

Nederlandse Mededingingsautoriteit



Aan

De staatssecretaris van Economische Zaken
De heer drs. F. Heemskerk
Postbus 20101
2500 EA Den Haag

Datum

Uw kenmerk

Ons kenmerk

Bijlage(n)

03 MRT 2008

5174/83.b948

Onderwerp

Analyse softwaremarkt

Geachte heer Heemskerk,

In uw brief van 16 januari jl. heeft u de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) naar aanleiding van het Algemeen Overleg van de vaste Kamercommissie van Economische Zaken op 12 december 2007¹ verzocht om een analyse van de softwaremarkt. In deze brief gaat de NMa in op uw verzoek. De NMa maakt in deze brief een globale analyse van de softwaremarkt in Nederland. Specifiek gaat de NMa in op de vermeende koppelverkoop tussen hardware en software, zoals ook besproken in het Algemeen Overleg. De NMa kan logischerwijs niet ingaan op alle vermoedelijke overtredingen op de softwaremarkt in Nederland. Dit doet echter geen afbreuk aan de conclusie van deze brief.

Samenwerking NMa Europese Commissie

Indien er aanwijzingen zijn dat er sprake is van een overtreding van de mededingingswetgeving kan de NMa of de Europese Commissie hiernaar onderzoek verrichten. Producenten van software en hardware zijn internationaal opererende spelers. Mededingingsbeperkende afspraken tussen deze partijen zullen dan ook eerder door de Europese Commissie worden opgepakt dan door de NMa. Overigens is de NMa hierbij wel adviserend betrokken. De NMa kan de Europese Commissie wijzen op mogelijke overtredingen met een grensoverschrijdend effect en ook de Europese Commissie kan de NMa wijzen op specifieke overtredingen in Nederland. Er vindt

¹ Algemeen Overleg van de vaste Kamercommissie van Economische Zaken van 12 december 2007 over informatie en communicatietechnologie, Kamerstuknummer 26643, nr 107

regelmatig inhoudelijk overleg plaats tussen beide instellingen. De Europese Commissie is momenteel zeer actief in het bestrijden van overtredingen van de mededingingsregels op de softwaremarkt in Europa. In februari 2008 heeft de Commissie een boete van €899 miljoen aan Microsoft opgelegd, omdat Microsoft te veel barrières voor concurrenten opwierp². Ook heeft de Europese Commissie recent aangekondigd twee nieuwe onderzoeken te starten naar een mogelijke overtreding van Microsoft van artikel 82 EG-verdrag als gevolg van het vermeend weigeren om interoperabiliteitsinformatie te verstrekken van onder meer de 'office' software en het koppelen van het besturingssysteem aan de internet browser.³

Softwaremarkt

De NMa volgt de softwaremarkt nauwgezet. Veel signalen over de softwaremarkt die de NMa bereiken betreffen vermeende overtredingen van Microsoft. De NMa is ook bekend met signalen dat Microsoft kortingen zou geven of meebetaalt aan marketingkosten van pc-leveranciers als computers alleen met Windows worden afgeleverd.

Al in 2001 heeft de NMa navraag gedaan naar deze signalen. De NMa heeft destijds met verschillende pc-leveranciers gesproken, alsmede met Microsoft. Daarnaast heeft de NMa de betreffende contracten opgevraagd. Hieruit is niet gebleken dat leveranciers werden gedwongen om Microsoft-software standaard te installeren op pc's. Ook is gebleken dat het zeer wel mogelijk was om bij een aantal leveranciers 'naakte' pc's of pc's met een ander besturingssysteem af te nemen.

In 2006 stond de ICT-sector op NMa-Agenda. In de NMa-Agenda wordt aangegeven welke aandachtsvelden dat jaar centraal staan. In 2006 heeft onder meer een rondetafel gesprek plaats gehad met enkele vertegenwoordigers uit de ICT-sector, die actief zijn op het gebied van *open source* software. Ook hieruit is gebleken dat er geen aanwijzingen zijn dat Microsoft pc-leveranciers verplicht om Windows op hun pc's te zetten.

In het NMagazine van april 2007 heeft de NMa een oproep gedaan om signalen, tips en klachten inzake mogelijke overtredingen van de Mededingingswet op de softwaremarkt bij de NMa te melden. De NMa heeft er tevens op gewezen dat tipgevers zich eventueel anoniem kunnen melden. Sindsdien zijn er inderdaad regelmatig klachten bij de NMa gemeld door consumenten. Deze klachten hebben niet geleid tot concrete aanwijzingen. De NMa heeft echter concrete aanwijzingen nodig dat Microsoft pc-leveranciers dwingt of onder druk zet om Windows te installeren om een onderzoek te starten.

² Europese Commissie, IP/08/318, 27 februari 2008

³ Europese Commissie, MEMO/08/19, 14 januari 2008

Ook in 2008 heeft de NMa gekeken naar de softwaremarkt. Uit eigen bevindingen van de NMa is wederom gebleken dat de er op verschillende punten hardware te koop is zonder dat Microsoft Windows daarop is voorgeïnstalleerd. Vooralsnog zijn de signalen dan ook onvoldoende aanleiding om een onderzoek te starten.

Koppelverkoop hardware software

Aangezien de signalen omtrent koppelverkoop zich al geruime tijd voordoen en er ook al eerder vanuit onder meer de Tweede Kamer aandacht voor is gevraagd, zal de NMa dit onderwerp hiernavolgend nauwgezet behandelen. Gezien de complexiteit van het onderwerp ontkomt de NMa niet aan een enigszins technische analyse.

Voordat de NMa kan ingrijpen is het noodzakelijk dat een gedraging verboden is onder de Mededingingswet. De Mededingingswet verbiedt onder meer dat ondernemingen misbruik maken van hun economische machtspositie. Een vorm van misbruik van een economische machtspositie die verboden is onder artikel 24 van de Mededingingswet is bijvoorbeeld koppelverkoop. Uitsluiting van partijen van een bepaalde markt als gevolg van misbruik van een economische machtspositie kan een overtreding van de Mededingingswet opleveren.

In het Algemeen Overleg is naar voren gebracht dat er sprake zou zijn van een koppelverkoop tussen hardware en software. De definitie van misbruik van een economische machtspositie als gevolg van koppelverkoop die gehanteerd wordt in de vaste beschikkingpraktijk van onder meer de Europese Commissie en de NMa is echter een andere dan die in het publieke en politieke debat wordt gehanteerd. Koppelverkoop is slechts verboden onder de Mededingingswet indien aan een aantal specifieke voorwaarden wordt voldaan.

Wanneer is er sprake van koppelverkoop?

Er is sprake van koppelverkoop als de leverancier de verkoop van een bepaald product afhankelijk stelt van de koop van een ander, onderscheiden product van de leverancier of van iemand die door de leverancier is aangewezen. Het eerste product wordt het „koppelende” product genoemd, en het tweede het „gekoppelde” product. In het voorbeeld van de hardware en de software is de computer het koppelende product en de software het gekoppelde product.

Het belangrijkste negatieve gevolg van koppelverkoop voor de mededinging is mogelijke afscherming van de markt voor het gekoppelde product. Over het algemeen wordt dit type overeenkomst namelijk door de leverancier opgelegd. Het belang van de leverancier op de markt voor het koppelende product is de voornaamste reden waarom het voor een afnemer moeilijk kan zijn om een verplichting inzake koppelverkoop te weigeren. In de vaste beschikkingenpraktijk van de NMa en de Commissie wordt daarom de volgende omschrijving gehanteerd⁴:

Koppelverkoop door een onderneming met een economische machtspositie kan alleen misbruik opleveren, indien aanschaf van het product waarvoor de economische machtspositie bestaat (product A) afhankelijk wordt gemaakt van de aanschaf van een ander product (product B). Als gevolg van koppelverkoop kan de betreffende onderneming wellicht haar economische machtspositie op de ene markt (markt A) overhevelen naar een andere markt (markt B), om zo haar positie op die laatste markt (markt B) te versterken op een wijze die misbruik van een economische machtspositie oplevert. Een dergelijke koppeling van producten leidt er toe dat de onderneming met een machtspositie zich agressiever opstelt in markt B. Deze agressieve opstelling kan tot gevolg hebben dat overige efficiënte spelers van markt B worden uitgesloten of verdreven. In een dergelijk geval kan sprake zijn van een negatief welvaartseffect.

Een klassiek voorbeeld van koppelverkoop in het Europese Mededingingsrecht is de *Hilti*⁵ zaak. Deze zaak betrof een bedrijf dat handelde in zowel spijkerpistolen als de bijbehorende accessoires, zoals bijvoorbeeld spijkers. Het bedrijf beschikte over een economische machtspositie op de markt voor spijkerpistolen. Door middel van koppelverkoop probeerde het bedrijf onafhankelijke producenten van spijkers van de markt te drijven. Door de koppelverkoop van spijkers en spijkerpistolen werden consumenten gedwongen zowel de spijkers als het spijkerpistool van de producent af te nemen. Hier ging een uitsluitend effect voor onafhankelijke producenten van spijkers van uit.

Wanneer er is sprake misbruik van een economische machtspositie als gevolg van koppelverkoop?

Er zijn vijf voorwaarden⁶ waaraan moet worden voldaan om een overtreding van de Mededingingswet als gevolg van koppelverkoop te kunnen vaststellen. Indien aan één van de onderstaande voorwaarden niet wordt voldaan, kan geen overtreding van de Mededingingswet worden vastgesteld.

⁴ Zie onder meer NMa zaak 5702 KPN vs Kabelaaars, randnummer 40 en discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses van DG Competition van December 2005. Randnummers 177-206 hebben betrekking op koppelverkoop.

⁵ Zaak T-30/89 *Hilti AG v Commission* [1991] ECR II-1439

⁶ Zie onder meer *The EC law of Competition*, Jonathan FAULL en Ali NIKPAY, 2007, Oxford University Press, pagina's 368-373 hebben betrekking op koppelverkoop.

- 1) Er moet sprake zijn van een economische machtspositie van de leverancier van het koppelende product .
 Het vaststellen van een economische machtspositie vindt plaats door middel van een marktafbakening. Een onderneming met een machtspositie is in staat zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten te gedragen. Over het algemeen kan alleen een bedrijf dat over een economische machtspositie beschikt koppelverkoop opleggen aan klanten. Zolang de concurrenten voldoende talrijk en sterk zijn, vallen er geen concurrentiebeperkende effecten te verwachten, omdat de afnemers over voldoende alternatieven beschikken om het koppelende product zonder het gekoppelde product te kopen. Het marktaandeel is het uitgangspunt voor de analyse van het bestaan van een economische machtspositie. Zoals het Hof van Justitie in het AKZO-arrest aangaf, is het uitgangspunt een marktaandeel van 50%⁷. Indien een bedrijf een marktaandeel van meer dan 50% heeft, wordt aangenomen dat het een machtspositie heeft. Met behulp van andere factoren kan overigens in bepaalde situaties worden aangetoond dat, ondanks het grote marktaandeel, er geen sprake is van een economische machtspositie.

- 2) Er moet sprake zijn van afzonderlijke, onderscheiden producten die gekoppeld worden. Wat als onderscheiden product moet worden beschouwd, wordt in de eerste plaats door de vraag van afnemers bepaald. Twee producten zijn onderscheiden als, bij afwezigheid van koppelverkoop, vanuit het perspectief van de afnemers deze producten door hen op twee verschillende markten worden gekocht. Deze vraag is in de praktijk vaak niet eenvoudig te beantwoorden.

- 3) Er moet sprake zijn van dwang om beide producten of diensten af te nemen.
 Dit is een cruciaal element van het misbruik. Elke onderneming, ook die met een economische machtspositie, is namelijk in beginsel vrij om verschillende producten tegelijk te verkopen. Het misbruik vindt plaats als consumenten gedwongen worden twee of meer producten tegen hun wil af te nemen. Deze druk kan op verschillende manieren worden opgelegd. Een bekend voorbeeld is het intrekken van garantievoorwaarden als consumenten bepaalde producten niet afnemen van de onderneming met een economische machtspositie. Een voorbeeld van dit type koppelverkoop wordt gegeven in de zaak *Novo Nordisk*⁸. Een leverancier van insuline injectie-pennen weigerde garantie in het geval dat zijn producten werden gebruikt in combinatie met producten van andere producenten.

⁷ HvJ EG 3 juli 1991, zaak C-62/86 AKZO V Commissie, Jur. 1991, p. I-3359

⁸ European Commission, XXXVIth report in Competition Policy [1996] p 35

- 4) Er moet sprake zijn van verstoring van de mededinging in de gekoppelde markt. Koppilverkoop moet er voor zorgen of er voor kunnen zorgen dat de mededinging in de gekoppelde markt wordt beperkt. Dit kan het geval zijn als de koppeling tot gevolg heeft dat de gekoppelde markt onbereikbaar wordt voor aanbieders die alleen het gekoppelde product aanbieden. Dit is alleen het geval als de meerderheid van de afnemers zowel het gekoppelde als het koppelende product afneemt.

- 5) Er moet sprake zijn van afwezigheid van een objectieve rechtvaardiging. Er is geen sprake van een overtreding van de Mededingingswet als de koppilverkoop een objectieve rechtvaardiging kent. In de praktijk is koppilverkoop in veel gevallen toegestaan omdat het tot efficiëntievoordelen leidt. Een voorbeeld: omdat klanten schoenen met veters wensen te kopen, is het tot het handelsgebruik gaan behoren dat schoenfabrikanten schoenen met veters leveren. Verkoop van schoenen met veters is bijgevolg geen vorm van koppilverkoop die verboden is onder de Mededingingswet. Vaak zijn combinaties tot het gebruik gaan behoren omdat de aard van het product het technisch moeilijk maakt om het ene zonder het andere product te leveren.

Oordeel NMa

De koppilverkoop van hardware en software voldoet niet aan de definitie van koppilverkoop, zoals verboden onder de Mededingingswet en zoals gehanteerd door de Europese Commissie en de NMa. Hiernavolgend wordt aangegeven waarom niet aan bovenstaande voorwaarden wordt voldaan:

1. Er is geen sprake is van een leverancier van hardware met een economische machtspositie⁹. Het koppelende product is immers de computer. Derhalve kan er geen misbruik van een economische machtspositie onder de Mededingingswet plaatsvinden.
2. Ten overvloede: Er is sprake van een objectieve rechtvaardiging. Op basis van de huidige informatie deelt de NMa uw mening dat pc's over het algemeen met Windows worden aangeboden als gevolg van de marktpraag¹⁰. Zoals u zelf schrijft in uw antwoorden op Kamervragen zijn pc's zonder besturingssysteem of met een ander besturingssysteem op beperkte schaal verkrijgbaar.

Overige overtredingen

Naast koppilverkoop zijn er andere gedragingen in de softwaremarkt die ter discussie staan. De NMa heeft vooralsnog geen reden om aan te nemen dat er op andere gebieden van de

⁹ Momenteel is er geen pc-leverancier met een marktaandeel groter dan 20%, IDC, 17-10-2007

¹⁰ Antwoorden op de vragen van het lid Gerkens (SP) over de aanschaf van pc's zonder besturingssystemen van 3 januari 2008, EP/MW/7145705

softwaremarkt in Nederland sprake is van (een) andersoortige overtreding(en) van de Mededingingswet. De NMa blijft de softwaremarkt echter nauwgezet volgen, zoals zij dat ook in het verleden heeft gedaan.

De NMa kan op verschillende wijzen signalen krijgen van mogelijke overtredingen van de Mededingingswet. Aanleidingen voor onderzoeken kunnen liggen in klachten van consumenten of bedrijven, maar ook in eigenstandig sectoraal programmaonderzoek. De NMa wijst er echter op dat uitspraken over mogelijke onderwerpen van onderzoek het onderzoeksbelang zouden kunnen schaden. De NMa doet dan ook geen uitspraken over lopende of op te starten onderzoeken.

De NMa legt in haar onderzoek nadruk op die sectoren waar het risico op overtredingen van de Mededingingswet aanwezig is en de schade voor de Nederlandse economie groot kan zijn. Een prioriteitstelling is hierbij nodig omdat de NMa haar beschikbare capaciteit optimaal wil inzetten.

Conclusie

Op basis van het bovenstaande bestaat er op dit moment geen aanleiding voor een nadere mededingingsrechtelijke analyse van de softwaremarkt in Nederland. De NMa blijft echter in gesprek met marktpartijen en zal, zoals ook in het verleden is gebeurd, de softwaremarkt nauwgezet blijven volgen. De NMa is uiteraard bereid een en ander mondeling toe te lichten.

Hoogachtend,

P. Kalbfleisch

Voorzitter Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit