



Mededingings-wet ict-proof?

Auteur(s):

Kleijweg, A.J.M.

De auteur is werkzaam bij de Nederlandse mededingingsautoriteit.

Verschenen in:

ESB, 86e jaargang, nr. 4307, pagina D12, 3 mei 2001

Rubriek:

Dossier: Informatiegoederen en marktwerking

Trefwoord(en):

mededinging

Het toezicht op marktwerking op informatiemarkten noopt niet tot aanpassing van de Mededingingswet. Door de generieke formulering van de wet is deze adequaat.

De sterke ontwikkeling van de informatie- en communicatietechnologie (ict) in de laatste jaren, is van invloed op het functioneren van vele markten. Zo biedt ict ruimte voor verbetering van producten, zorgt het voor meer variëteit aan toepassingen en leidt het vaak tot een groter bereik van afnemers. In veel situaties is ict complementair, dat wil zeggen dat bestaande markten beter functioneren door het gebruik ervan. In een aantal gevallen ontstaan door ict hele nieuwe markten, bijvoorbeeld het online leveren van muziek via internet. Het was onder andere deze opkomende markt die speciale aandacht kreeg in de fusie tussen America On Line en Time Warner.

Vanuit het oogpunt van concurrentie is het van belang dat alle markten goed functioneren. Vooral informatiegoederen, zoals software en digitale informatie, hebben kenmerken die aan de ene kant kunnen leiden tot marktmacht en aan de andere kant tot zogenaamd 'free rider' (lifters) gedrag. Het operating systeem Windows is een voorbeeld van een informatiegoed dat heeft geleid tot marktmacht van Microsoft. Het zonder kosten kopiëren van muziekbestanden of informatie-cd's is een voorbeeld van liftersgedrag. Het grote gevaar van zowel marktmacht als liftersgedrag, is dat de innovatie meer dan gewenst wordt teruggedrongen. Immers, innovatie heeft voor een onderneming minder zin als iedereen haar systeem al heeft of als juist weinig mensen haar systeem zullen kiezen (dit geldt voor de concurrent) of als de door haar bedachte informatiedrager bij voortdurend gratis wordt gekopieerd.

In deze bijdrage maak ik duidelijk dat de Mededingingswet die door de Nederlandse mededingingsautoriteit (NMa) op alle sectoren in de Nederlandse economie wordt toegepast, ict-proof is. Dat wil zeggen dat alle nieuwe ontwikkelingen, of ze nu plaatsvinden op markten voor informatie of informatiegoederen of te maken hebben met nieuwe (telecommunicatie-) technologie, kunnen worden meegenomen in een mededingingsrechtelijke analyse.

De Mededingingswet

De Mededingingswet kent drie verboden: het verbod op kartelvorming, het verbod op misbruik van een economische machtspositie en het zonder toestemming tot stand brengen van (grote) fusies. Deze verboden zijn geformuleerd als 'generieke verbodsartikelen'. Dat wil zeggen dat niet heel precies is aangegeven wat op welke markt niet mag, maar dat de wet op hoofdlijnen aangeeft welke gedragingen en welke voorgenomen structurele veranderingen niet zijn toegestaan. In de *Memorie van Toelichting* bij de Mededingingswet zijn deze verbodsbepalingen - (mede) gebaseerd op Europese jurisprudentie op dit terrein - verder uitgewerkt. Het is echter de afzonderlijke casus waarover een besluit wordt genomen, rekening houdend met alle voor die casus relevante factoren.

Hoofdlijnen of exacte definiëring

U zult zich misschien afvragen of ondernemingen met zo'n open geformuleerde wet niet aan de goden zijn overgeleverd. Immers, een onderneming weet maar tot op zekere hoogte waar zij aan toe is. Ik denk dat de onzekerheid meevalt. Er is uitgebreide jurisprudentie op grond waarvan men vrij nauwgezet kan bepalen wat niet is toegestaan. De Europese mededingingsjurisprudentie is direct van toepassing onder de Mededingingswet en inmiddels heeft de NMa ook de nodige besluiten genomen waaruit veel valt te destilleren. Daarnaast maakt de Europese Commissie gebruik van Verordeningen, Bekendmakingen en Mededelingen om de toepassing van de mededingingsregels nader in te vullen of toe te lichten. De NMa heeft de mogelijkheid de concrete toepassing van de algemene mededingingsregels nader te preciseren door middel van beleidsregels. Ter vergroting van de transparantie is dit al verschillende malen gebeurd, bijvoorbeeld voor de toegang van televisiezenders tot de kabel (samen met Opta).

De nadelen van een heel precies gedefinieerde Mededingingswet zouden veel groter zijn dan de voordelen daarvan voor de rechtszekerheid. Dit hangt samen met het feit dat het economische gebeuren op de grote verscheidenheid aan markten, zich moeilijk of zelfs niet laat vangen in nauw gedefinieerde wetsartikelen. Net als de wetgever denkt 'alles' te hebben gevangen, zijn er weer nieuwe ontwikkelingen die ervoor zorgen dat bepaalde kwalijke gedragingen niet onder de wet vallen (en derhalve niet verboden zijn), terwijl er andere gedragingen zijn die wel onder de wet vallen, maar die de concurrentieverhoudingen niet merkbaar (meer) beïnvloeden. Dit alles zou er dan toe kunnen leiden dat de toepassing van de Mededingingswet meer op legalistische en minder op economische gronden zou gaan plaatsvinden. Dit zou contrair zijn aan de huidige toepassing van de Mededingingswet die hoe langer hoe meer is gebaseerd op de

economische beoordeling van een overtreding.

Stel dat er op een markt forse schaalvoordelen zijn te behalen en dat een relatief kleine onderneming wil samenwerken met een andere, wat grotere onderneming. Als er dan verder nog drie redelijke grote ondernemingen actief zijn op die markt, zal de genoemde samenwerking in het algemeen concurrentiebevorderend zijn. Zijn er daarentegen op een andere markt nauwelijks schaalvoordelen te behalen, dan zou een dergelijke samenwerking juist voor minder concurrentie kunnen zorgen. Als in de loop van de tijd door technologische ontwikkelingen de schaalvoordelen op de eerstgenoemde markt sterk afnemen, kan het beeld ook op die markt weer anders worden.

Convergentie in marktafbakening

Dat bij een generiek geformuleerde wet meer rekening kan worden gehouden met de economische dynamiek kan duidelijk worden geïllustreerd aan de hand van het afbakenen van de markt. In de Telecommunicatiewet worden markten direct gedefinieerd. In de Mededingingswet zijn geen markten gedefinieerd, maar is op grond van de jurisprudentie het concept 'relevante markt' ontwikkeld. Daarbij draait het om de vraag of 'de markt' wordt gedisciplineerd. Dit kan vertaald worden in een toets:

*Is een hypothetische monopolist in staat om voor een welomschreven groep producten op een aangegeven geografische markt de prijs van deze producten ceteris paribus **permanent** en **winstgevend** met vijf tot tien procent te verhogen?*

Luidt het antwoord 'ja', dan is deze markt de relevante markt. Is het antwoord 'nee' dan is de relevante markt groter en bestaan er voor afnemers gelijkwaardige alternatieven (substituten). Vervolgens wordt het meest belangrijke substituu-product bij de markt getrokken en wordt de toets opnieuw uitgevoerd (een ander geografisch gebied of een aanbieder die omschakelt kan ook voor deze substitutie zorgen). Dit wordt net zo lang herhaald tot er geen substituten meer zijn.

Deze wijze van marktafbakening wordt in vele besluiten van de NMa en van de Europese Commissie toegepast. Zij verdient de voorkeur boven het exact vastleggen van markten. Zo is in de Telecommunicatiewet de markt voor huurlijnen vastgelegd als aparte markt en daar sluit het wettelijke instrumentarium van (mogelijk) op te leggen verplichtingen bij aan. Omdat KPN wel een machtspositie heeft op bepaalde segmenten van de huurlijnenmarkt, maar niet op de zich snel ontwikkelende markt voor hoge-capaciteit-huurlijnen, ontstaat de vraag hoe het wettelijk instrumentarium toe te passen. Een legalistische wijze van toepassing is wettelijk juist, maar economisch gezien niet altijd te beargumenteren, terwijl een meer economische benadering recht doet aan de realiteit, maar wettelijk wellicht onvoorspelbaarder is. Omdat telecommunicatiemarkten snel veranderen en er een sterke convergentie van infrastructuren plaatsvindt, zijn exacte definities van markten in wetten snel achterhaald. Om onder meer deze reden is de Europese Commissie bezig nieuwe Telecommunicatierichtlijnen op te stellen waarin onder andere de marktafbakening zal worden gestoeld op die uit het algemeen mededingingsrecht. Dit laat een meer economische benadering toe en maakt het toezicht op dit belangrijke onderdeel eenduidiger en beter.

Informatiemarkten

Informatiegoederen en informatietechnologieën hebben kenmerken, zoals non-rivaliteit, ervaringswaarde, atypische kostenstructuur en netwerkeffecten, die kunnen leiden tot marktfalen. Omdat de generieke formulering van de Mededingingswet voldoende ruimte laat voor de economische beoordeling van markten, kunnen deze typische kenmerken van informatiemarkten in een mededingingsrechtelijke analyse worden meegenomen. Als bijvoorbeeld gebruikers van een bepaald systeem 'locked in' zijn, zal er eerder sprake zijn van een economische machtspositie. Het op eigen kracht verwerven van een dergelijke positie, doordat bijvoorbeeld een product de standaard gaat vormen, is op zich niet verboden. Het zou ook niet verstandig zijn dit te verbieden. Immers, het vooruitzicht omvangrijke investeringskosten te kunnen terugverdienen door middel van een zekere schaalgrootte, kan innovatie uitlokken. Van deze machtspositie mag geen misbruik worden gemaakt, ook niet op een aan de hoofdmarkt gerelateerde markt. Op beginnende markten, waarop bepaalde standaarden of nieuwe producten nog tot ontwikkeling moeten komen, zal niet snel sprake zijn van misbruik.

Een ander aspect van informatiemarkten is de veelheid en de snelheid waarmee verschillende leveranciers van informatiegoederen (soms met netwerkeigenaren) samenwerken, bijvoorbeeld in de onlangs beoordeelde concentratieve gemeenschappelijke onderneming Digitenne (zie: <http://www.nma-org.nl>, zaak 1878) waarin Nozema, NOB, KPN-Telecom en andere partijen samenwerken om digitale aardse televisie te gaan uitzenden. Deze samenwerkingen kunnen adequaat binnen het bestaande wetgevingskader worden beoordeeld.

Tot slot

De generieke formulering van de Mededingingswet stelt de NMa in staat bij de economische analyse van een markt, of dit nu een informatiemarkt is of een andere, rekening te houden met de specifieke kenmerken van die markt. Doordat markten dynamisch zijn kan de analyse van vandaag anders zijn dan die van vijf jaar geleden. Ook de relevante markt kan in de tijd veranderen, bijvoorbeeld ruimer worden door convergentie van technologieën, of kleiner door een nieuw ontwikkelde niche. Informatiemarkten nopen echter niet tot nieuwe wetgeving.

Dossier Informatiegoederen en Marktwerving

J.W. Oosterwijk, ten geleide: [Ordering in een virtuele wereld](#)

D.A. Blokland en M.A. Feenstra: [Beheerst interveniëren](#)

E.E.C. van Damme, reactie: [De weg tot stimulering](#)

E. Hordijk: [De aanbieder betaalt!](#)

J.J.M. Theeuwes: [Voorrang voor innovatie](#)

J. Hinlopen, reactie: [Accommodeer de revolutie](#)

A.J.M. Kleijweg: [Mededingingsweg ict-proof?](#)

Y. Hiemstra: [De relatie-economie](#)

S.R. Maltha: [Gratis download of betaald 'Duet'?](#)

N.M. Wijnberg: [Reproductie: een muziekgeschiedenisles](#)

R. Towse: [Sterker auteursrecht niet zinvol](#)

R. Bilderbeek, [Uitgevers onbedreigd door internet](#)

E.J. Dommering: [Hoe lang laat ik mij op internet verlinken?](#)

S.A. van der Geest en M. Varkevisser: [Geen lagere prijs voor software](#)

B.G.C. Dellaert: [Hoe zorg je dat de bron niet opdroogt?](#)

A.M. Reitsma, epiloog: [Uitweg uit het spiegelpaleis](#)