.

<sup>83</sup> Monti 2004, p. 17.

<sup>84</sup> Monti 2004, p. 18.

<sup>85</sup> Messina 2006, p. 82.

<sup>86</sup> Messina 2006, p. 78.

<sup>87</sup> M. Monti, ‘Competition and Information Technologies’, speech voor de conferentie ‘Barriers to Cyberspace’, Kangaroo Group, Brussel, 18 september 2000 (beschikbaar op <http://ec.europa.eu/competition/speeches/>).

<sup>88</sup> Zie bijvoorbeeld M.L. Katz & H.A. Shelanski, ‘Schumpeterian Competition and Antitrust Policy in High-Tech Markets’, *Competition* 2005, p. 47; Manne & Wright 2010, p. 153-202; J.G. Sidak & D.J. Teece, ‘Dynamic Competition in Antitrust Law’, *Journal of Competition Law and Economics* 2009, p. 581-586.

<sup>89</sup> Zie bijvoorbeeld C. Ahlborn, ‘Competition policy in the new economy: is European competition law up to the challenge?’, *European Competition Law Review*, 2001, p. 156-167; en Lind & Muysert 2003.

<sup>90</sup> Messina 2006, p. 97-98.

## De Commissie heeft de neiging te handhaven op basis van vooruitzichten op de middellange termijn terwijl dominante ondernemingen op langere termijn kunnen worden onderworpen aan concurrentie van nieuwkomers

Overigens, en ter afsluiting van deze paragraaf, dient te worden bedacht dat bij deze schetsmatige weergave van de verschillende visies de historische context – hoe het mededingingsrecht in beide systemen zijn uiteindelijke vorm en interpretatie kreeg – natuurlijk een belangrijke rol speelt. Er is in deze bijdrage geen ruimte om hierop uitgebreid in te gaan, maar de ordoliberalere fundering van het Europese mededingingsrecht levert een ander uitgangspunt ten aanzien van marktmacht, ook in technologiemarkten, op dan in het Amerikaanse systeem. Die verschillen, die vervolgens samenhangen met de culturele verschillen en zelfs de staatsrechtelijke ontwikkeling van en in beide gebieden, lijken nog steeds van invloed op het mededingingsrechtelijk dilemma: wel of niet ingrijpen in technologiemarkten.

## Ingrijpen of niet ingrijpen in technologiemarkten? Zoals zo vaak in het recht is het antwoord niet eenduidig

### 6 Concluderende opmerkingen

In de inleiding noemden wij het dilemma voor mededingingstoezichthouders: ingrijpen of niet ingrijpen in technologiemarkten? Zoals zo vaak in het recht (en in het algemeen, overigens) is het antwoord niet eenduidig.

Twee visies strijden met elkaar om voorrang: een visie die een sterke basis in het concurrerend vermogen van de markt veronderstelt, en de markt haar gang wil laten gaan, en een visie waarin ingrijpen van een toezichthouder eerder geoorloofd is. De lijnen liggen niet toevallig – als we de Verenigde Staten en de EU als uitgangspunten nemen – ergens in de Atlantische Oceaan. Het antwoord op deze vraag wordt namelijk niet alleen door het juridisch kader gegeven. Dat juridisch kader verschilt weliswaar wel, maar is in de kern gelijk: marktmacht, indien zij leidt tot nadelige effecten voor de consumentenwelvaart, moet worden aangepakt. Dat betekent dat het verschil in toepassing van het juridisch kader vooral in de context, de historie, de samenleving als geheel, moet worden gezocht. In een populaire lezing – die overigens voorbij gaat aan het vergevorderde en goed lopende overleg tussen beide kanten van de oceaan in zaken die beide jurisdicties aangaan – is het de ‘straight-talking chairman of General Electric’ (Jack Welch) versus ‘a decorous, scholarly, eminently proper Italian’ (Mario Monti) die ‘something of the Harry Potter about him’ heeft.<sup>91</sup> Dat betekent dat de vraag naar wel of niet ingrijpen met goede argumenten, op verschillende manieren, kan worden beantwoord. Of in juridische termen: het hangt ervan af. Daarbij is het natuurlijk van belang vast te stellen wáár het dan van afhangt, en dat is met het kader, gegeven door toepassing van artikel 102 VWEU voor de EU gegeven. Het is een kader dat door een serie van beslissingen en arresten wordt vormgegeven, en dat zichzelf door aanpassing aan de veranderende technologische innovaties zal blijven aanpassen. Dat daarbij in de EU net iets eerder zal worden gekozen voor ingrijpen, terwijl elders net iets eerder zal worden gearchiteld dat ingrijpen niet nodig is, en zelfs contraproductief werkt, is te verklaren door te wijzen op die verschillende historie, economische context, vormgeving van het toezicht én juridisch model.

<sup>91</sup> ‘People in Economics – Super Mario and the Temple of Learning. Jeremy Clift interviews Professor Mario Monti, the president of Italy’s Bocconi University’, *Finance and Development* June 2005, afl. 2 ([www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2005/06/people.htm](http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2005/06/people.htm)).