

Definitie van de relevante markt: (dis)harmonie tussen economie en mededingingsrecht

In het afgelopen decennium zijn de rol en het belang van de economische analyse van het mededingingsrecht in de Europese Unie toegenomen. De juridische vraag, of het misbruik door een dominante onderneming betreft of vermindering van concurrentie als gevolg van fusies, is in essentie een economische vraag, zodat mededingingsautoriteiten de onderzochte markt door een economische bril moeten analyseren. De economische wetenschap kan een normatieve maatstaf bieden voor het uitvoeren van mededingingsbeleid, het kan helpen bij het verduidelijken van de betekenis van diverse juridische begrippen, de relevante onderwerpen structureren en de analyse preciseren. Voorts biedt het waardevolle inzichten in de effecten van diverse marktstructuren, de prikkels en het gedrag van bedrijven en de efficiëntie of welvaartseffecten die daar het gevolg van zijn. Bovendien kan de economische wetenschap wellicht belangrijke bewijsvragen beantwoorden, waardoor juridische voorspellingen nauwkeuriger worden. De economische wetenschap kan dus worden gebruikt om de plausibiliteit van verschillende juridische situaties te beoordelen, om het gedrag van spelers op de markt te simuleren en om de voorwaarden te verduidelijken waaraan moet zijn voldaan om de juridische vereisten te vervullen die van belang zijn voor de betreffende zaak.

De conformiteit van het mededingingsrecht met economische beginselen blijkt uit talrijke recent geïmplementeerde hervormingen in verschillende delen van mededingingsbeleid, alsmede uit de ‘*more economic approach*’ van de Europese fusiecontrole. Bovendien is er in toenemende mate sprake van economische expertise bij mededingingsfunctionarissen, met name na het oprichten van de *Chief Economist’s Office* en zijn team van gespecialiseerde economen in 2003. Op het terrein van marktdefinities, de primaire focus van dit boek, werd de overgang naar meer economisch georiënteerde methoden ingezet door de uitvaardiging van de Bekendmaking van de Commissie uit 1997 inzake de bepaling van de relevante markt, welke een economische test introduceerde voor de marktafbakeningsprocedure.

Ondanks deze ontwikkelingen blijft het een uitdagende taak om economische beginselen in het bestaande mededingingsrechtelijke kader te incorporeren. Veel ‘traditionele’ juristen en rechters lijken afkerig van het accepteren van empirisch

bewijs, vaak op basis van onvoldoende gegevens, wat het gebruik van kwantitatieve instrumenten belemmert. Door de toenemende wederzijdse afhankelijkheid van recht en economie in mededingingsanalyses vereist het correct toepassen van juridische principes voorts een bepaalde mate van economische vakkundigheid, die niet alle juridische beoefenaars van het mededingingsrecht noodzakelijkerwijs bezitten.

Doel van dit project is het bereiken van een betere integratie van industriële economie en mededingingsrecht, door steekhoudende theoretische grondslagen te bieden voor het afbakenen van antitrust markten en het bepalen van marktmacht, alsmede het aanduiden van het relevante empirische bewijs dat nodig is om dit raamwerk in de praktijk toe te passen.

Dit boek onderzoekt in het bijzonder de toenemende rol van economisch georiënteerde benaderingen in het stadium van de marktafbakening, welke een essentiële rol speelt in de meeste mededingingsrechtelijke onderzoeken en welke vaak het middelpunt vormt van onderzoek naar de aard van de mededinging

in een bepaalde bedrijfstak. Een succesvolle opname van economische benaderingen in de toepassing van marktdefinities is derhalve afhankelijk van het voldoen aan twee voorwaarden. Ten eerste moet het reguleringskader dat door de Europese Commissie wordt gehanteerd in lijn zijn met de economische theorie waarop de definitie van de relevante markt is gebaseerd. Ten tweede moet de Commissie alle beschikbare kwantitatieve technieken correct toepassen. Om goed te kunnen evalueren of de Europese besluitvorming wordt ondersteund door het gebruik van een juiste economische analyse, onderzoekt dit boek de volgende vragen:

(1) Is de '*more economic approach*' die de Europese Commissie volgt in overeenstemming met de theoretische economische inzichten betreffende marktdefinities?

(2) Benutten de uitspraken in Europese mededingingszaken alle relevante empirische maatstaven?

Het boek begint met een inleidend hoofdstuk, waarin de relevante vragen uit deze studie worden gepresenteerd. Deze omvatten onder meer de toenemende rol van de economische wetenschap in mededingingsbeleid en de determinanten van dit proces; de sleutelpositie van de marktdefinitie in de Europese rechtspraktijk;

de potentiële bijdrage van kwantitatieve analyse en de voorwaarden voor succesvolle implementatie hiervan.

Hoofdstuk 2 van dit boek richt zich op de economische fundering van het Europese mededingingsrecht met betrekking tot een van haar meest kenmerkende doelen: het handhaven van effectieve mededinging en het elimineren van mogelijke inefficiënties als gevolg van marktmacht. Het hoofdstuk onderzoekt de indicatoren van marktmacht en de middelen waarmee het wordt gedefinieerd en opgespoord. In deze context worden fundamentele economische concepten zoals volledige mededinging, monopolie, oligopolie en productdifferentiatie besproken. Voorts behandelt het hoofdstuk het Structuur-Gedrag-Resultaat paradigma en de overweldigende invloed hiervan op de Europese besluitvorming. Deze benadering heeft aanleiding gegeven tot het ontstaan van een indirect structuralistisch raamwerk voor het beoordelen van marktmacht, dat is gebaseerd op de notie van een relevante markt, en daaruit voortvloeiend een analyse van marktaandelen, concentratie en toetredingscondities. Het SGRparadigma heeft aldus de definitie van de relevante markt centraal gesteld in mededingingsanalyses. Terwijl de hedendaagse economische theorie zich iets van de SGR-basis heeft teruggetrokken, blijft de structurele nadruk de juridische praktijk in grote mate dicteren. Europese rechters hebben in veel zaken de rol van de marktdefinitie benadrukt als zijnde essentieel voor alle aspecten van mededingingsrecht,

alvorens enige juridische overtreding kan worden vastgesteld. Het structurele gezichtspunt met betrekking tot mededingingsrechtelijke problemen blijft dus in grote mate intact, ook al is deze indirecte methode door recente ontwikkelingen in econometrie en statistiek verouderd.

Aansluitend op de beschrijving van de economische funderingen van de marktdefinitie bevat Hoofdstuk 3 een grondig onderzoek naar de juridische grondslagen van de marktdefinitie in het Europese mededingingsrecht. Het hoofdstuk behandelt de heersende juridische benadering van marktdefinitie als instrument voor het vaststellen van marktmacht, haar geschiedenis, reikwijdte, voordelen en mogelijke valkuilen. Het primaat van de relevante markt als coherente methodologie wordt toegeschreven aan de Amerikaanse rechtspraktijk, die wordt

geleid door prominente precedents van het *Supreme Court*. Ook bieden de eerste Amerikaanse *Horizontal Merger Guidelines* en de daar op volgende herzieningen voor het eerst een compleet analytisch kader voor het identificeren en elimineren van fusies die marktmacht kunnen creëren of versterken. Tegen deze achtergrond heeft de Europese jurisprudentie marktdefinitie getransformeerd van een loutere (vaak subjectieve) evaluatie van vraagsubstituten in het meer economische kader dat tegenwoordig door de Europese Commissie wordt gehanteerd.

Het hoofdstuk wijdt bijzondere aandacht aan de Bekendmaking uit 1997 betreffende marktdefinitie en de belangrijkste voorwaarden daaruit. De Bekendmaking postuleert het concept van een relevante markt als zijnde samengesteld uit een groep van producten en een geografisch gebied, en het voert de analyse langs de drie hoofdbronnen van competitieve beperkingen die het gedrag van ondernemingen beïnvloeden: substitutie aan de vraagzijde, substitutie aan de aanbodzijde en potentiële concurrentie.

Om de relevante combinatie van producten en regio's te bepalen die het gedrag van de onderzochte onderneming effectief beperken, introduceert de Bekendmaking de van origine Amerikaanse SSNIP-test, die ook bekend staat als de *hypothetische monopolist*-test. De test gaat uit van een kleine hypothetische,

blijvende verandering van de relatieve prijs van het betreffende product, in de orde van grootte van 5-10%, en evalueert de verwachte reacties van consumenten op die stijging. Als consumenten hun aankopen in een ander gebied kunnen doen of kunnen overstappen op andere producten, zodanig dat de prijsstijging onrendabel is vanwege het verlies aan omzet, dan vormt de onderzochte verzameling producten geen kandidaat-markt voor mededingingsrechtelijke doeleinden, en moeten additionele substituten en gebieden worden toegevoegd aan de voorgestelde marktdefinitie. Dit proces van het toevoegen van het op een na beste substituut en het verruimen van de groep van producten van de hypothetische monopolist moet worden voortgezet totdat de kleinste mogelijke set van producten en geografische gebieden is gevormd waarin een kleine, blijvende stijging in de relatieve prijs niet zou leiden tot aanzienlijke substitutie, zodat deze winstgevend zou zijn.

Verdere stappen in de richting van rigoureuze economische analyse zijn gezet door het registreren van kwantitatieve technieken die geschikt zijn om markten mee af te bakenen: schattingen van (kruiselingse) vraagprijselasticiteiten, analyse van prijzen en prijstrends, handelsstromen en vervoerstests.

Ondanks het meer economische ontwerp kent de Bekendmaking enkele valkuilen die het risico meebrengen dat de marktdefinities van de Commissie vertekend raken en de kwaliteit wordt aangetast. Deze valkuilen worden in detail besproken, tezamen met additionele complicaties rond de juridische methodologie

indien deze wordt toegepast op specifieke marktdefinitieproblemen, zoals het toepassen van de SSNIP-test in zaken van misbruik van economische machtspositie en marktdefinitie in hoog-technologische markten.

Hoofdstuk 4 biedt een uitvoerig onderzoek naar de empirische technieken die worden gebruikt bij de marktdefinitie. Ze spelen een cruciale rol in dit proces, omdat ze een objectief instrument vormen waarmee de mate van concurrentie tussen producten kan worden gemeten. Ook reduceren ze de inherente afhankelijkheid van de inschattingen van partijen, of de noodzaak om te vertrouwen op theoretische hypothesen en subjectieve oordelen. Een breed scala aan

technieken, de een meer en de ander minder geraffineerd, wordt geïntroduceerd en uitvoerig geanalyseerd. Ze variëren van eenvoudige analyses van prijzen en prijstrends, transportkosten en vervoerstests tot vraaganalyses en verschillende mededingingsmodellen. Elke techniek wordt op haar merites, haar sterke en zwakke punten beoordeeld. Ook wordt uitgebreid ingegaan op de toepassingen in mededingingsrechtelijke onderzoeken.

Naast het behandelen van de empirische methoden die het meest frequent worden toegepast door de Europese Commissie, biedt het hoofdstuk tegelijkertijd een uitgebreid overzicht van vrijwel alle kwantitatieve methoden die binnen en buiten de EU worden gebruikt, om zo mededingingsfunctionarissen goed op de hoogte te brengen van de economische instrumenten die tegenwoordig beschikbaar zijn om markten mee te definiëren.

Hoofdstuk 5 onderzoekt of de Europese mededingingsrechtelijke praktijk, zoals deze uit de belangrijkste rechtszaken naar voren komt, een beslissingsproces vormt dat overeenkomt met de economische inzichten uit de voorgaande hoofdstukken. Om de volledige invloed van de economische benadering te kunnen analyseren, is een aantal geselecteerde rechtszaken onderzocht om zo vast te stellen in hoeverre bij het definiëren van de markt voldoende economische argumenten worden toegepast.

Ook wordt, bij het vergelijken van oudere en recentere zaken, onderzocht of de Bekendmaking uit 1997 een echte verandering in de benadering van de Commissie heeft teweeggebracht, vergeleken met de oudere, ‘traditionele’ methode.

De analyse wordt chronologisch uitgevoerd, om de ontwikkeling van de Commissie bij het definiëren van de markt duidelijk te maken. De meest prominente beslissingen worden besproken, waaronder de EHvJ-zaak *United Brands*, een van de eerste zaken betreffende marktdefinitie en marktmacht in de Europese rechtspraak; *Nestle/Perrier*, welke het gebruik van prijstrends en vervoerstests toelicht; *Kimberly-Clark/Scott*, welke het gebruik illustreert van vraagelasticiteiten om de markt af te bakenen; en het *Cruise Ship* fusieonderzoek, dat de mogelijke bijdrage van ‘critical loss analysis’ onderstreept.

Hoofdstuk 6, tenslotte, vat de analyse uit het boek samen, brengt de resultaten van het onderzoek samen, trekt enkele algemene conclusies en geeft aanbevelingen voor toekomstig mededingingsonderzoek.

Aan het eind van het onderzoek gekomen, worden de vragen die de kern van dit boek vormen, beantwoord. Ten eerste heeft de Bekendmaking uit 1997 weliswaar het vermogen om de Europese mededingingsrechtelijke praktijk het economische domein binnen te loodsen, maar die belofte is niet volledig waargemaakt. Het definiëren van de markt volgens de Bekendmaking kent een aantal tekortkomingen, die de kwaliteit van de analyses van de Commissie kunnen ondermijnen.

Zo erkent de Bekendmaking weliswaar het beperkende effect van aanbodssubstitutie als zijnde effectief equivalent aan dat van vraagsubstitutie, maar het past de SSNIP-test niet toe op de eerste vorm. Er wordt geen duidelijke economische argumentatie voor deze omissie aangedragen. In veel rechtszaken van de Commissie, alsmede in de Bekendmaking zelf, wordt de vraag of alternatieve aanbieders hun prijs winstgevend en duurzaam met 5-10% kunnen verhogen, niet eens gesteld. De Commissie neemt veelal genoegen met het bespreken van verschillen in productie, technologie of distributiesystemen, die reacties van aanbieders commercieel onhaalbaar zouden maken.

Voorts wordt de analyse van aanbodreacties op de niet-korte termijn volgens de Bekendmaking niet in het stadium van de marktdefinitie uitgevoerd. De Commissie neemt mogelijke reacties van concurrerende aanbieders niet in overweging als deze bestaan uit het aanpassen van bestaande activa, additionele investeringen, strategische beslissingen of uitstel in de tijd. Eerst in het volgende stadium van de beoordeling van de toetredingscondities wordt aan deze overwegingen aandacht besteed. Het kan weliswaar eenvoudiger zijn om de factoren en omstandigheden die toetreding op een markt beïnvloeden pas te beoordelen als de positie van de ondernemingen op de relevante markt eerst is vastgesteld, maar het buiten beschouwing laten van potentiële concurrenten kan resulteren in een te nauwe marktdefinitie, die significante concurrentiebeperkingen negeert. In sommige markten, met name de dynamische, vormen potentiële rivalen een reële bron van effectieve concurrentie, vanwege hun mogelijkheid om ineens in de bedrijfstak toe te treden. Ze buiten beschouwing laten bij het bepalen van de relevante markt kan er toe leiden dat het beginpunt niet juist wordt gedefinieerd. Even problematisch is de nadruk die de Bekendmaking legt op traditionele juridische bepalingen, zoals producteigenschappen en beoogd gebruik, om de marktdefinitie mee vorm te geven. Zulke overwegingen kunnen de analyse vertroebelen, de voorspelbaarheid van de marktdefinitie van de Commissie reduceren en de rechtszekerheid ondermijnen. De commissie ziet functionele uitwisselbaarheid van kenmerken als beginpunt van haar analyse, maar dit filteringproces pakt waarschijnlijk slecht uit, omdat het relevante concurrerende krachten reeds in een vroegtijdig stadium uitsluit.

Voorts is de registratie van kwantitatieve technieken, waarmee de Bekendmaking een meer accurate meting van substitutie nastreeft, totnogtoe onbevredigend. De SSNIP-test is weliswaar aanvaard als het centrale conceptuele raamwerk bij het definiëren van markten, maar de economische methoden om de invloed ervan te kwantificeren, worden niet ten volle aangewend. De reeks gebruikte technieken is beperkt en die technieken zelf zijn vrij rudimentair in vergelijking tot de mate van verfijndheid die blijkt uit de hedendaagse economische praktijk. Zoals in dit boek gedetailleerd wordt betoogd, lijden sommige van de technieken die door de Commissie worden gehanteerd, ondanks hun intuïtieve aantrekkingskracht, aan ernstige tekortkomingen, hetgeen in foutieve marktdefinities kan resulteren. Prijsrelatieanalyse, bijvoorbeeld, wordt vaak als ongeschikt aangemerkt voor marktdefinitie, omdat het een aantal valkuilen kent die haar effectiviteit en betrouwbaarheid ondermijnen. Zo kan het niet worden gebruikt om een causaal verband aan te tonen tussen de waargenomen prijsbewegingen van twee producten. Dit resulteert erin dat, zelfs als twee producten een zeer sterke correlatie vertonen, niet is bewezen dat ze één relevante markt vormen, en het sluit de mogelijkheid niet uit dat één van die producten zelf een relevante markt vormt. Soortgelijke scepsis is op haar plaats bij het toepassen van tests betreffende handelsstromen en vervoerstests. In feite kan geen enkele omvang van fysieke beweging werkelijk garanderen dat twee gebieden elkaar beperken in de mogelijkheid tot een prijsstijging. Noch de aanwezigheid, noch de afwezigheid van significante handelsstromen tussen regionen is voldoende om aan te tonen dat de regio's al dan niet tot dezelfde geografische markt behoren. Net zoals prijsrelatieanalyses kunnen deze tests een verbondenheid tussen producten

of regionen suggereren, maar ze zijn niet in staat om de exacte omvang van de relevante markt te bepalen en ze bieden geen direct antwoord op de vraag die de SSNIP-test stelt.

Tegelijkertijd zijn meer ontwikkelde economische inzichten, zoals de *critical loss analysis* of fusiesimulaties niet doorgedrongen tot de formulering in de Bekendmaking. Hoofdstuk 4 van dit boek bespreekt elf van de meest vooraanstaande technieken die tegenwoordig de boventoon voeren in mededingingsanalyses,

maar slechts drie hiervan zijn in de Bekendmaking opgenomen.

Zo beschouwd kan de Bekendmaking, oppervlakkig gezien, weliswaar als een stap voorwaarts ten opzichte van de conventionele juridische methoden worden gezien, maar in werkelijkheid blijft achterdocht aangaande het gebruik van economische analyse aanwezig. Er kan derhalve worden geconcludeerd dat de reguleringsvoorschriften die de Commissie gebruikt niet in overeenstemming zijn met de economische theorie die ten grondslag ligt aan de definitie van de relevante markt. Nu de Bekendmaking haar tiende verjaardag nadert, kan de Commissie worden opgeroepen tot het uitvaardigen van een nieuwe Bekendmaking betreffende marktdefinitie, die de weg vrijmaakt voor een werkelijke ‘*more economic approach*’ in het besluitvormingsproces van de Commissie.

Ten tweede bevestigen beslissingen in Europese mededingingsrechtzaken dat de Europese mededingingsrechtelijke praktijk tekortschiet bij het benutten van alle relevante empirische maatstaven. Ook al heeft de Bekendmaking uit 1997 de SSNIP-test effectief aangewezen om de marktdefinitie te beheersen, de Commissie volgt het SSNIP-raamwerk niet zo routinematig als zou mogen worden verwacht. In het transatlantische *Cruise Ship* fusieonderzoek, om een voorbeeld te geven, verwijst de Commissie wel kort naar de SSNIP-test, maar wordt deze snel terzijde geschoven ten faveure van een traditionele analyse van marktvoorwaarden.

In de context van de geografische marktdefinitie wordt de test zelfs nog lichtzinniger toegepast. Ook al wordt SSNIP-methodologie in de Bekendmaking voor zowel de product- als de geografische relevante markt in aanmerking genomen, in de praktijk is de implementatie (impliciet of expliciet) van de test veel duidelijker en beter gestructureerd bij het definiëren van productmarkten. Veel geografische referentiemarkten worden dus gebaseerd op basis van homogeniteit van de mededingingsvoorwaarden die zich in een bepaald gebied voordoen, op een wijze die overeenkomst vertoont met de benadering van producteigenschappen bij productmarkten.

Voorts past de Europese Commissie empirische analyses niet zo voortvarend toe als de Amerikaanse mededingingsautoriteiten, terwijl het gebruik van empirische methoden toch wordt gezien als een van de belangrijkste vooruitgangen in de mededingingsanalyse in de EU en de U.S. Het onderzoek van EU-zaken dat in Hoofdstuk 5 is uitgevoerd, bevestigt dat feitelijk bewijs (dat wil zeggen, niet-economisch bewijs) het belangrijkste blijft voor de Commissie. De *Nestlé/Perrier*-beslissing uit 1992 bijvoorbeeld gaat in op consumentenmotivatie, de perceptie van het product en het beoogd gebruik, tezamen met productie- en distributiecondities en de visie van de detailhandel. Ook in de *Procter & Gamble/Schickedanz*-zaak uit 1994 wordt een hele opsomming van kwalitatieve overwegingen gegeven, waaronder producteigenschappen, materialen, gebruiksmogelijkheden, consumptievoorkeuren en gebruikspatronen. In de meest recente *Cruise Ship* fusie, van na de publicatie van de Bekendmaking,

wordt niet van deze praktijk afgeweken. Het lijkt er op dat de Commissie haar toevlucht neemt tot de meer intuïtieve instrumenten, die geen specifieke economische expertise vereisen, Dit kan echter ten koste gaan van de analytische nauwkeurigheid van de SSNIP-methodologie uit de Bekendmaking van 1997.

Veel beslissingen van de Commissie missen dan ook analytische nauwkeurigheid, in die zin dat ze zich niet richten op de mogelijkheid van de onderneming om de prijzen winstgevend te verhogen boven het concurrentiële niveau. Evenmin streven ze serieus naar het kwantificeren van dat effect. De fase van marktdefinitie biedt veeleer een informele en soms onsamenhangende presentatie van functioneel uitwisselbare factoren, prijzen en kwaliteitsvergelijkingen.

Zo' n benadering opent de mogelijkheid van verregaande juridische willekeur en schept het gevaar van te nauw gedefinieerde markten. Voorts brengt het de betrouwbaarheid en controleerbaarheid van de mededingingsanalyse in gevaar.

Samenvattend, ook al heeft het Europese mededingingsrecht zich verwijderd van haar traditionele oorsprong en haar exclusieve afhankelijkheid van subjectieve juridische criteria, de 'modernisering' van het definiëren van de markt - in overeenstemming met de groeiende wereldwijde vraag naar empirische input in mededingingsanalyses - is nog niet compleet. De conclusie is dan ook dat, voor wat betreft het toepassen van empirische instrumenten, de kloof tussen theorie en praktijk nog steeds grotendeels aanwezig is.