

ROOFPRIJZEN

HET ECONOMISCH PERSPECTIEF[§]

Eric van Damme^{*}

CentER and TILEC
Universiteit van Tilburg

15 december 2003

[§] Geschreven op verzoek van Allen & Overy.

^{*} Prof.dr. E.E.C. van Damme, CentER for Economic Research en Tilburg Law and Economics Center (TILEC), Universiteit van Tilburg, Postbus 90153, 5000 LE Tilburg, Tel +31-13-4663045, Fax +31-13-4663266, e-mail: Eric.vanDamme@TilburgUniversity.nl, <http://center.uvt.nl/staff/vdamme/>.

“There seems to be general consensus among informed observers that genuine cases of predation are very rare birds. As Areeda and Turner note, that does not relieve us of the necessity of guarding against those rare occurrences, of taking steps to prevent them and to rectify any damage they produce. But there is a painful trade-off here. Rules that make it excessively easy to secure conviction on charges of predation invite anti-competitive and rent-seeking litigation. Such rules tempt firms that cannot make it in the marketplace by virtue of superior products or greater efficiency and lower costs, to seek success over their more efficient rivals in the courts instead. (...) Long study of the subject has led me to the conclusion that litigation of this sort is a major handicap to the growth and competitiveness of the nation’s economy.”¹

¹ William Baumol: “Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test”, *Journal of Law and Economics* 34 (1996) 49-72

1. INLEIDING

Op 23 september 2003 heeft KPN onderwijsinstellingen in Nederland een aanbod gedaan voor “gratis” breedband internet voor de duur van drie jaar (van 1 januari 2004 tot 1 januari 2007). Op 12 november 2003 heeft de voorzieningenrechter, in een kort geding aangespannen door nl.tree en Easynet, KPN verboden dit aanbod gestand te doen. In r.o. 3.17 stelt de rechter

“Naar voorlopig oordeel biedt KPN haar diensten hier dan ook aan tegen “roofprijzen” ook wel vechtprijzen genoemd, hetgeen onrechtmatig is”.

Preciezer gesteld komt de rechter tot het voorlopig oordeel dat KPN een economische machtspositie inneemt

“3.12 Gelet op het voorgaande (...) neemt KPN naar voorlopig oordeel op de Nederlandse markt voor breedbandinternettoegang een economische machtspositie in.”

en dat KPN deze economische machtspositie misbruikt

“3.14. Door het gedurende drie jaar gratis aanbieden van breedband internet opereert KPN binnen het marktsegment van de onderwijsinstellingen en maximaal onder de gemiddelde variabele kosten. Reeds daarmee is – volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen – gegeven dat KPN misbruik maakt van haar machtspositie, zonder dat behoeft te worden vastgesteld dat KPN gratis breedbandinternet aan onderwijsinstellingen aanbiedt met de bedoeling eisers en eventuele andere aanbieders uit de markt te verdrijven of nieuwe toetreders van de markt te weren.”

In deze opinie bespreek ik de genoemde beslissing van de rechter vanuit economisch perspectief, waarbij ik ook relevante jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG, alsmede jurisprudentie uit de VS, meeneem. Ik beperk me in het onderstaande grotendeels tot de vraag of van misbruik sprake is. Beantwoording van de vraag wat de relevante markt in het onderhavige geval is, vereist empirisch onderzoek en zo'n onderzoek heb ik niet gedaan. Wel

merk ik op dat het zeer onwaarschijnlijk is dat KPN op de relevante markt over een economische machtspositie beschikt, onder andere omdat er geen substantiële toetredingsbelemmeringen zijn, noch belemmeringen voor hertoetreding. Ik kom tot een conclusie die tegengesteld is aan die van de voorzieningenrechter, te weten dat:

Er kan niet worden gesteld dat KPN roofprijzen hanteert, en dus misbruik van de (hypothetische) machtspositie maakt. In ieder geval kan louter uit het feit dat de prijs onder de gemiddelde variabele kosten ligt niet geconcludeerd worden dat KPN misbruik van een machtspositie maakt en onrechtmatig handelt: de jurisprudentie van het Hof, noch de economische wetenschap laat deze conclusie toe.

In het vervolg van deze opinie onderbouw ik bovenstaande conclusie.

In deel 2 ga ik in op de economische theorie die voor “predatory pricing” relevant is. Kort samengevat laat de economische wetenschap de conclusie toe dat het hanteren van roofprijzen, hoewel onwaarschijnlijk, theoretisch tot de mogelijkheden behoort. Het hanteren van (onwenselijke) roofprijzen kan echter alleen onder zeer bijzondere omstandigheden bedrijfseconomisch rationeel zijn; in het bijzonder is daarvoor vereist dat er barrières voor (her-)toetreding tot de markt zijn. De economische wetenschap laat ook zien dat het onderscheid tussen “normale prijsconcurrentie” en ‘het hanteren van roofprijzen’ niet eenvoudig te maken is. Vastgesteld kan echter worden dat een prijs die verlieslatend is (lager is dan de gemiddelde kosten) op zich geen bewijs vormt dat van roofdiergedrag sprake is: ook bij “normale” concurrentie behoort een dergelijke prijs immers tot de mogelijkheden.

In deel 3 ga ik in op Europese en Amerikaanse jurisprudentie m.b.t. “predatory pricing”. Ik laat zien dat uit de jurisprudentie van het Europese Hof niet geconcludeerd kan worden, zoals de voorzieningenrechter klaarblijkelijk doet, dat een prijs die lager is dan de gemiddelde variabele kosten, per se misbruik impliceert. De recente Amerikaanse jurisprudentie stelt, in overeenstemming met de in deel 2 besproken economische theorie, de vraag centraal of het hanteren van roofprijzen bedrijfseconomisch rationeel kan zijn, d.w.z. of de ermee verbonden kosten terugverdiend kunnen worden. De mogelijkheid de gemaakte kosten terug te verdienen is een essentieel onderdeel van de toets of van “roofgedrag” sprake is; dit aspect komt echter in het besluit van de voorzieningenrechter niet aan de orde.

Tenslotte pas ik, in deel 4, de inzichten uit het voorgaande toe op de feiten zoals gepresenteerd in het geding tussen nl.tree/Easynet en KPN. De lezer die alleen in deze specifieke zaak geïnteresseerd is, kan meteen doorgaan naar dit deel. Ik vat de essentie van het argument hier samen.

Het kader dat de economische theorie, zoals besproken in deel 2, aanreikt, dwingt tot het beantwoorden van de volgende (cumulatieve) vragen:

1. Is de marktstructuur dusdanig dat “predatory pricing” succesvol kan zijn om de concurrentie te elimineren?
2. Is de marktstructuur dusdanig dat, nadat de concurrentie verdreven is, de in het proces gemaakte verliezen goedge maakt kunnen worden?
3. Zijn er andere mogelijke verklaringen voor het prijsgedrag? Zouden dergelijke lage prijzen ook bij normale concurrentie tot stand kunnen komen?
4. Wat is de invloed op het consumentensurplus, of de welvaart?

Alleen als de antwoorden “ja”, “ja”, “nee” en “negatief” zijn, is, vanuit economisch oogpunt, ingrijpen in het marktproces gerechtvaardigd.

Mijn antwoorden op deze vragen zijn:

- (i) nee: de marktstructuur is niet dusdanig dat, als gevolg van het huidige aanbod van KPN aan de scholen, concurrenten van de markt verdreven kunnen worden,
- (ii) nee: de marktstructuur is niet dusdanig dat ‘recoupment’ mogelijk is,
- (iii) ja: het aanbod kan uit normaal concurrentiegedrag verklaard worden,
- (iv) positief: de consumenten profiteren niet alleen op korte termijn, maar ook op de lange termijn.

Mijn conclusie is daarom dat ingrijpen in het marktproces ongewenst is: het besluit van de voorzieningenrechter beschermt onnodig de concurrenten van KPN, en schaadt de consumentenbelangen.

2. ECONOMISCHE ANALYSE VAN ‘PREDATORY PRICING’

2.1 Definitie

De economische definitie van een roofprijs is een prijs die dusdanig laag is dat deze tot uittreding van concurrenten leidt en een dusdanige verandering van de marktstructuur tot gevolg heeft dat, nadat de concurrentie verdreven is, het ‘roofdier’ (het bedrijf dat de roofprijs gehanteerd heeft) een zodanige marktmacht heeft dat hij de prijs dusdanig kan verhogen dat de initiële verliezen ten gevolge van het roofgedrag meer dan worden goedge maakt. Het hanteren van roofprijzen moet gezien worden als een investering in de verandering van de marktstructuur. Net als elke investering brengt deze kosten met zich mee: gedurende het tijdvak dat de roofprijzen gehanteerd worden is de winst lager dan de winst die bij ‘normale concurrentie’ zou resulteren. Daar staat tegenover dat, nadat de concurrentie verdreven is, de winst hoger is dan deze bij ‘normale concurrentie’ zou zijn, en dat de extra winst (die verdisconteerd moet worden omdat zij immers later gerealiseerd wordt) dusdanig groot is dat zij de initiële verliezen compenseert.

Merk op dat in bovenstaande definitie onderscheid wordt gemaakt tussen twee perioden (de “prijsoorlog” en “daarna”) en dat expliciet de vergelijking gemaakt wordt tussen roofprijzen en de prijzen bij normale concurrentie. Laten we, ter concretisering en omwille van de eenvoud uitgaan van een scenario met twee spelers en twee periodes, d.w.z. ‘predation’ neemt de vorm aan van een prijsoorlog gevolgd door monopolistische prijszetting, en dat bij ‘normale concurrentie’ de concurrent niet verdreven wordt. In dit geval hanteert het dominante bedrijf bij ‘predation’ eerst de prijs p_r en vervolgens de prijs p_m , terwijl bij normale concurrentie steeds de prijs p_c gezet wordt. Als we $\pi_t(p)$ schrijven voor de winst van het dominante bedrijf in periode t ($t = 1,2$) als gevolg van de prijs p , dan is de bovengenoemde definitie equivalent met de volgende condities

$$p_r < p_c \tag{2.1}$$

$$p_c < p_m \tag{2.2}$$

$$\pi_1(p_r) + \delta\pi_2(p_m) > \pi_1(p_c) + \delta\pi_2(p_c) \tag{2.3}$$

Conditie (2.1) stelt dat de roofprijs, p_r , onder de prijs p_c ligt die bij normale concurrentie ontstaat. Conditie (2.2) stelt daarentegen dat, nadat de concurrent verdreven is,

de prijs hoger zal zijn. Tenslotte eist conditie (2.3) dat de totale winst van het dominante bedrijf bij ‘predation’ hoger is; hierin is δ ($\delta < 1$) een verdisconteringsfactor: de winst in periode 2 telt minder zwaar omdat deze later geïncasseerd wordt. De vraag is nu onder welke voorwaarden het voor een bedrijf optimaal kan zijn om de prijssequentie (p_r, p_m) te hanteren in plaats van de sequentie (p_c, p_c) . Hierbij zijn een aantal deelvragen te beantwoorden:

- (Conditie 2.1) Hoe kunnen roofprijzen van competitieve prijzen worden onderscheiden?
- (Conditie 2.2) Kan de concurrentie van de markt worden uitgesloten?
- (Conditie 2.3) Kan uitsluiting winstgevend zijn?

Paragraaf 2.2 behandelt de eerste vraag. De twee overige vragen worden, gecombineerd, in de paragrafen 2.3 en 2.4 besproken; hierbij focust 2.3 op de “oudere” theorie en 2.4 op de “moderne strategische theorie”. Paragraaf 2.5 bespreekt een juridische toets voor ‘predation’ die volgt uit deze moderne theorie.

2.2 Het onderscheid tussen roofprijzen en concurrerende prijzen

Hoe kan men vaststellen of een prijs een roofprijs is, d.w.z. een prijs die het bedrijf alleen hanteert omdat het een (ongewenste) marktstructuur, waarin dit bedrijf marktmacht heeft, wil bewerkstelligen. Het bovenstaande geeft aan dat men de prijs moet vergelijken met de prijs die bij ‘normale’ concurrentie zou ontstaan. De vraag is dus: welke prijs resulteert bij ‘normale concurrentie’?

2.2.1 *Areeda en Turner: $p_c = MK$*

Deze vraag en de daaruit resulterende toets voor ‘predatory pricing’ stond centraal in het invloedrijke artikel van Areeda en Turner². Deze auteurs beargumenteren dat in een markt die gekenmerkt wordt door volkomen concurrentie voor elk producerend bedrijf de prijs gelijk is aan de marginale kosten en dat de relevante waarde voor p_c bijgevolg gelijk is aan deze marginale kosten

$$p_c = MK \tag{2.4}$$

Bijgevolg stellen Areeda en Turner voor een prijs als een roofprijs te bestempelen als deze later is dan de marginale kosten van het bedrijf, althans lager dan de marginale kosten zoals het bedrijf deze redelijkerwijs kan anticiperen. Omdat het bepalen van de marginale kosten van een bedrijf in de praktijk een lastige aangelegenheid kan zijn, stellen zij voor de gemiddelde variabele kosten (GVK) als benadering voor de marginale kosten te hanteren, en in de praktijk met deze benadering te werken. In deze bijdrage wil ik bij de praktische problemen van kostenbepaling niet stil staan. Veel belangrijker zijn de conceptuele problemen die verbonden zijn met de toets van Areeda en Turner: in praktische gevallen is MK, noch GVK, een relevante benchmark.

Areeda en Turner merken terecht op dat, in een statische situatie, elke transactie die plaats vindt tegen een prijs die lager is dan de marginale kosten verlieslatend is en dus niet winstmaximaliserend kan zijn, echter de context waarin ‘predatory pricing’ plaats zou kunnen vinden is er niet een van statische concurrentie, maar van dynamische: ‘predation’ is immers een investering nu met mogelijke opbrengsten in de toekomst. De interactie tussen het roofdier en zijn prooi is niet alleen dynamisch, zij is ook strategisch: het roofdier probeert het gedrag van de prooi te beïnvloeden. Het model van volkomen concurrentie waarop de toets van Areeda en Turner gebaseerd is abstraheert zowel van dynamiek (het is een statisch model) als van strategie (er wordt aangenomen dat bedrijven prijsvolgers zijn en dat zij andere bedrijven niet direct kunnen beïnvloeden); bijgevolg is de daaruit resulterende toets niet noodzakelijk relevant voor praktische situaties van oligopolistische concurrentie waarin zowel strategie als dynamiek uitermate belangrijk zijn.

De vraag die zich daarom stelt is welke benchmarkprijs in dergelijke situaties wel relevant is. Helaas is deze vraag niet zo eenvoudig te beantwoorden, de moderne economische wetenschap laat geen andere conclusie toe dan “het hangt af van de situatie”. Wel kunnen we concluderen dat $p_c = MK$ geen relevante benchmark is: bij oligopolistische concurrentie kan zowel een prijs ontstaan die lager is dan de marginale kosten, als een prijs die hoger is. We zullen dit in het onderstaande uitwerken. We concentreren ons daarbij op gevallen waarbij normale concurrentie tot een prijs leidt die lager is dan de marginale kosten. Er zijn, zoals

² Philip Areeda en Donald Turner “Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act, *Harvard Law Review* 88 (1975), 637

gesteld, ook situaties waarbij de prijs bij normale concurrentie hoger is dan de marginale kosten, deze situaties zijn echter voor de situatie die dit paper motiveert niet zo relevant.³

2.2.2 Dynamische oligopolistische concurrentie: $p_c < MK$

Er zijn een groot aantal redenen waarom in een situatie van dynamische oligopolistische concurrentie, een bedrijf ervoor kan kiezen een prijs te hanteren die lager is dan de marginale kosten die met dit aanbod voor het bedrijf verbonden zijn. We bespreken er hier een aantal.

Omschakelkosten

We zien vaak dat aan nieuwe klanten verlieslatende contracten worden aangeboden in de hoop dat deze klanten niet meteen weg zullen lopen op het moment dat het bedrijf poogt de initiële verliezen goed te maken. We zien dit op de markt voor mobiele telefonie (iemand die een abonnement afsluit krijgt een mobieltje aangeboden voor een prijs die lager is dan de kosten), maar ook in de financiële sector, waar banken jeugdige klanten aan zich proberen te binden.

Netwerkexternaliteiten

In bepaalde gevallen ontleent een consument meer waarde aan een product naarmate er meer andere consumenten zijn die datzelfde product ‘consumeren’. Men kan hierbij denken aan software programma’s en spelletjes, maar ook aan traditionele producten zoals maaltijden in een restaurant. Niemand eet graag in een bijna leeg restaurant, zelfs niet als het voedsel van uitstekende kwaliteit is. Het kan daarom voor een restaurant een winstgevende strategie zijn om vroege bezoekers middels gratis maaltijden te lokken: het restaurant loopt dan vol en die investering loont. De ‘happy hours’ bij cafés zijn een illustratie van hetzelfde fenomeen.

Leereffecten

Veelal moeten bedrijven leren efficiënt te produceren en dalen de eenheidskosten van productie met het geproduceerde volume. Een bedrijf kan er dan voor kiezen de vroeg

³ Indien partijen marktmacht hebben (bijvoorbeeld bij Cournot concurrentie, of prijsconcurrentie à la Hotelling),

geproduceerde eenheden tegen een lage prijs (lager dan de marginale kosten) op de markt te brengen, om zo de vraag te stimuleren en uiteindelijk een groot productievolume mogelijk te maken. Het is in dit verband de moeite van het vermelden waard dat Areeda en Turner in hun toets spreken van “reasonably anticipated costs”, m.a.w. het huidige niveau van de marginale kosten hoeft niet het relevante te zijn, maar het toekomstige en dit kan veel lager zijn.

Verzonken kosten

Belangrijk is ook de constatering dat de variabele kosten reeds verzonken kunnen zijn, en dus in feite in de berekening van de marginale kosten niet meer meetellen. Een kledingzaak die van de ingekochte hoeveelheid op het eind van het seizoen nog 25 seizoensartikelen over heeft doet er goed aan deze artikelen coute-que-coute te verkopen, onafhankelijk van wat de inkoop prijs was: de relevante marginale kosten zijn in dit geval (praktisch) nihil. Het is zinvol op te merken dat de meeste economen in dit verband de voorkeur geven aan “incrementele kosten” of “vermijdbare kosten” boven GVK.⁴

Complementaire producten

Een bedrijf dat zowel printers als toner verkoopt kan er verstandig aan doen de printers voor een prijs beneden de productiekosten te verkopen, en wel indien de daaruit resulterende extra vraag naar printers gepaard gaat met een dusdanige extra vraag naar toner dat de investering wordt goedge maakt. De complementariteit kan ook indirect zijn: indien het bedrijf via een lage prijs voor product X een dusdanige reputatie verwerft dat de vraag naar product Y van dit bedrijf stijgt dan kan de lage prijs voor X lonen.

Asymmetrie

Bovenstaande argumenten kunnen versterkt worden (d.w.z. kunnen nog lagere prijzen tot gevolg hebben) in het geval sprake is van asymmetrie tussen bedrijven. Veronderstel dat de bedrijven A en B de producten X en Y aanbieden, dat sprake is van complementaire producten, dat product X verbonden is met omschakelkosten, dat consumentengroep C een contract met bedrijf B heeft afgesloten en dat dit contract afloopt. In deze situatie zou bedrijf

of wanneer zij vaste kosten moeten terugverdienen, dan zal de prijs hoger zijn dan de marginale kosten.

A graag product *X* aan *C* leveren om daarmee (indirect) ook de kansen te vergroten om product *Y* aan consumentengroep *C* te leveren. Consumentengroep *C* heeft omschakelkosten en om de klandizie te winnen zal *A* op zijn minst deze omschakelkosten moeten vergoeden. Het gevolg kan zijn dat *A* aan *C* product *X* tegen verlieslatende tarieven zal moeten (en zal willen) aanbieden.

2.2.3 De Prijs-kosten test: conclusie

De conclusie die we kunnen trekken is dat “ $p = MK$ ” niet de grens tussen normale concurrerende prijzen en rooftprijzen markeert. Weliswaar zal in een markt met volkomen concurrentie de gelijkheid “ $p = MK$ ” gelden, maar ‘volkomen concurrentie’ is een theoretisch ideaal dat ver af staat van de marktstructuren die we in de praktijk kennen. Het model van ‘volkomen concurrentie’ is, onder andere, gebaseerd op de aannames van statische en niet-strategische interactie. In situaties waarin het gevaar van ‘predatory pricing’ dreigt is daarentegen juist sprake van dynamische en strategische interactie, en wel tussen een klein aantal spelers. In het bovenstaande werd aangetoond dat, in een dergelijke situatie, er een groot aantal redenen kan zijn waarom ‘normale concurrentie’ bedrijven ertoe kan aanzetten prijzen te kiezen die lager zijn dan de marginale kosten. Prijzen beneden de marginale kosten zijn dus niet automatisch rooftprijzen en een regel die bedrijven, ook dominante bedrijven, verbiedt een prijs te hanteren die lager ligt dan de marginale kosten, is vanuit economisch oogpunt ongewenst: zo’n regel beperkt de concurrentie in plaats van deze te bevorderen.

2.3 **McGee en de (ir-)rationaliteit van rooftprijzen**

Zoals boven gesteld is de conditie “ $p < MK$ ” voor de karakterisering van rooftprijzen afgeleid uit het model van volkomen concurrentie. Dat model is op een groot aantal aannamen gebaseerd, die we hier niet alle de revue zullen laten passeren. Een belangrijke aanname in dat model is echter dat bedrijven volledig geïnformeerd zijn over alle relevante data in de economie, waaronder elkaars kostenfuncties. Een tweede belangrijke aanname is dat bedrijven niet over marktmacht beschikken. In een fundamenteel artikel in het *J. Law and Economics* heeft John McGee laten zien dat onder deze twee aannames het hanteren van

⁴ Zie bijvoorbeeld Baumol, *supra* (noot 1) of Janusz Ordover en Garth Saloner “Predation, Monopolization and Antitrust”, Hoofdstuk 9 (pp 537-596) in Richard Schmalensee en Robert Willig (red.) *Handbook of Industrial Organization*, Volume 1, Elsevier, 1989.

rooftprijzen voor een bedrijf geen winstmaximaliserende strategie kan zijn.⁵ Met andere woorden, onder dezelfde aannames waaronder de conditie “ $p < MK$ ” werd afgeleid geldt dat er geen enkele prijscombinatie (p_r, p_m) is die voldoet aan de condities (2.1)-(2.3). Nog anders geformuleerd: in die situaties waarin “ $p < MK$ ” theoretisch relevant is zal een bedrijf dat zijn winst wil maximaliseren nooit rooftprijzen willen hanteren: er zijn betere middelen om het doel te realiseren.

In deze paragraaf wordt nader ingegaan het argument van McGee. Een belangrijke observatie van McGee is dat, bij afwezigheid van toetredingsbarrières (een standaardaanname in het model van volkomen concurrentie) het ‘roofdier’ niet in staat zal zijn de initiële winsten goed te maken. Het argument is eenvoudig: stel dat de prooi verdreven is en dat het roofdier zijn prijs verhoogt van p_r naar p_m . Omdat $p_c < p_m$ kan bij deze prijs de dominante onderneming winstgevend door een toetreder onderboden worden. Bij afwezigheid van toetredingsbarrières kan deze nieuwkomer inderdaad ook toetreden en de monopolist zijn klanten afpakken. Men ziet eenvoudig dat hetzelfde argument geldt voor elke prijs $p > p_c$ voor de monopolist. Dit impliceert dat “in periode 2” de monopolist geen hogere winst kan behalen dan $\delta\pi_2(p_c)$. Gegeven deze conclusie volgt dat ook in de eerste periode het optimaal is voor de monopolist om prijs p_c te vragen: immers een lagere prijs levert minder winst op in de eerste periode en niet meer winst in de tweede periode. De conclusie is duidelijk: bij afwezigheid van toetredingsbarrières en bij volledige informatie is het hanteren van rooftprijzen suboptimaal, een bedrijf dat door zijn aandeelhouders tot winstmaximalisatie (maximalisatie van de aandeelhouderswaarde) gedwongen wordt zal geen rooftprijzen hanteren. Als het hanteren van rooftprijzen niet bedrijfseconomisch rationeel is, moeten de waargenomen prijzen dus competitief zijn, en is ingrijpen door de mededingingsautoriteit ongewenst.

Het argument van McGee is ook relevant in een situatie waarbij er wel toetredingsbarrières voor derde partijen zijn, maar geen ‘re-entry barriers’ voor een partij die reeds op de markt is. Veronderstel dat de eerste toetreder met rooftprijzen geconfronteerd wordt. Wat deze toetreder kan doen is zich, tijdens de prijsoorlog, tijdelijk van de markt terugtrekken, om, op het moment dat de monopolist zijn prijzen verhoogt, opnieuw actief te worden. Er zijn geen “re-entry costs” en dus is zo’n strategie mogelijk. Het gevolg is opnieuw dat het roofdier zich zal realiseren dat de strategie niet succesvol kan zijn, met als gevolg dat

⁵ John McGee, “Predatory Price Cutting: The Standard Oil (NJ) Case”, *J. Law Economics* 1 (1958) 137-

een ‘rationeel roofdier’ geen roofprijzen zal hanteren. Merk ook op dat, in dit geval, de dreiging dat, indien toetreding plaats zal vinden, roofprijzen gehanteerd zullen worden, niet geloofwaardig is. Geconfronteerd met toetreding is het immers voor het roofdier optimaal te accommoderen, en competitieve prijzen te hanteren. De conclusie is dat, indien bij competitieve prijzen toetreding winstgevend is, uitsluiting niet mogelijk is.

De conclusie is duidelijk. Bij afwezigheid van toetredingsbarrières (of preciezer “re-entry barriers”) kan het hanteren van roofprijzen geen hogere winst opleveren dan normale concurrentie; zuiver bedrijfseconomische overwegingen zullen een bedrijf er toe brengen geen roofprijzen te hanteren, en het mededingingsbeleid hoeft zich over roofprijzen geen zorgen te maken. Het hanteren van roofprijzen kan alleen winstmaximaliserend zijn als er (substantiële) “re-entry barriers” zijn en McGee merkt terecht op dat het er dan om gaat om de mogelijkheid van “recoupment” in te schatten. McGee stelt bovendien dat “recoupment” niet automatisch is en dat, bij volledige informatie, het “roofdier” over goedkopere methoden beschikt dan het starten van een prijsoorlog om hetzelfde doel te bereiken. Dit laat de conclusie toe dat alleen in situaties van asymmetrische informatie het gevaar van “roofprijzen” reëel is.

2.4 **Asymmetrische Informatie en de Rationaliteit van Roofprijzen**

De conclusie uit het voorgaande is dat, op basis van modellen met volledige informatie, geen coherente theorie ontwikkeld kan worden voor het hanteren van roofprijzen door bedrijven. Natuurlijk is in de praktijk informatie vaak imperfect en asymmetrisch verdeeld. Sinds de jaren 1980 heeft de economische wetenschap onderzocht of op basis van de aanname van asymmetrische informatie een coherente verklaring voor ‘roofprijzen’ gevonden kan worden. De literatuur heeft laten zien dat, onder bepaalde omstandigheden, het hanteren van roofprijzen inderdaad bedrijfseconomisch rationeel kan zijn. In deze paragraaf bespreek ik kort deze recente literatuur. Ik baseer me daarbij op Milgrom en Roberts⁶ en op Bolton, Brodley en Riordan⁷. In de volgende paragraaf behandel ik de beleidsimplicaties van dit werk.

⁶ Milgrom, P. and J. Roberts (1980), “New Theories of Predatory Pricing”, *Industrial Structure and the New Industrial Economics*, (edited by G. Bonnano and D. Bandolini), Oxford University Press, 1980.

De economische modellen in deze categorie hebben betrekking op de situatie waarin een monopolist geconfronteerd wordt met een toetreders. Deze laatste heeft de markt en de reactie van de (voormalig) monopolist ingeschat en verwacht dat toetreding winstgevend is. De modellen zijn complex, en we zullen ze hier niet in detail bespreken,⁸ maar meestal wordt aangenomen dat er asymmetrische informatie is: de monopolist beschikt over meer informatie dan de toetreders. Zo zou de toetreders slechter geïnformeerd kunnen zijn over de marktcondities of over de kosten van de monopolist. Als de monopolist agressief op toetreding reageert en een lage prijs zet, kan de toetreders dit interpreteren als een signaal dat de monopolist efficiënter is dan verwacht (d.w.z. lagere kosten heeft) en dat de markt voor hem dus niet zo winstgevend is als gedacht, misschien zelfs dat die markt helemaal niet winstgevend is, en dat het dus beter is de markt te verlaten. De modellen hebben gemeen dat de monopolist probeert, via zijn handelen, de verwachtingen van de toetreders te manipuleren; gepoogd wordt de toetreders te doen geloven dat de marktcondities slechter zijn dan verwacht. Vanwege een gebrek aan informatie bij derden kan op deze manier ook de verwachtingen van potentiële derde toetreders negatief beïnvloed worden, kan het gebrek aan informatie tot een toetredingsbarrière leiden en kan 'predation' slagen. Van belang is dus dat in deze modellen niet alleen naar natuurlijke toetredingsbarrières gekeken wordt, maar vooral naar strategische, die in de traditionele theorie juist buiten beeld bleven. Vandaar dat de moderne theorie eerder toetredingsbarrières ziet en meer mogelijkheden voor het hanteren van rooftprijzen.

De moderne strategische theorie, gebaseerd op onvolledige informatie, laat zien dat 'predatory pricing'; in bepaalde situaties rationeel kan zijn. De kern van het argument is dat, bij onvolledige informatie, beïnvloeding van de marktstructuur en 'recoupment' eerder mogelijk zullen zijn, en wel vanwege, in essentie, twee redenen:

- (i) de reputatie van het roofdier kan een toetredingsbarrière zijn, er moet dus naast 'natuurlijke' (technologische) toetredingsbarrières ook met strategische toetredingsbarrières rekening gehouden worden,
- (ii) bij de 'recoupment test' moet ook met spill-over effecten op andere markten rekening gehouden worden: als roofgedrag op één markt succesvol is, dan kan het ertoe leiden dat ook op andere markten andere spelers van toetreding afzien, of hun gedrag

⁷ Patrick Bolton, Joe Brodley en Michael Riordan: "Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy" *Georgetown Law Journal* **88** (2000) 2239-2330

⁸ Zie de Appendix van Patrick Bolton, Joe Brodley en Michael Riordan: "Predatory Pricing: Response to Critique and further Elaboration" *Georgetown Law Journal* **89** (2001) 2495-2529, voor een samenvatting van de 'essentiële aannames' die aan deze theorieën ten grondslag liggen.

aanpassen, en deze extra winst voor het dominante bedrijf die daaruit resulteert moet bij de “recoupment” test worden meegenomen.

Echter de strategische modellen leiden niet tot een eenvoudige toets waarmee rooftprijzen van competitieve prijzen onderscheiden kunnen worden. Paul Milgrom and John Roberts, twee pioniers op dit gebied besluiten hun overzicht van deze literatuur als volgt

“Beyond this, of course, is the issue of whether antitrust law ought to attack prices that are predatory in the sense used here. We have seen that this behaviour can be socially costly, not in the expected fashion of eliminating current competition but rather through an impact on future entry. Thus, could it be clearly identified and effectively prohibited, there might be gains to doing so. But this would involve requiring firms to charge the ‘right’ prices –those that they would charge if the market and informational conditions gave no possibility of affecting rivals’ behaviour! The problems of determining what these prices are are mind-boggling. Doing so would surely cost more than any efficiency gain one might realize from reducing the height of dead-weight-loss triangles. And, given the complexity of actual business decisions and the subtle nature of the behaviour and inferences involved, it is not at all clear that even determining intent can work, no matter what the costs incurred. If so, it may be best simply to give up on attempt to control predation, even if one believes that it can and does occur.”⁹

De conclusie die op basis van de recente literatuur getrokken kan worden is:

- (i) het hanteren van rooftprijzen kan bedrijfseconomisch rationeel zijn,
- (ii) de voorwaarden waaronder het hanteren van rooftprijzen bedrijfseconomisch rationeel is zijn stringent; een essentiële aanname is dat het roofdier betere informatie heeft over de marktcondities dan de prooi; *a-priori* is “predation” onwaarschijnlijk,
- (iii) er is geen eenvoudige toets om rooftprijzen van competitieve prijzen te onderscheiden,

⁹ Paul Milgrom en John Roberts, *supra* (noot 6).

- (iv) rofprijzen kunnen tot een hogere of een lagere welvaart (of consumentensurplus) leiden dan competitieve prijzen, rofprijzen zijn dus niet à priori slecht,
- (v) ingrijpen in een poging om rofprijzen tegen te gaan kan averechts werken.

2.5 Een Juridische Toets Gebaseerd op de Moderne Economische Theorie

In Bolton e.a.¹⁰ wordt een methode beschreven, die consistent is met inzichten uit de moderne strategische economische theorie, en die gebruikt kan worden om vast te stellen of van het hanteren van rofprijzen sprake is. De auteurs stellen een aanpak in twee fases voor, waarbij de eerste fase een ‘screen’ is waarbij vooral gekeken wordt of de marktcondities zo zijn dat ‘predation’ en ‘recoupment’ mogelijk zijn, en waarbij in de (eventuele) tweede fase een gedetailleerd kostenonderzoek en onderzoek of het waargenomen gedrag van de dominante onderneming ook een alternatieve bedrijfseconomische rechtvaardiging heeft (de “efficiency defense”). De bewijslast in fase 1 ligt bij de klager, die moet bewijzen dat aan de noodzakelijke marktcondities en de voorwaarden voor “predatory pricing” voldaan is. In de tweede fase ligt de bewijslast op het punt van de rechtvaardiging hoofdzakelijk bij de beklaagde, die moet laten zien dat er een goede alternatieve, pro-competitieve verklaring voor zijn marktgedrag is. Bolton et al schrijven:

“Consistent with existing law, the proposed rule would require proof of the following elements: (1) a facilitating market structure; (2) a scheme of predation and supporting evidence; (3) probable recoupment; (4) price below cost; and (5) absence of a business justification or efficiencies defense. Together, the five elements embody a two-tier approach to predatory pricing focused on strategic conduct. The first three elements would constitute the first tier and would operate as a screening mechanism. Thus, proof of a facilitating market structure, scheme of predation with supporting evidence, and probably recoupment would be threshold conditions for a strategically-based predatory pricing case. If the case survives the first tier scrutiny, analysis would then proceed to the second tier. In the second stage, the court would examine cost evidence and asserted business justifications to determine whether the conduct was in fact anticompetitive. The advantage of a two-tiered approach is that it allows cases

¹⁰ Bolton e.a., *supra* (noot 7)

to be eliminated on less burdensome factors before requiring demanding proofs of cost and business justification. This approach appears congruent with *Brooke*, where the court identified factors essentially similar to those in our first tier test as necessary conditions for a predatory pricing suit.

A prima facie case of predatory pricing would require proof of the first tier elements in addition to proof of below-cost pricing. The plaintiff would generally have the burden of proving the prima facie elements, while the defendant would have the burden of proving the efficiency justification.”

In het onderstaande beschrijven we de door Bolton et al. voorgestelde toets in meer detail. We doen dit vooral omdat deze auteurs geprobeerd hebben de sterkste “case” te maken dat beleid tegen “predation” nodig is. Vanuit economisch perspectief is hun werk “the State of the Art”. Ik merk overigens op dat dit werk niet zonder kritiek gebleven is, zie Elzinga en Mills¹¹. De kritiek betreft niet zozeer het testschema van Bolton e.a. maar wel dat Bolton e.a. *a priori* teveel gewicht toekennen aan de mogelijkheid van ‘predation’ en dat ze de moderne theorie te serieus nemen:

“Although strategic theories of predatory pricing are exemplary in their coherence and rigor, their potential to add value to antitrust policy is much more limited than the authors admit”¹²

Deze kritiek van Elzinga en Mills heeft ertoe geleid dat Bolton et al in een vervolgpaper¹³ hun test nader hebben toegelicht en uitgebreid. In het onderstaande zal ik ook de inzichten uit dit vervolgpaper meenemen.

2.5.1 De drie stappen van Fase I¹⁴

2.5.1.1 De marktstructuur maakt ‘predation’ mogelijk.

¹¹ Kenneth Elzinga en David Mills: “Predatory Pricing and Strategic Theory”, *Georgetown Law Journal* **89** (2001), 2475-2494.

¹² Kenneth Elzinga en David Mills, *supra* (noot 11), p. 2475

¹³ Bolton et al, *supra* (noot 8).

¹⁴ Ik heb de derde stap van Bolton et al., ‘probable recoupment’ (in hun notatie 3a en 3b in drie stappen (3a, 3b en 3c) verdeeld), en wel omdat het bij hun stap 3b om twee essentieel verschillende aspecten (‘recoupment’ en negatieve invloed op de afnemers gaat).

Deze stap vereist een bewijs, te leveren door de klager, dat het roofdier marktmacht heeft, en dat er toetredingsbarrières zijn, natuurlijke dan wel strategische. Zoals Bolton et al. schrijven is een ‘facilitating market structure’ een noodzakelijke voorwaarde om van een ‘predation case’ te kunnen spreken

“When these facilitating conditions are not shown, the court should be able to dismiss the case if the structural facts are sufficiently clear.”

2.5.1.2 Bewijs dat ‘predation’ waarschijnlijk is.

De klager moet laten zien dat het aannemelijk is dat het hanteren van rooftprijzen succesvol kan zijn, en hij moet laten zien dat inderdaad rooftprijzen gehanteerd worden. Voor wat betreft het eerste element kan klager verwijzen naar moderne economische theorieën

“Therefore, modern theories, when factually supported, may sustain the plausibility of a predatory schema”

2.5.1.3 Bewijs dat de concurrentie geschaad wordt.

De concurrentie kan vervalst worden gedurende de periode dat rooftprijzen gehanteerd worden (stap 3a) of gedurende de periode dat het roofdier bovencompetitieve prijzen hanteert (stap 3b). Tenslotte gaat het uiteindelijk om de vraag of ook het consumentensurplus en de welvaart geschaad worden (stap 3c).

2.5.1.3a Bewijs van “uitsluiting” van concurrenten.

De klager moet bewijzen dat hij, door het gedrag van het ‘roofdier’ van de markt verdreven wordt, of dat dit gedrag er anderszins op gericht is hem te disciplineren. Op dit punt wijzen Bolton et al. erop dat ‘predation’ niet alleen op volledige uitsluiting van de markt gericht kan zijn, maar het doel ook disciplineren van de rivaal kan zijn. Door niet volledige uitsluiting te eisen, maar toe te staan dat de klager volstaat met te bewijzen dat van ‘disciplineren’ sprake is, verlagen Bolton et al. de bewijslast van de klager. Anderzijds wijzen zij erop dat een marktpartij vanwege een groot aantal redenen van de markt kan verdwijnen. Het louter

bewijzen dat men van de markt ‘moest’ verdwijnen is niet voldoende, de klager moet laten zien dat het gedrag van de concurrent in grote mate voor dit verdwijnen verantwoordelijk is.

2.5.1.3b Bewijs dat ‘recoupment’ waarschijnlijk is.

De klager moet bewijzen dat de strategie van het roofdier niet alleen succesvol kan zijn in het verdrijven of disciplineren van de rivaal (stap 3a), maar ook dat deze strategie voor het roofdier zelf winstgevend is. Dit vereist bewijs dat de initiële investering inderdaad terugverdiend kan worden op het moment dat de rivaal verdreven of gedisciplineerd is, op zijn minst moet bewezen worden dat ‘recoupment’ waarschijnlijk is. Bolton et al. schrijven

“Under *Brooke* and *Mathushita* proof of an injury to competition, actual and probable, is an essential element of a predatory pricing case. This requires evidence either that: (1) the alleged predatory scheme caused prices to rise above the competitive level in the predatory market or in another strategically-linked market, or held prices at a supra-competitive level when they otherwise would have fallen; or (2) market conditions and the predator’s conduct make future recoupment likely under the alleged scheme.”

Merk op dat voor “recoupment” ook gerelateerde markten, die beïnvloed worden door het gedrag op de ‘predatory’ markt moeten worden meegenomen.

Natuurlijk is de vraag hoe zwaar de bewijslast moet zijn: wanneer is ‘recoupment’ voldoende waarschijnlijk? Bolton et al. stellen voor dat er een relatie gelegd wordt met stap 2 uit hun stappenplan: naarmate het bewijs in stap 2 krachtiger is, zou het bewijs in deze stap minder omvangrijk kunnen zijn. Met andere woorden: als de economie en de feiten van de zaak voor wat betreft stap 2 in de richting wijzen dat ‘predation’ rationeel kan zijn, dan zou het bewijs voor de ‘recoupment’ stap minder uitgebreid hoeven te zijn. Dit aspect van het voorstel van Bolton et al. heeft veel kritiek opgeworpen, zie bijvoorbeeld Elzinga en Mills.

2.5.1.3c Bewijs dat afnemers in hun belangen geschaad worden.

Het doel van het mededingingsbeleid is niet het beschermen van concurrenten, maar het beschermen van concurrentie. Hierbij is in feite (handhaven van) concurrentie op zich weer

geen doel maar een middel om consumentenbelang en welvaart te dienen. In een geval van ‘predatory pricing’ profiteren de consumenten in de initiële fase van de lage prijzen die de prijsoorlog als gevolg heeft, maar zouden zij in de ‘recoupment fase’ in hun belangen geschaad kunnen worden omdat zij dan hogere prijzen moeten betalen. Het is gewenst een afweging te maken: consumenten kunnen een lage prijs nu en een hogere prijs in de toekomst prefereren boven ‘normale’ of ‘gemiddelde’ prijzen over de gehele periode. In dit geval profiteren de consumenten van ‘predatory pricing’ en is er niet noodzakelijk een reden om regelgevend in te grijpen.

2.5.2 De twee stappen in Fase II

2.5.2.1 De prijs is lager dan de kosten.

Bolton et al. wijzen op de nadelen van een kostenstandaard (hoe de kosten te bepalen? welke standaard te hanteren?) maar naar hun mening kan zo’n standaard helpen om bedrijven in staat te stellen effectief te plannen. Zij stellen echter voor in de gebruikelijke toetsen de Gemiddelde Variabele Kosten (GVK) te vervangen door de Gemiddelde Vermijdbare Kosten (GVK*) en de Gemiddelde Totale Kosten (GTK) door de Lange Termijn Gemiddelde Incrementele Kosten (LTGIK). Ik zal op de verschillen niet ingaan. Gegeven dat de zaak in fase II aanbeldt, en dat aan de criteria uit fase I dus voldaan is, stellen Bolton et al. voor dat bij een prijs die lager is dan GVK* kan worden aangenomen dat deze misbruikelijk is, maar dat de verdedigende partij wel de mogelijkheid heeft te bewijzen dat er goede pro-competitieve gronden zijn om zo’n prijs te hanteren (zie 2.5.2.2).

2.5.2.2 (Bedrijfs-)economische rechtvaardiging voor lage prijzen.

Bolton et al. schrijven

“A business justification or efficiencies defense serves as a means of eliminating cases where below-cost pricing by a firm with market power is likely to be welfare-enhancing, rather than predatory (...) The defense therefore serves as a necessary shield against an overly inclusive legal rule.”

Zoals we in het bovenstaande gezien hebben kan een prijs die lager is dan de kosten op diverse manieren gerechtvaardigd worden, ofwel vanuit defensief perspectief (een normale reactie op concurrentie) of vanuit offensief perspectief, om nieuwe markten open te breken. We zijn voorbeelden hiervan reeds in het bovenstaande (deel 2.2) tegengekomen. Bolton et al. schrijven

“In contrast to predatory pricing, efficient below-cost pricing in the market expanding case always involves a welfare enhancement in the recoupment market, either by reducing cost or shifting out demand.”

Het is dus zaak om 'roofprijzen' van 'welvaartsverhogende lage prijzen' te scheiden. Om het onderscheid te maken stellen Bolton et al. voor dat de beklagde partij bewijst dat:

- a) de welvaartsvoordelen waarschijnlijk zijn
- b) er geen 'minder versturende' praktische methoden (anders dan below-cost pricing) zijn die deze efficiencywinst mogelijk maken, en
- c) de 'recoupment' welvaartsverhogend is en niet enkele tot hogere prijzen leidt (m.a.w. er zullen lagere kosten optreden, of de vraag zal groter zijn en als gevolg daarvan zullen consumenten profiteren).

2.6 Conclusie

Het hanteren van roofprijzen kan alleen in zeer bijzondere omstandigheden een bedrijfseconomisch rationele strategie zijn: de marktstructuur moet uitsluiting van de concurrentie en daaropvolgende uitbuiting van de afnemers mogelijk maken. Hiertoe is vereist dat er dusdanige barrières voor (her-)toetreding tot de markt zijn dat de verliezen (lagere winsten) die uit roofprijzen resulteren gecompenseerd kunnen worden door hogere winsten op het moment dat de concurrentie verdreven of gedisciplineerd is. Volgens de moderne economische wetenschap kan alleen indien sprake is van marktimperfecties ten gevolge van asymmetrische informatie, en barrières voor hernieuwde toetreding, het hanteren van roofprijzen winstgevend zijn, maar zelfs in dit geval is dit noodzakelijkerwijs slecht voor de afnemers of voor de totale welvaart. Er is geen eenvoudige prijs-kosten test om de prijs bij normale concurrentie 'on the merits' te onderscheiden van een roofprijs, in het bijzonder kan uit het feit dat de prijs lager is dan de Gemiddelde Variabele Kosten niet afgeleid worden dat sprake is van een roofprijs. Op basis van de moderne economische theorie hebben Bolton et

al. de in 2.5 beschreven procedure ontwikkeld die vooral aandacht vestigt op de structurele kenmerken van de markt en die goed bruikbaar lijkt om na te gaan of van ‘roofprijzen’ sprake is.

3. EEN ECONOMISCHE KIJK OP DE JURISPRUDENTIE OVER ‘PREDATORY PRICING’

Het is niet de bedoeling in dit onderdeel alle relevante zaken waarin het bestaan van rooftprijzen beweerd werd de revue te laten passeren; ik zou niet willen pretenderen een volledig overzicht te hebben. Toch kan het zinvol zijn eens door een economische bril naar een aantal spraakmakende zaken te kijken en dat is precies wat dit onderdeel beoogt. In onderdeel 3.1 bespreek ik een aantal Europese zaken en in 3.2 een aantal zaken in de VS. Onderdeel 3.3 besluit.

3.1 Europa

AKZO

De eerste zaak waarin de Commissie rooftprijzen behandelde was AKZO.¹⁵ De Commissie oordeelde dat AKZO gepoogd had haar concurrent uit de markt te drukken, maar, in een economische analyse betogen Philips en Moras¹⁶ dat in deze zaak van een normale competitieve reactie sprake was. In de Beschikking van de Commissie speelde een belangrijke rol dat AKZO een gedetailleerd plan had uitgewerkt om de concurrentie van markt te verdrijven. Verder betoogt de Commissie, in r.o 75 van het besluit, waarin ook expliciet naar het reeds vermelde artikel van Areeda en Turner verwezen wordt, dat voor het oordeel of van concurrentievernietigend gedrag sprake is, een prijs-kostentest niet doorslaggevend kan zijn. Deze opmerking is, vanuit economisch oogpunt zeer terecht, echter sindsdien hebben dergelijke testen in het beleid wel een rol gespeeld.

In het beroep dat AKZO tegen dit besluit aantekende, bevestigde het Europese Hof het besluit van de Commissie en oordeelde het Hof dat AKZO rooftprijzen gehanteerd had.¹⁷ In haar besluit hanteert het Hof een criterium voor ‘predatory pricing’ dat aan het boven besproken artikel van Areeda en Turner ontleent lijkt. In r.o. 71 stelt het Hof (met nadruk toegevoegd)

¹⁵ ECS/AKZO, Official Journal L 374/1, 1985.

¹⁶ Louis Philips en Ireneo Miguel Moras: “The AKZO decision: a case of predatory pricing?”, *J. Indust. Econ.* 41 (1993) 315-231.

“71. Prijzen die beneden de gemiddelde variabele kosten (dat wil zeggen de kosten die variëren naargelang van de geproduceerde hoeveelheden) liggen en waarmee een onderneming met een machtspositie een concurrent tracht uit te schakelen, moeten worden geacht misbruik op te leveren. Een onderneming met een machtspositie heeft er namelijk slechts belang bij dergelijke prijzen te hanteren, indien zij haar concurrenten wil uitschakelen om vervolgens haar prijzen te kunnen verhogen door te profiteren van haar monopolistische positie, omdat elke verkoop voor haar verlies oplevert, te weten haar totale vaste kosten (dat wil zeggen de kosten die constant blijven ongeacht de geproduceerde hoeveelheden) en ten minste een gedeelte van de variabele kosten van de geproduceerde eenheid.”

Het bovenstaande moet gelezen worden tegen de achtergrond van de (door de Commissie beweerde) intentie van AKZO een concurrent uit de markt te drukken. De interpretatie moet zijn dat een prijs lager dan de gemiddelde variabele kosten, die gebruikt wordt met de intentie om een concurrent van de markt te verdrijven, misbruikelijk is. Een tweede mogelijke interpretatie - dat een prijs lager dan de gemiddelde variabele kosten alleen maar geïnterpreteerd kan worden als zijnde een poging de concurrent van de markt te verdrijven en daarom automatisch misbruikelijk is - is, zoals we in het voorgaande deel gezien hebben immers zeer problematisch: een prijs lager dan de gemiddelde variabele kosten kan ook bij normale concurrentie tot stand komen.

Vanuit economisch zicht, en gegeven het toetsingskader uit het vorige hoofdstuk, is bovendien te betreuren dat het Hof nauwelijks of geen aandacht schonk aan de structuur van de markt (toetredingsbarrières e.d.), noch aan de vraag of AKZO de verliezen ten gevolge van het hanteren van rooftprijzen later zou kunnen goedmaken. Vanuit economisch oogpunt verdient het AKZO-besluit geen schoonheidsprijs en de mij bekende tekstboeken economie behandelen de zaak dan ook als een voorbeeld van hoe het niet zou moeten.

¹⁷ Zaak C-62/86, AKZO Chemie B.V. vs Commissie.

TETRA PAK II

Een tweede belangrijke zaak waarin ‘predation’ aan de orde kwam en waarin het Europese beleid verhelderd werd was Tetra Pak II. De Commissie beboette Tetra Pak voor een aantal ongeoorloofde praktijken, waaronder het hanteren van rooftprijzen, en de zaak kwam uiteindelijk bij het Hof van Justitie terecht.¹⁸ Tetra Pak ging in beroep met als argument dat de Commissie niet had aangetoond dat het bedrijf een redelijke kans had om de verliezen later weer goed te maken. Het Hof oordeelde dat dit geen noodzakelijk element van de toets van ‘predation’ was (zie echter onder). Zoals boven aangetoond is dit standpunt vanuit economisch oogpunt niet te rechtvaardigen.

In dit geval zijn ook de opmerkingen die het Hof over de prijs-kosten test maakt relevant. Het Hof stelt in randnummer 41

“41. Inderdaad heeft het Hof in het arrest AKZO (reeds aangehaald) twee verschillende onderzoeksmethoden aanvaard, wanneer moet worden onderzocht of een onderneming afbraakprijzen heeft toegepast. In de eerste plaats moeten prijzen beneden de gemiddelde variabele kosten altijd als misbruik worden beschouwd. In dat geval is een ander economisch doel dan de uitschakeling van een concurrent niet denkbaar, omdat elke geproduceerde en verkochte eenheid voor de onderneming verlies oplevert. In de tweede plaats moeten de prijzen beneden de gemiddelde totale kosten, doch boven de gemiddelde variabele kosten enkel als misbruik worden beschouwd, wanneer kan worden aangetoond dat deze prijzen zijn vastgesteld in het kader van een plan dat op uitschakeling is gericht.” (Nadruk toegevoegd.)

Het Hof legt hier haar eerdere beslissing in AKZO uit, en interpreteert de AKZO-passage anders dan ik boven gedaan heb: het Hof stelt dat prijzen geen ander doel kunnen hebben dan het uitschakelen van de concurrentie en daarom als misbruikelijk moeten worden beschouwd. Zoals in het vorige deel uitvoerig werd betoogd kunnen dergelijke prijzen wel degelijk een ander doel hebben: normale concurrentie kan tot $p < AVK$ leiden. De bewering

¹⁸ Arrest van het gerecht van eerste aanleg (tweede kamer) van 6 oktober 1994. Tetra pak international sa tegen Commissie van de Europese gemeenschappen.

van het Hof is onjuist. Deze bewering is weliswaar juist in bepaalde economische modellen, maar zo'n model hoeft in dit concrete geval niet relevant of toepasbaar te zijn.

Het verdient ook aanbeveling de bewering van het Hof dat het niet noodzakelijk is te onderzoeken of 'recoupment' mogelijk is wat nader te bekijken. In r.o. 44 stelt het Hof (met nadruk toegevoegd)

“44. Overigens zou het in de omstandigheden van de onderhavige zaak niet dienstig zijn om daarnaast nog als extra bewijs te eisen, dat wordt aangetoond dat Tetra Pak een reële kans had om haar verliezen goed te maken. Tegen een praktijk van afbraakprijzen moet namelijk kunnen worden opgetreden, zodra het risico bestaat dat concurrenten worden uitgeschakeld. In casu is een dergelijk risico door het Gerecht vastgesteld in de rechtsoverwegingen 151 en 191 van het bestreden arrest. Het nagestreefde doel van de instandhouding van een onvervalste mededinging staat niet toe dat wordt gewacht tot een dergelijk beleid resulteert in de feitelijke uitschakeling van de concurrenten.”

Dit kan niet gelezen worden als inhoudende dat een 'recoupment' test nooit nodig zou zijn: dit is slechts zo *in dit geval*. De opmerking van het Hof is in lijn met de opvatting zoals verdedigd door Bolton e.a.: als de case voor uitsluiting sterker is hoeft die voor 'recoupment' wellicht niet zo sterk te zijn. Ik zal mij over dit punt verder niet uitlaten.

COMPAGNIE MARITIME BELGE

Tenslotte zijn, zowel met betrekking de relevantie van de prijs-kostentest als met betrekking tot het goedmaken van de investering in de prijsoorlog, de opmerkingen van Advocaat-Generaal Fenelly in de gevoegde zaken C-395/96P en C-396/96P van belang.¹⁹ In r.o. 125 staat

“125. De Commissie betoogde in het arrest Akzo, dat artikel 86 van de kosten niet het doorslaggevend criterium [maakt] ter bepaling van het misbruikarakter van door een onderneming met een machtspositie toegepaste prijsverlagingen,

¹⁹ Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96 P), Compagnie maritime belge SA (C-395/96 P) en Dafra-Lines A/S (C-396/96 P) tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen.

aangezien tevens rekening moet worden gehouden met de noodzaak, aantasting van de daadwerkelijke mededingingsstructuur op de gemeenschappelijke markt te voorkomen. Prijsverlagingen kunnen concurrentiebeperkend zijn, ongeacht of de agressor zijn prijzen boven of beneden zijn kostprijs vaststelt, hoe deze laatste ook wordt gedefinieerd. Volgens de Commissie zou een gedetailleerde analyse van de kosten van de onderneming met een machtspositie uitsluitend van aanzienlijk belang zijn, voor zover niet duidelijk is dat de prijspolitiek van die onderneming erop was gericht, de concurrentie uit te schakelen.”

Zoals boven aangegeven is dit standpunt inderdaad economisch zinvol. In het vervolg merkt de Advocaat-Generaal op (met nadruk toegevoegd):

“126. Zoals rekwiranten onderstrepen, is het veelzeggend dat het Hof de benadering van de Commissie in het arrest Akzo niet heeft overgenomen. Opgemerkt zij evenwel, dat het deze benadering evenmin expliciet van de hand heeft gewezen. Onder verwijzing naar zijn uitspraak in de zaak Hoffmann-La Roche oordeelde het Hof, dat artikel 86 een onderneming met een machtspositie verbiedt een concurrent uit te schakelen en aldus haar positie te versterken door andere methodes te hanteren dan die welke berusten op een mededinging op basis van kwaliteit en dat dus niet elke prijsconcurrentie als rechtmatig [kan] worden beschouwd.”

Vervolgens gaat Advocaat-Generaal Fenelly in op de vraag of een prijs lager dan de gemiddelde variabele kosten per se misbruikelijk is. Hij stelt van niet: indien een bedrijf kan bewijzen dat het redelijke redenen had om een lage prijs te hanteren, kan dit rechtmatigheid van dergelijke prijzen impliceren.

“127. Mitsdien worden verkopen beneden de gemiddelde variabele of marginale (kortetermijn-) kosten daadwerkelijk geacht misbruik op te leveren. Ofschoon het in de regel van rationeel beleid getuigt om boven de gemiddelde variabele kosten te verkopen, omdat dat een zekere rentabiliteit van het kapitaal mogelijk maakt wanneer de markt geen hogere prijs verdraagt, is het in de regel niet rationeel om beneden de gemiddelde variabele kosten te verkopen. Marginale kosten hoeven niet te worden gemaakt en het bedrijf heeft er geen belang bij ze

te maken teneinde verlies te lijden. Een bedrijf met een machtspositie zal dit vermoeden echter kunnen weerleggen aan de hand van het bewijs dat een dergelijk prijsbeleid geen deel uitmaakte van een plan tot uitschakeling van zijn concurrent.”

Voorts komt bij de Advocaat-Generaal ook het issue van “recoupment” aan de orde:

“136. (...) Ik denk dus, dat het onderhavige geval, voor zoveel nodig, aan het criterium van de compensatie voldoet. Tegelijkertijd zou ik zeggen, dat een dergelijk vereiste deel zou moeten uitmaken van het criterium voor misbruik opleverend lageprijzenbeleid door ondernemingen met een machtspositie. Het is impliciet opgenomen in het eerste punt van het citaat uit het arrest Akzo (zie punt 126 supra). Het is inherent aan het criterium van het arrest Hoffmann-La Roche (zie punt 124 supra). De reden om dominante ondernemingen te beletten dat zij de instandhouding van de mededinging trachten te belemmeren door, met name, een concurrent uit te schakelen, is, dat zij daardoor in staat zouden worden gesteld misbruik opleverende, hoge prijzen in rekening te brengen. Zo zou een inefficiënt monopolie worden hersteld en zou het beleid slechts op korte termijn aan de consument ten goede komen. Indien de dominante onderneming dit resultaat niet met haar strategie beoogt, is er waarschijnlijk sprake van een normale wijze van concurrentie voeren.”

Helaas is in haar besluit het Hof op dit punt niet ingegaan. Mijn conclusie is echter dat de opmerkingen van de advocaat-generaal volledig consistent zijn met het in paragraaf 2.5 besproken kader: van belang is de marktstructuur, de mogelijkheid om de concurrenten te verdrijven, en de mogelijkheid om de gemaakte kosten te compenseren, terwijl de prijs-kostentest secundair is.

3.2 Verenigde Staten

In de eerste jaren nadat, in 1936, de Robinson-Patman Act in de VS was aangenomen, gebruikten kleine lokale bedrijven het argument van ‘predation’ vooral om zich tegen het grootbedrijf te beschermen, en zij vonden gehoor voor hun klachten. (Selectieve)

prijsonderbieding door “interstate” bedrijven was praktisch verboden en in de beslissingen bleven de belangen van consumenten grotendeels buiten beeld.²⁰ Klagers wonnen in de meeste gevallen, ook in die gevallen waar ze beter verloren hadden.

In 1958 analyseerde John McGee de oude *Standard Oil* zaak uit 1911.²¹ Zoals in het vorige deel besproken, concludeerde McGee dat “predatory pricing” een irrationele strategie is, en dat het mededingingsbeleid er zich dus geen zorgen over hoeft te maken. McGee’s artikel had echter, voor zover bekend, in de eerste jaren na verschijning, geen invloed op de besluiten van rechters. Het artikel dat Philip Areeda en Donald Turner in 1975 in de *Harvard Law Review* publiceerden had wel snel invloed.²² Areeda en Turner betoogden dat (agressieve) prijsvechters die normaal “on the merit” concurreren beschermd moeten worden tegen juridische ingrepen omdat rechters en jury’s geneigd zullen zijn agressieve concurrentie als ‘predation’ te interpreteren. In hun visie is ‘predation’ zeldzaam, maar is het desalniettemin mogelijk, en moeten concurrenten tegen zeldzame gevallen van ‘predation’ beschermd worden. Een heldere regel kan zowel agressieve concurrenten tegen overregulering beschermen en kan tegelijk bescherming tegen ‘predation’ bieden. De kern van hun test voor ‘predation’ was dat van een prijs beneden de marginale kosten (benaderd door GVK) aangenomen zou moeten worden dat deze onrechtmatig was, terwijl van een prijs boven de Gemiddelde Totale Kosten (GTK) aangenomen zou moeten worden dat deze rechtmatig was. Het artikel en deze test leidde tot veel discussie in de wetenschappelijke literatuur,²³ de ogenschijnlijke eenvoud van de test heeft vermoedelijk bijgedragen tot het wijdverbreide gebruik ervan.²⁴ Het resultaat van het gebruik van Areeda-Turner regel, en varianten daarop was dat klagers minder vaak in de rechtszaal succes hadden,²⁵ een effect dat door economen in het algemeen positief gewaardeerd werd.²⁶

²⁰ Roland Koller, “The Myth of Predatory Pricing: An Empirical Study”, *Antitrust Law & Economic Review*, 1971.

²¹ John McGee, 1958, *supra* (noot 5)

²² Philip Areeda en Donald Turner, *supra* (noot 2)

²³ Zie bijvoorbeeld Janus Ordoover en Garth Saloner, 1989, *supra* (noot 4) en Bolton et al. 2000 (*supra* noot 7).

²⁴ Zie bijvoorbeeld Joe Brodley en George Hay, “Predatory Pricing: Competing Economic Theories and the Evolution of Legal Standards”.

²⁵ Zie Brodley en Hay (*supra* noot 24), James Hurwitz en William Kovacic, “Judicial Analysis of Predation: The emerging trends”, *Vanderbilt Law Review* 35 (1982) 63-, Oliver Williamson, “Predatory Pricing: A strategic and welfare analysis”, *Yale Law J.* 87 (1977) 384-, en Alvin Klevorick, “The current state of the law and economics of predatory pricing”, *AER* 89 (1993) 162-167.

²⁶ William Baumol, 1996, *supra* (noot 1)

De kritiek op de Areeda-Turner regel was zowel fundamenteel als pragmatisch. Met betrekking tot het daadwerkelijk gebruik van de regel werd opgemerkt dat marginale kosten lastig te bepalen zijn en dat Gemiddelde Variabele Kosten (GVK) een slechte benadering van marginale kosten kan zijn. Meer fundamenteel was de kritiek, zoals besproken in Onderdeel 3, dat “ $p = MK$ ” geen goede “benchmark” is om rooftprijzen van competitieve te onderscheiden. In het debat naar aanleiding van de Areeda-Turner regel werden diverse alternatieven voorgesteld.²⁷ In de economische bijdragen aan dit debat werd benadrukt dat een prijs-kosten-test onderdeel zou moeten uitmaken van een structurele marktanalyse: alvorens naar het gedrag van het ‘roofdier’ te kijken, zou eerst onderzocht moeten worden of de karakteristieken van de markt (waaronder toetredingsbarrières) en de marktmacht van het roofdier dusdanig zijn dat het hanteren van rooftprijzen mogelijk, succesvol en winstgevend kan zijn.²⁸

De situatie veranderde met de besluiten van de Supreme Court in *Matsushita*²⁹ in 1986 en *Brooke* in 1993,³⁰ die beide sterk door de ideeën van John McGee beïnvloed lijken. In *Matsushita* stelde het Hooggerechtshof

“there is a consensus among commentators that predatory pricing schemes are rarely tried and even more rarely successful.”

Het Hof oordeelde dat een strenge bewijsstandaard bijgevolg noodzakelijk was en dat daar, in dit geval, niet aan voldaan was. In *Brooke* sprak het Amerikaanse Hooggerechtshof uit dat, om van rooftprijzen te kunnen spreken, aan twee voorwaarden voldaan moet zijn:

- (i) de prijs moet lager zijn dan een of andere maat voor de kosten, waarbij de Supreme Court echter niet uitspreekt dat dit noodzakelijkerwijs de door Areeda en Turner voorgestelde kostenmaat moet zijn, en
- (ii) de beklagde moet in staat zijn om de kosten die met de prijsontersbieding verbonden zijn goed te maken.

In *Brooke* werd dus geformuleerd dat, naast een prijs-kosten-test, een ‘recoupment test’ onderdeel moet uitmaken van het bewijs dat van rooftprijzen sprake is. Zoals we reeds diverse

²⁷ Zie Ordoover en Saloner, 1989, *supra* (noot 4) en Bolton et al., *supra* (noot 7), sectie IIA.

²⁸ Paul Joskow en Alvin Klevorick, “A framework for analyzing predatory pricing policy”, *Yale Law Journal* **89** (1979) 213-270.

²⁹ *Matsushita Elec. Indus Co v. Zenith Radio Corp*, 475 US 574, 1986.

³⁰ *Brooke Group Ltd v. Brown and Williamson Tobacco Corp.* 509 US 209, 1993.

malen hebben betoogd spoort deze gedachtegang met de economische denkwijze over deze problematiek. In *Brooke* kwam het Hooggerechtshof tot de conclusie dat het onwaarschijnlijk was dat bovencompetitieve prijzen zouden kunnen ontstaan, bijgevolg werd de klacht afgewezen.

Het besluit in *Brooke* had een grote invloed op de beslissingen van lagere rechtbanken. De bewijslast voor klagers over rooftprijzen werd verder verhoogd en sindsdien hebben weinig klagers hun zaak gewonnen. Zoals in onderdeel 2 betoogd, bracht dit Bolton et al. tot de conclusie dat de bewijsstandaard wellicht te streng was, omdat deze gebaseerd was op een statisch economisch model met volledige informatie, een model dat voor de analyse van de rationaliteit van rooftprijzen grotendeels irrelevant is. Zoals in het vorige hoofdstuk betoogd, leidt de moderne strategische economische theorie tot een kader dat niet veel verschilt van hetgeen door de Supreme Court in *Brooke* gehanteerd werd, maar wellicht wel tot een hogere inschatting van de toetredingsbarrières, bijgevolg gemakkelijker ‘recouplement’, en dus een lagere standaard.

3.3 Conclusie

Niet alle juridische beslissingen in zaken van beweerd hanteren van rooftprijzen zijn vanuit economisch perspectief even goed gefundeerd. Toch komt uit de latere beslissingen, zowel in de VS als in Europa, een duidelijk beeld naar voren, namelijk dat drie aspecten cruciaal zijn

- de marktstructuur
- de gehanteerde prijs tijdens de prijsoorlog, en de relatie met de kosten
- de mogelijkheid dat de initiële verliezen kunnen worden goedge maakt.

De aspecten zijn gerelateerd. Als er geen toetredingsbarrières zijn, is ‘recouplement’ onmogelijk en kan het hanteren van rooftprijzen niet rationeel zijn. Een zaak over ‘rooftprijzen’ begint dus logischerwijs met een analyse van de marktstructuur. Vaak hoeft de analyse ook niet verder te gaan dan deze stap. Areeda en Hovenkamp stellen terecht

“Any price is lawful once it appears that the prerequisites for successful predation –especially the ability to maintain prices after rivals are destroyed–

are absent. In that event predation is not likely to be present and, even if it were, there would be no ‘dangerous probability’ that monopoly would result.”³¹

Inderdaad kan van de drie kernelementen die bij ‘predation’ een rol spelen de nadruk niet op de ‘prijs-kosten-test’ liggen: een dergelijke test is onbetrouwbaar, en dus ongeschikt om de grens tussen ‘normale concurrentie’ en ‘roofprijzen’ te markeren; in het bijzonder is de bewering dat bij normale concurrentie de prijs altijd groter zal zijn dan de marginale kosten (of de Gemiddelde Variabele Kosten) in strijd met de moderne economische wetenschap. Een onderzoek naar de vraag of van roofprijzen sprake is moet gebaseerd moet zijn op structurele marktanalyse en kan niet volstaan met een ‘eenvoudige’ prijs-kosten vergelijking. De procedure die door Bolton et al. werd voorgesteld, en die in paragraaf 2.5 werd samengevat, is consistent met dit inzicht.

³¹ Philip Areeda en Herbert Hovenkamp, “Antitrust Law; An Analysis of Antitrust Principles and their Application”, 1992 Supplement. Boston: Little, Brown, 992 (p. 631).

4. GRATIS INTERNET VOOR SCHOLEN IS ‘PREDATORY’?

In dit hoofdstuk argumenteer ik, gebruikmakend van de in het in paragraaf 2.5 afgeleide stappenplan, dat de vraag uit de titel voorlopig met ‘nee’ beantwoord moet worden. Preciezer gesteld, de voorzieningenrechter is op grond van onjuiste argumentatie tot zijn ‘voorlopig ja’ gekomen.

Het stappenplan dwingt de volgende vragen te onderzoeken:

- (i) Is de marktstructuur dusdanig dat “predation” mogelijk is?
- (ii) Is een strategie van “predation” a priori waarschijnlijk?
- (iii) Wordt de mededinging verstoord, d.w.z is sprake van uitsluiting van concurrenten, uitbuiting van consumenten (“recoupment”), en worden de afnemers in hun belangen geschaad?
- (iv) Is de prijs lager dan de kosten?
- (v) Is er een alternatieve economische rechtvaardiging (“business justification”) voor de lage prijzen?

De voorzieningenrechter is in feite alleen op vraag (iv) ingegaan, echter deze vraag is echter alleen relevant als de drie voorgaande vragen met “ja” beantwoord worden, en in dat geval moet ook nog altijd naar vraag (v) gekeken worden. In het onderstaande betoog ik dat op elk van de vragen (i) t/m (iii) het antwoord “nee” is en dat een alternatieve bedrijfseconomische rechtvaardiging voor de lage vraagprijs gegeven kan worden. Zoals altijd in mededingingszaken moet allereerst de relevante markt in kaart gebracht worden. Ik begin mijn analyse daarom met een korte beschouwing over dit vraagstuk.

4.1 De relevante markt

Zoals bekend is de afbakening van de relevante markt een lastige en tijdrovende exercitie. In het kader van dit rapport was geen mogelijkheid om een onafhankelijke feitelijke marktanalyse te maken. In moet dus afgaan op de gegevens zoals ze in het vonnis van de voorzieningensector van 12 november 2003 vermeld zijn.

In hoofdstuk 3 van zijn besluit gaat de voorzieningenrechter in op de afbakening van de relevante markt en op de vraag of KPN op deze markt een economische machtspositie inneemt. De rechter stelt

“3.4 (...) De aan de onderwijsinstellingen aangeboden diensten betreffen de toegang tot / het gebruik van (de snelle) breedbandinternet-verbinding respectievelijk internetdiensten.”

“3.5 Dienaangaande kan ten aanzien van de Nederlandse markt een driedeling naar afnemers worden gemaakt, ruwweg als volgt:

- a) consumenten (d.w.z. huishoudens),
- b) midden- en kleinbedrijf (hierna: mkb) (waaronder de onderwijsinstellingen) en
- c) grootbedrijf

De vraag is nu of de onder a) en b) genoemde markten nu samen één relevante markt vormen dan wel afzonderlijke markten zijn. De rechter komt tot de conclusie dat naar zijn voorlopig oordeel de markt voor het mkb een afzonderlijke relevante markt is, maar de aangedragen argumentatie kan niet overtuigen. De rechter lijkt zich uitsluitend te baseren op een rapport van Stratix waarin vermeld wordt “de beschikbare gegevens wijzen in één richting...Men [het mkb, EvD] kiest veel minder voor kabelplatformen”. Dit zegt niets over de relevante markt; het citaat stelt immers slechts dat, bij de op het moment van het onderzoek relevante prijzen, het merendeel van de klanten ADSL/SDSL een aantrekkelijker alternatief vond dan de kabel. Afbakening van de relevante markt vereist onderzoek niet bij gegeven prijzen, maar naar wat er zou gebeuren als de prijzen zouden veranderen. Het is dit idee dat aan de SSNIP-test ten grondslag ligt. Gegevens over de marktverdeling bij gegeven prijzen bieden geen uitsluitel over hoe de marktaandelen veranderen als de prijzen veranderen en het zijn deze laatste gegevens die nodig zijn om de relevante markt te kunnen afbakenen.

De conclusie is dat niet aannemelijk is gemaakt dat de markt voor het mkb en die voor de consumenten onderscheiden markten zijn.

4.2 De Structuur van de Markt: Is “Predation” Mogelijk?

Deze vraag kan in twee deelvragen onderscheiden worden:

- (i) Heeft KPN een economische machtspositie?
- (ii) Zijn er toetredingsbarrières of barrières voor hertoetreding?

4.2.1 Heeft KPN een economische machtspositie?

De voorzieningenrechter komt tot de voorlopige conclusie dat KPN een economische machtspositie heeft op de markt voor breedband internettoegang voor consumenten en het mkb tezamen omdat het marktaandeel van KPN, volgens een “analyse” in Planet Wireless, op dit moment, 41% bedraagt en omdat de overige genoemde criteria in de MvT van de Mededingingswet in die richting zouden wijzen. De rechter benadrukt dat KPN *zeker op korte termijn* een machtspositie heeft, echter, deze opmerking is, in een zo dynamische markt als die van breedbandinternettoegang, grotendeels irrelevant. Deze markt kent een zeer snelle groei en contracten hebben een relatief korte levensduur, met als gevolg dat aan het marktaandeel op dit moment weinig gewicht kan worden toegekend. Zoals de rechter ook in r.o. 3.11 stelt zeggen marktaandelen weinig over marktmacht (ze zijn een slechte indicator daarvoor); ze zeggen bovendien minder naarmate de markt meer dynamisch is. Ten derde moet, bij beantwoording van de vraag of van marktmacht sprake is, niet alleen gekeken worden naar de marktaandelen in gerealiseerde aansluitingen, maar ook naar die in de capaciteitsmarkt. In feite is hier sprake van een “biedmarkt” en bij concurrentie “om de markt” zegt het reeds gerealiseerde marktaandeel weinig over marktmacht.

Gegeven de betrekkelijkheid van het huidige marktaandeel komt inderdaad meer gewicht toe aan de additionele criteria, zoals deze vermeld worden in de MvT van de Mededingingswet. Echter het merendeel van deze criteria wijst juist in de richting van de afwezigheid van marktmacht. Ik loop de door de rechter genoemde en besproken, criteria langs

“1. het marktaandeel van de betrokken onderneming in verhouding tot de marktaandelen van haar concurrenten”

In dit kader verwijst de rechter naar het marktaandeel van twee UPC-dochters die nu 30% marktaandeel hebben. Dit is echter grotendeel irrelevante informatie. Vanuit het standpunt van de afnemer geredeneerd ziet men dat de meeste afnemers de keuze hebben tussen meerdere volwaardige alternatieven, de kabel en (veelal meerdere) ADSL/SDSL aanbieders. De gegeven huidige marktaandelen zijn irrelevant, het gaat om de keuze van de consument, en deze kan vrij kiezen tussen minstens twee alternatieve infrastructuren

“3. de mate waarin zij haar prijzen en leveringsvoorwaarden zelf kan bepalen.”

De rechter kent hieraan bijzonder belang toe, hij spreekt van “een uiterst onafhankelijk aanbod van *drie jaar gratis* internet aan de onderwijsinstellingen”, maar wat hiermee bedoeld wordt is volkomen onduidelijk. Duidelijk is evenwel dat, als KPN zijn prijzen onafhankelijk van de concurrentie zou kunnen bepalen, KPN niet een *lage* maar een *hoge* prijs zou kiezen. Het feit dat de prijs laag is, is dus juist een bewijs dat KPN niet zelf, d.w.z. onafhankelijk van concurrenten, haar prijs kan bepalen.

Het volgende punt van de lijst is:

“4. de structuur van de onderneming zelf: concurrentievoordeel door bijvoorbeeld technologische en financiële reserves, productiecapaciteit, toegang tot bepaalde voorzieningsbronnen en grondstoffen”

Ook dit criterium wijst in de richting van afwezigheid van marktmacht. Het mag immers algemeen bekend verondersteld worden dat KPN financieel helemaal niet zo krachtig is en recent nog met een faillissement bedreigd werd.

Criterium 5 stelt dat toepassing van verdringingsconcurrentie kan wijzen op een machtspositie:

“5. het gedrag van de onderneming, waarbij wordt opgemerkt dat “bijvoorbeeld...het toepassen van vormen van verdringingsconcurrentie kan wijzen op een economische machtspositie.”

Hier moet gewaakt worden voor een cirkelredenering. Het gehele probleem in deze zaak bestaat erin te bepalen of van verdringingsconcurrentie sprake is. Zolang die vraag niet beantwoord is, kan het tentatieve (en overigens onjuiste) antwoord dus niet gebruikt worden om te concluderen dat van marktmacht sprake is, en om vervolgens te concluderen dat van verdringingsconcurrentie sprake is. Aan dit criterium kan dus geen onafhankelijke betekenis worden toegekend.

Het laatste relevante punt is

“6. of de onderneming een economische machtspositie heeft op aanpalende markten.”

Met de rechter en KPN ben ik van mening dat KPN “op de aanpalende markten voor aansluitlijnen – vaste telefonie – en voor digitale huurlijnen in Nederland marktaandeelen van ca. 90% en 50-55% heeft”, maar dit is geen bewijs van een economische machtspositie, althans niet van de extra kracht die uit die positie zou voortvloeien. Het feit is dat KPN op deze aanpalende markten gereguleerd wordt, waarbij regulering als doel heeft de uitkomsten van concurrentie te reproduceren. De uitkomsten voor KPN op deze markten zijn dus alsof deze competitief zouden zijn.

Mijn conclusie is: het is niet aannemelijk dat KPN op de mkb-markt, of op de markt voor mkb en consumenten tezamen, een economische machtspositie heeft.

4.2.2. Zijn er toetredingsbarrières of barrières voor hertoetreding?

De voorzieningenrechter gaat op dit, meest belangrijke, aspect van de zaak in het geheel niet in: hij besteedt geen aandacht aan eventuele toetredingsdrempels, noch aan eventuele drempels voor hertoetreding. Naar mijn mening kent deze markt wel toetredingsdrempels, maar geen drempels voor hertoetreding, zodat aan de belangrijkste voorwaarde voor het mogelijk zijn van “predation” niet voldaan is.

Zelfs indien alle scholen van het aanbod van KPN gebruik zouden maken betekent dit niet dat de concurrenten van de markt verdreven zouden worden: de netwerken blijven liggen en kunnen, na afloop van het KPN-contract, snel gereed gemaakt worden om de klant te bedienen. Het aanbod van KPN geldt bovendien (slechts) voor drie jaar en niets verbiedt de

scholen om tussentijds het contract te beëindigen. Concurrenten van KPN kunnen tussentijds met een attractief aanbod komen. De conclusie moet zijn dat, op zijn minst na 3 jaar, maar vermoedelijk zelfs eerder, de concurrenten van KPN een nieuw en aantrekkelijk aanbod uit kunnen brengen. Er zijn daarvoor voor KPN's concurrenten geen noemenswaardige belemmeringen. Preciezer: er zijn tijdens en na drie jaar voor KPN's concurrenten geen grotere belemmering dan er nu, in deze ronde, voor KPN waren. Het contract dat de onderwijsinstellingen met de klagers gesloten hadden had immers een vergelijkbare looptijd. Het feit dat de scholen nu voor het aanbod van KPN gekozen hebben laat zien dat de markt betwistbaar is en dat KPN over drie jaar niet in staat zal zijn bovencompetitieve prijzen te vragen. Aan de voorwaarden voor 'recoupment' is niet voldaan.

De conclusie moet zijn dat de rechter aan het meest belangrijke aspect voor het bewijzen van "predation" voorbij is gegaan, en dat "recoupment" in deze markt onmogelijk is. Bijgevolg had reeds op basis hiervan de conclusie getrokken moeten worden dat niet van het hanteren van roofprijzen sprake kan zijn.

4.3 Economische Theorie: Is "Predation" Theoretisch Mogelijk?

In r.o. 3.15 vermeldt de rechter met betrekking tot het motief van KPN:

"3.15. Overigens is die bedoeling [dat het aanbod van 'gratis internet' gedaan wordt om concurrenten uit de markt te verdrijven, EvD] (zeer) aannemelijk, reeds in het licht van het feit dat KPN destijds heeft meegedongen naar de onder 1.1 vermelde opdracht, doch deze toen niet heeft verkregen."

Het feit dat KPN in het verleden de aanbestedingsprocedure verloren heeft, kan echter de beslissingen van KPN niet beïnvloeden: "Bygones are bygones", (bedrijfs)economische beslissingen worden genomen met het oog op de toekomst, waarbij het verleden grotendeels irrelevant is. Het feit dat KPN het vorige contract niet in de wacht gesleept heeft, heeft geen invloed op de vraag welke beslissingen nu rationeel zijn. De conclusie moet zijn dat het juist niet aannemelijk is dat KPN de bedoeling heeft (gehad) om de concurrenten van de markt te verdrijven. Zoals boven (in 4.2.2) werd opgemerkt kan dat doel immers niet bereikt worden, het is dus zinloos het na te streven.

Overeenkomstig het door Bolton et al. opgestelde schema kan men zich ook afvragen hoe waarschijnlijk “predatory pricing” in dit geval a priori is. Bolton et al. onderscheiden een aantal situaties waarin “predation” mogelijk rationeel is, en de vraag is in hoeverre aan de voorwaarden voor toepasselijkheid van deze theorieën voldaan is. De appendix bij dit artikel reproduceert de condities voor relevantie van de theorieën, zoals samengevat in de Appendix van het tweede artikel van Bolton et al. over deze materie. De conclusie is dat geen van deze situaties op dit geval van toepassing is. Deze conclusie volgt alleen reeds uit twee simpele overwegingen:

- (i) KPN is op het segment “internettoegang voor scholen” niet de gevestigde onderneming, maar een nieuwkomer,
- (ii) Er is geen sprake van “asymmetrische informatie”, preciezer KPN heeft geen extra informatie over markt- en kostencondities die concurrenten niet hebben.

De lezer kan zich er eenvoudig van vergewissen dat ook aan diverse andere, door Bolton et al. genoemde voorwaarden, niet voldaan is.

De conclusie is dat aan de voorwaarden van de moderne economische theorieën waaronder “predation” mogelijk is in dit concrete geval niet voldaan is.

4.4 **Misbruik: wordt de mededinging verstoord?**

Deze vraag valt in drie deelvragen uiteen, die in de navolgende subparagrafen aan de orde komen.

4.4.1 Misbruik: is sprake van uitsluiting van concurrenten?

In r.o. 3.16 stelt de rechter: “Aannemelijk is dan ook dat, als KPN bedoeld aanbod gestand kan doen, het effect ervan zal zijn dat nl.tree en andere concurrenten waaronder Easynet in het betreffende onderwijssegment van de markt worden verdreven en dat dit segment voor nieuwe concurrenten in economische zin gedurende enkele jaren ontoegankelijk is gemaakt.” Juist is dat, als een school zich verplicht om gedurende x jaar van KPN internettoegangsdiensten af te nemen, deze school (vermoedelijk) gedurende deze periode geen (tweede) contract met een concurrerende aanbieder zal willen afsluiten. Dit impliceert echter niet dat concurrenten van het marktsegment zijn buitengesloten. Zoals boven reeds gesteld blijven de kabels in de grond liggen en kan een concurrent over x jaar (of eerder)

zonder substantiële kosten te hoeven verzinken opnieuw toetreden en een aantrekkelijk bod doen.

De conclusie is dat van uitsluiting geen sprake kan zijn.

4.4.2 Misbruik: kan sprake zijn van uitbuiting van consumenten?

Dit aspect is boven, in 4.2.2, reeds aan de orde gekomen. We hebben daar vastgesteld dat er geen belemmeringen voor hertoetreding zijn en dat van uitbuiting dus geen sprake kan zijn.

4.4.3. Welvaartsaspecten en het consumentensurplus

Het mededingingsbeleid heeft als doel de welvaart of het consumentensurplus te maximaliseren. Het doel is niet het in stand houden van concurrenten, maar het in stand houden van de concurrentie, zodat middelen efficiënt ingezet worden en consumenten profiteren. De rechter lijkt dit belangrijke aspect volledig uit het oog verloren te hebben. Hij richt zich in zijn besluit op de klagers en lijkt alleen oog te hebben voor hun belangen. Hun belang is tegen concurrentie beschermd te worden, en de uitspraak van de rechter biedt die bescherming. De consument heeft echter belang bij concurrentie en lage prijzen. Zij worden, door het besluit van de voorzieningenrecht, in hun belangen geschaad. Op korte termijn levert het aanbod van KPN de scholen, en de Nederlandse samenleving in het geheel, welvaartswinsten op. Het aanbod heeft geen invloed op de concurrentieverhoudingen op de lange termijn, in dit opzicht is het aanbod dus neutraal.

De conclusie is dat over de gehele periode de afnemers beter af zijn indien KPN in staat gesteld wordt zijn aanbod gestand te doen. Vanuit welvaartsoogpunt of vanuit het standpunt van de afnemers is te prefereren dat KPN in staat gesteld wordt zijn aanbod gestand te doen.

4.5 **De prijs-kosten test**

In r.o. 3.14 stelt de rechter

“3.14. Door het gedurende drie jaar gratis aanbieden van breedband internet opereert KPN binnen het marktsegment van de onderwijsinstellingen en maximaal onder de gemiddelde variabele kosten. Reeds daarmee – volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen – gegeven dat KPN misbruik maakt van haar machtspositie.”

Zoals we in het voorgaande reeds uitgebreid besproken hebben, kan deze conclusie niet getrokken worden: het is niet juist dat uit de jurisprudentie van het Hof volgt dat een prijs die onder de gemiddelde variabele kosten ligt misbruik impliceert. Ik zal de in deel 2 en deel 3 gegeven argumenten hier niet herhalen.

De conclusie is dat uit “ $P < GVK$ ” niet geconcludeerd mag worden dat van “predation” sprake is, een dergelijke prijs kan ook bij “normale concurrentie tot stand komen.

4.6 **Alternatieve bedrijfseconomische rechtvaardiging voor een lage prijs**

KPN kan valide bedrijfseconomische argumenten aangedragen voor zijn prijspolitiek: diverse van de in paragraaf 2.2.2 beschreven argumenten zijn ook op deze situatie van toepassing. Aan het omschakelen van kabel naar ADSL/SDSL zijn zeker kosten verbonden en KPN moet, gegeven de asymmetrische uitgangssituatie, om de scholen voor zich te winnen, daarom agressief bieden. Niet uit te sluiten is bovendien dat er netwerkexternaliteiten of leereffecten zijn. KPN heeft zelf aangegeven dat men de scholen wil bedienen om zo te investeren in de Nederlandse kenniseconomie. Ook dit lijkt een valide argument: goed internet op school kan leiden tot een grotere vraag op de consumentenmarkt voor ADSL, een extra vraag waarvan KPN dan profiteert. Omdat, zoals ook aangegeven door Bolton et al, marktexpansie altijd welvaartverhogend is, profiteert de consument van deze pro-competitieve strategie van KPN.

De conclusie is dat het aanbod van “gratis internet” niet als “predation” geclassificeerd kan worden: er zijn goede alternatieve verklaringen waarom de lage prijzen als gevolg van “normale concurrentie” ontstaan en niet gehanteerd worden om concurrenten uit de markt te drukken. Bovendien is deze normale concurrentie in het voordeel van afnemers en de samenleving.

4.7 Conclusie

Het besluit van de voorzieningenrechter verdient geen schoonheidsprijs. Het uitspreken van een redelijk vermoeden dat van “predation” sprake is vereist dat nagegaan wordt dat

- (i) de marktstructuur “predation” mogelijk maakt,
- (ii) de prijzen niet normaal competitief zijn,
- (iii) terugverdienen van de initiële investeringen mogelijk is, en
- (iv) de welvaart of het consumentensurplus geschaad wordt.

De rechter gaat op de aspecten (i), (iii) en (iv) in het geheel niet in, voor het tweede aspect gebruikt hij een test die niet geschikt is om het onderscheid tussen normale concurrentie (“on the merits”) en een poging tot uitsluiting te maken. Gegeven het gebruik van een verkeerde, en onvolledige, test kan de uitkomst alleen maar bij de toeval juist zijn.

In dit geval is de door de rechter getrokken conclusie echter onjuist. Ten eerste is “predation” sowieso in het algemeen onwaarschijnlijk en volgens de economische theorie alleen in zeer bijzondere gevallen rationeel. Aan deze specifieke voorwaarde is in dit geval niet voldaan. De marktstructuur is niet dusdanig dat uitsluiting mogelijk lijkt (onderdeel (i) van de test) en zelf als uitsluiting mogelijk zou zijn is een strategie gericht op uitsluiting naar alle waarschijnlijkheid niet bedrijfseconomisch rationeel: de met de poging tot uitsluiting verbonden kosten kunnen immers, vanwege de afwezigheid van hertoetredingbelemmeringen niet worden goedge maakt (onderdeel (iii) van de test). Het is van belang vast te stellen dat ook bij “normale concurrentie” concurrenten (tijdelijk) het nakijken kunnen hebben en dat het feit dat een partij een contract verliest dus niet altijd als “predation” gezien kan worden. In dit geval heeft KPN valide bedrijfseconomische redenen om scholen het bestreden aanbod te doen: het aanbod kan uit normale concurrentieoverwegingen verdedigd worden. Het aanbod is daarom niet als zijnde “predatory” te classificeren. De scholen en de Nederlandse economie profiteren van het aanbod. Vanuit economisch oogpunt moet (mag) het aanbod daarom niet verboden worden.

5. CONCLUSIE

In deze opinie heb ik de moderne economische theorie met betrekking tot “predation” besproken, ben ik ingegaan op relevante jurisprudentie, en heb ik de daaruit resulterende inzichten toegepast op de vraag of het aanbod van “gratis Internet” dat KPN aan scholen gedaan heeft als “predatory” geclassificeerd zou moeten worden. Ik heb vastgesteld dat het in principe onmogelijk is, op basis van een eenvoudige prijs-kosten test roofprijzen van normaal competitieve prijzen te onderscheiden, en dat normale concurrentie kan resulteren in prijzen die lager zijn dan de Gemiddelde Variabele Kosten. De moderne economische wetenschap kent bijgevolg aan dergelijke toetsen weinig waarde toe. Wel erkennen economen dat bij bepaalde marktstructuren, in het bijzonder indien sprake is van marktimperfecties ten gevolge van asymmetrische informatie en van (her-)toetredingsbarrières, het hanteren van roofprijzen bedrijfseconomisch rationeel kan zijn. Bijgevolg kennen economen bij het onderzoek naar roofprijzen, meer waarde toe aan de structuurkenmerken van de markt. In dit concrete geval is aan deze voorwaarde niet voldaan: toepassing van de door Bolton e.a., op basis van moderne inzichten ontwikkelde toets voor ‘predation’ leidt tot de conclusie dat bij het aanbod van KPN niet van roofprijzen gesproken kan worden.