

Artikel

Innovatieconcurrentie na Dow/DuPont: floreert innovatie in garages of in Silicon Valley?

Mattijs Bosch en Marianne Meijssen*

De discussie over de verhouding tussen concurrentie en innovatie is niet nieuw. Tussen economen woedt dit debat al sinds Joseph Schumpeter in 1942 zijn standaardwerk *Capitalism, Socialism en Democracy* publiceerde. Ook de Europese Commissie (hierna: Commissie) heeft inmiddels een standpunt over dit onderwerp ingenomen.¹ Commissaris Vestager gaf in een speech in 2016 zelfs aan dat: *'one of the main aims of the competition rules is to support innovation'*.²

In haar recente beschikking in *Dow/DuPont* heeft de Commissie haar standpunt over het verband tussen innovatie en concurrentie verder verduidelijkt.³ Om te mogen fuseren moesten Dow en DuPont bijna de gehele wereldwijde R&D-organisatie van DuPont afstoten. Voor publicatie schreven diverse commentatoren al dat de Commissie in deze zaak gebruikmaakte van nieuwe

theories of harm over innovatieconcurrentie.⁴ De beschikking zelf lijkt de verwachting dat het hier gaat om een nieuw precedent waar te maken.

De vraag is of de benadering van de Commissie in *Dow/DuPont* zich ook leent voor toepassing buiten de specifieke omstandigheden van dat geval. Het overnemen van innovatieve concurrenten blijft immers niet beperkt tot de agrochemie. Dat de Commissie ook in hightechsectoren naar de gevolgen van fusies op innovatieconcurrentie zal kijken, bevestigde commissaris Vestager in een andere speech:

*'One of the simplest defences against innovation is to buy up rivals that create innovative products. That's why, when we look at high-tech mergers, we don't just look at whether they might raise prices. We also assess whether they could be bad for innovation.'*⁵

In de digitale sector zijn megamergers tussen conglomeraten als Dow en DuPont voorlopig slecht voorstelbaar. Wel kent deze industrie tal van voorbeelden waarin gevestigde spelers innovatieve start-ups overnemen.

* Mr. M. Bosch is advocaat bij Maverick Advocaten. Mr. M.A. Meijssen is advocaat bij Maverick Advocaten. De auteurs danken Gunnar Niels, Bas Braeken en Joris Ruigewaard voor hun nuttige opmerkingen op eerdere versies van dit artikel.

1. Zie bijvoorbeeld: speech directeur-generaal DG Concurrentie Laitenberg, *Competition and innovation*, 9 december 2015. Zie ook Competition policy brief, april 2016.
2. Speech commissaris Vestager, *How Competition Supports Innovation*, 24 mei 2016.
3. Besluit Commissie 27 maart 2017, zaak M.7932, *Dow/DuPont*. Recent werd de voorlopige niet-vertrouwelijk versie gepubliceerd (12 oktober 2017).

4. RBB Brief 54, *An innovative leap into the theoretical abyss: Dow/DuPont and the Commission's novel theory of harm*, juli 2017, zie <www.rbbecon.com/downloads/2017/07/RBB-Brief-54.pdf>; N. Petit, *Significant Impediment to Industry Innovation: A Novel Theory of Harm in EU Merger Control?*, 6 februari 2017, zie <ssrn.com/abstract=2911597>; G. Sebag, *Dow-DuPont Shows How Innovation Is EU's New M&A Battleground*, Bloomberg, 28 maart 2017, <www.bloomberg.com> (zoek op Dow-DuPont innovation); G. Bushell, *EU Merger Control and the Innovation Theory of Harm: Fake News?*, Kluwer Competition Law Blog 3 maart 2017, zie <competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com>.
5. Speech commissaris Vestager, *Competition: the mother of invention*, 18 april 2016.

Facebook, bijvoorbeeld, nam WhatsApp over voor 19 miljard dollar, Instagram voor 1 miljard dollar en, recentelijk, tbh voor 100 miljoen dollar.⁶ Ondanks deze hoge overnameprijzen genereerden deze doelondernemingen op het moment van overname niet of nauwelijks omzet. De wens om zaken als *Facebook/WhatsApp* aan het concentratiecontroletoezicht te onderwerpen, noemde het Bundeskartellamt recent nog de ‘*zentrale Motivation*’ om een transactiewaardedrempel in te voeren.⁷ Naar aanleiding van deze ontwikkelingen willen wij in deze bijdrage de vraag opwerpen of *Dow/DuPont* gevolgen heeft voor overnames in digitale markten die nog volop in ontwikkeling zijn en zo ja welke dat zijn.

Innovatie in de beschikkingspraktijk: de stand van zaken na Dow/DuPont

Economische achtergrond

De Concentratieverordening legt een verband tussen mededinging en marktconcentratie. De Commissie moet een concentratie – het woord zegt het al – die zou leiden tot een beperking van de ‘daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan’ verbieden. Dat een toename in marktconcentratie kan leiden tot minder prijsconcurrentie en uiteindelijk tot een vermindering in consumentenwelzijn is een weinig controversiële stelling. Dat een dergelijk verband bestaat tussen marktconcentratie, concurrentie en innovatie is minder vanzelfsprekend.

Om te beginnen komt dit doordat dynamische concurrentie (op innovatie) een andere modus operandi heeft dan statische concurrentie (op prijs of op hoeveelheid). In markten waarin innovatie een belangrijke concurrentieparameter is, concurreren ondernemingen door als eerste een baanbrekende innovatie naar de markt te brengen. Schumpeter, de grondlegger van dit idee, noemde dit proces ook wel ‘*creative destruction*’. Hij betoogde dat een monopolist zijn volledige marktaandeel kan verliezen wanneer een nieuwe toetreders de volgende generatie van een product weet te introduceren.⁸ Aldus kunnen zelfs monopolisten in ‘*the perennial gale of creative destruction*’ geen rustig leven leiden,⁹ maar moeten zij continu blijven innoveren.

Een tweede reden waarom het verband tussen innovatie, marktstructuur en concurrentie niet eenduidig is, is dat innovatie niet kan bestaan bij te veel prijsconcurrentie. Innovatie vereist vaak grote investeringen. Een onderne-

ming moet voldoende zekerheid hebben dat zij deze toekomstige verzonken kosten ook terug kan verdienen, wil zij een dergelijke investering aangaan.¹⁰ In een perfect competitieve markt kan een onderneming echter slechts een prijs ter hoogte van haar marginale kosten rekenen. Om investeringen in bijvoorbeeld R&D terug te verdienen zal een onderneming – in ieder geval na het op de markt brengen van een innovatie – een zekere mate van marktmacht nodig hebben. Het verkrijgen van een intellectueel-eigendomsrecht is een manier om een dergelijke marktmacht te creëren. Echter, het overnemen van een concurrent kan dit ook zijn.

Deze twee observaties hebben aanleiding gegeven tot een economisch debat over de vraag in welke marktstructuur innovatie het best gedijt. Kort gezegd bestaan er in de economische literatuur drie hoofdstromingen over dit onderwerp:¹¹

- In navolging van Schumpeter wordt betoogd dat innovatie floreert in een monopolie.¹² Marktmacht garandeert ondernemingen dat zij hun investeringen in innovatie terug kunnen verdienen. In deze visie is het rekenen van monopolieprijzen ‘*the easiest and most effective way of collecting the means by which to finance additional investment*’.¹³ Om de komst van een nieuwe monopolist te voorkomen zal de monopolist zijn monopoliewinsten besteden aan innovatie.
- Arrow achtte concurrentie echter de beste voedingsbodem voor innovatie.¹⁴ Volgens Arrow heeft een onderneming een grotere prikkel om te innoveren naarmate het verschil in zijn pre-innovatie (surplus)winst en postinnovatie (surplus)winst groter wordt. Voor een onderneming in een competitieve markt is deze prikkel groot: door succesvol te innoveren, kunnen ondernemingen in een competitieve markt ontsnappen aan hun concurrenten, waardoor zij in staat zijn monopolieprijzen te rekenen.¹⁵ Voor een monopolist is dat anders: de introductie van innovatie kannibaliseert als het ware de monopoliewinst die de monopolist toch al verdiende. Door dit

6. ‘Facebook acquires anonymous teen compliment app tbh, will let it run’, *Techcrunch* 16 oktober 2017, <techcrunch.com> (zoek op tbh facebook).

7. Bundeskartellamt, *Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis*, 5 oktober 2017, p. 26.

8. J. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York: Routledge 1942, p. 84-85.

9. Immers, ‘the best of all monopoly profits is a quiet life’, aldus J.R Hicks, ‘Annual Survey of Economic Theory: The Theory of Monopoly’, *Econometrica* 1935.

10. Schumpeter 1942, p. 84-85.

11. In dit artikel zullen wij de theoretische en empirische economische literatuur over het verband tussen concurrentie en innovatie niet uitputtend bespreken. Uitstekende samenvattingen kunt u onder meer vinden in R. Gilbert, ‘Looking for Mr. Schumpeter: Where are we in the Competition-Innovation Debate’, in: A. Jaffe e.a. (red.), *Innovation Policy and the Economy*, vol. 6, Chicago: University Press of Chicago 2006; W. Cohen, ‘Fifty Years of Empirical Studies of Innovative Activity and Performance’, in: B. Hall en N. Rosenberg (red.), *Handbook of Economics of Innovation*, vol. 1, Amsterdam: Elsevier 2010; C. Shapiro, ‘Competition and Innovation: Did Arrow Hit the Bull’s Eye?’, in: J. Lerner en S. Stern (red.), *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*, Chicago: University of Chicago Press 2012; en R. Gilbert en H. Greene, ‘Merging Innovation into Antitrust Agency Enforcement of the Clayton Act’, *The George Washington Law Review* 2015, <ssrn.com/abstract=2716224>.

12. Schumpeter 1942, p. 90.

13. Schumpeter 1942, p. 87.

14. K. Arrow, ‘Economic Welfare and the Allocation of Resources to Invention’, in: R. Nelson (red.), *The Rate and Direction of Inventive Activities: Economic and Social Factors*, North Stratford, New Hampshire: Ayer Company Publishers 1962, p. 609-626.

15. In het model van Arrow leidt een succesvolle innovatie tot een ex-post-monopolie.

vervangings­effect heeft de monopolist een minder grote prikkel om te investeren in R&D dan een onderneming in een competitieve markt.

- Inmiddels is de meerderheidsopvatting, aangevoerd door Scherer en Aghion,¹⁶ dat de meeste innovaties gegeneerd worden in een matig geconcentreerde markt. In deze visie bestaat er een zogeheten in­vers U-vormig verband tussen marktconcentratie en innovatie. Innovatie neemt af wanneer de markt ofwel te geconcentreerd ofwel te competitief wordt.¹⁷ Wat de optimale hoeveelheid aan marktdeelnemers is, verschilt in deze visie per sector.

Kortom: het economische debat over de relatie tussen marktconcentratie, concurrentie en innovatie is verre van uitgekristalliseerd. Om deze reden heeft een aantal commentatoren betoogd dat mededingingsautoriteiten mogelijk meer kwaad dan goed doen wanneer zij ingrijpen in innovatieve markten.

Dit heeft enkele vooraanstaande economen van het Chief Economist's Team van DG Concurrentie echter niet weerhouden om zich te mengen in het debat. Federico e.a. (2017) en Motta en Tarantino (2017) trekken in twijfel of de bevindingen over het inverse U-vormig verband tussen marktconcentratie en innovatie van belang is bij het beoordelen van de effecten van fusies op innovatie.¹⁸ Volgens hen heeft een fusie tussen twee innovatoren altijd tot gevolg dat de fusieonderneming een verminderde prikkel zal hebben om te innoveren. Dit komt doordat negatieve effecten als gevolg van het vervangings­effect groter zijn dan de positieve effecten die de fusie heeft op de winstgevendheid van innovatie. Ondanks het feit dat haar concurrenten meer zullen innoveren, compenseert dit niet afdoende voor de verlaging in prikkels die de fusieonderneming ervaart. Aangenomen dat de concentratie niet tot efficiëntie leidt, zal er in de industrie minder geïnnoveerd worden. Het lijkt dat de inzichten in deze papers een belangrijke rol hebben gespeeld in *Dow/DuPont*.

Op de inhoud van deze papers zullen wij later in dit artikel nog terugkomen. Nu willen wij wel al de vraag

opwerpen of het wenselijk is dat leden van Chief's Economist's Team op eigen titel een bijdrage aan het wetenschappelijk debat leveren – zeker in dit geval. Het risico dat het onderscheid tussen een persoonlijke opvatting en officieel Commissiebeleid vervaagt, ligt op de loer. Dit geldt eens te meer nu de Commissie in *Dow/DuPont* meermaals verwijst naar de publicaties van haar eigen economen ter onderbouwing van haar *theories of harm* over innovatie.

Juridisch kader

De relevante test in de Concentratieverordening is of een concentratie 'de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan' niet 'op significante wijze' zou belemmeren, met name door een machtspositie in het leven te roepen of te versterken.¹⁹ Hoewel de Concentratieverordening daar niets over regelt, volgt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dat de bewijslast voor het verbieden of het goedkeuren van een concentratie op de Commissie rust.²⁰ Om daaraan te kunnen voldoen dient de Commissie een prospectieve analyse van de gevolgen van de concentratie te maken. Het Hof van Justitie oordeelde in *Tetra Laval* dat de Commissie bij het maken van een dergelijke prospectieve analyse 'zeer zorgvuldig' dient te onderzoeken welke mededingingsrechtelijk relevante veranderingen een concentratie teweeg kan brengen.²¹

De Concentratieverordening en de rechtspraak van de Europese rechters lijken niet concreet te noemen hoe ver de Commissie in de toekomst mag of moet kijken. In de praktijk lijkt over het algemeen te worden aangenomen dat een prospectieve analyse beperkt moet blijven tot ontwikkelingen die maximaal twee à drie jaar in de toekomst liggen. Zo geven de Richtsnoeren horizontale fusies bijvoorbeeld aan dat toetreding binnen twee jaar tijdig is om de uitoefening van marktmacht te neutraliseren.²²

De Concentratieverordening noemt innovatie niet als een concurrentieparameter die bij het maken van een prospectieve analyse in acht genomen dient te worden. De Richtsnoeren horizontale fusies noemen het belang van innovatie voor het concurrentieproces wel. Desalniettemin laten de Richtsnoeren in het midden hoe de effecten van een concentratie op innovatie vervolgens beoordeeld moeten worden. Randnummer 38 noemt bijvoorbeeld zowel een mogelijk positief als een mogelijk negatief effect dat een concentratie op innovatie kan hebben:

'Op markten waarop innovatie een belangrijke concurrentiefactor is, kan een fusie voor de ondernemingen de mogelijkheid en de prikkel vergroten om innovaties op de markt te brengen en zo ook de concu-

16. F. Scherer, 'Research and Development Allocation Under Rivalry', *The Quarterly Journal of Economics* 1967, nr. 3, p. 359-394; F. Scherer, 'Market Structure and the Employment of Scientists and Engineers', *American Economic Review* 1967, nr. 3, p. 524-530; P. Aghion e.a., 'Competition and Innovation: an Inverted-U Relationship', *The Quarterly Journal of Economics* 2005, nr. 2, p. 701-728.

17. Voor de volledigheid merken wij op dat (innovatie)concurrentie niet altijd gelijkgesteld kan worden met marktconcentratie. Op innovatiegebied ervaren ondernemingen voornamelijk concurrentie van ondernemingen die soortgelijke innovatiecapaciteiten hebben. Anderzijds kunnen overlaps op innovatiegebied leiden tot innovatiebevorderende kennisoverdracht. Zie P. Aghion e.a., 'Competition and Innovation: an Inverted-U Relationship', *The Quarterly Journal of Economics* 2005, nr. 2, p. 701-728; en N. Bloom e.a., 'Identifying Technology Spillovers and Product Market Rivalry', *Econometrica* 2013, zie <www.jstor.org/stable/23524180>.

18. G. Federico, G. Langus en T. Valletti, 'A Simple Model of Mergers and Innovation', *Economic Letters* 2017, <<https://dx.doi.org/10.1016/j.econlet.2017.06.014>>; G. Federico, G. Langus en T. Valletti, *Horizontal Mergers and Product Innovation: An Economic Framework*, Mimeo 2017, <ssrn.com/abstract=2999178>; M. Motta en E. Tarantino, *The Effect of Horizontal Mergers. When Firms Compete in Prices and Investments*, Mimeo 2017.

19. Art. 2 Concentratieverordening.

20. HvJ EG 10 juli 2008, zaak C-413/06 P, *Bertelsmann en Sony*, ECLI:EU:C:2008:392, r.o. 52 en 48.

21. HvJ EG 15 februari 2005, zaak C-12/03 P, *Tetra Laval*, ECLI:EU:C:2005:87, r.o. 42-43.

22. Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, nr. 74.

rentiedruk op concurrenten opvoeren om op die markt te innoveren. Omgekeerd kan de daadwerkelijke concurrentie op significante wijze worden belemmerd door een fusie tussen twee belangrijke innovatoren, bijvoorbeeld tussen twee ondernemingen die voor een specifieke productmarkt producten “in de pijplijn” hebben. Zo kan ook een onderneming met een betrekkelijk klein marktaandeel toch een belangrijke concurrentiefactor zijn indien zij veelbelovende producten in de pijplijn heeft.’

In feite lijken hierin beide kanten van het Schumpeter-Arrow debat vertegenwoordigd te zijn. Welke zienswijze de doorslag moet geven, laten de Richtsnoeren aldus in het midden.

De stand van zaken voorafgaand aan Dow/DuPont

Het zou onjuist zijn te stellen dat *Dow/DuPont* volledig uit de lucht komt vallen. Zoals gezegd staat innovatie al langer op de radar bij de Commissie.²³ Precedenten zijn echter spaarzaam en relatief recent. De zaken laten zich indelen in verschillende categorieën.

Allereerst heeft de Commissie – in de farmaceutische industrie – gekeken naar zogeheten ‘*pipeline to market overlap*’.²⁴ In deze zaken beoordeelde de Commissie of een product dat nog in de pijplijn zit (en derhalve nog niet op de markt is) in de toekomst zal concurreren op een bestaande productmarkt, en zo ja, wat het wegvallen van deze concurrentiedruk voor gevolgen zou hebben.

Verder heeft de Commissie – eveneens in de farmaceutische industrie – gekeken naar zogeheten ‘*pipeline to pipeline overlap*’.²⁵ In deze zaken beoordeelde de Commissie of twee producten die nog in de pijplijn zitten, in de toekomst mogelijk concurrentie zouden uitoefenen op nog niet bestaande productmarkten en, zo ja, wat het wegvallen van deze concurrentie voor gevolgen zou hebben.

Ook beoordeelde de Commissie zaken waarin de fusieonderneming mogelijk een verminderde prikkel zou hebben om innovatieve upgrades van bestaande producten op te markt te brengen. Voorbeelden zijn *Deutsche Börse/NYSE*²⁶ en *General Electric/Alstom*.²⁷

Een laatste innovatiegerelateerde zorg die de Commissie heeft geuit ziet op mogelijke afschermingseffecten. In *Liberty Global/Ziggo* onderzocht de Commissie of de fusieonderneming geen dusdanig sterke afnemersmacht zou krijgen dat zij in contracten kon bedingen dat televisiezenders geen of beperkt content zouden leveren aan aanbieders van innovatieve *over-the-top* (OTT) diensten

(zoals Netflix).²⁸ In *Syngenta/Monsanto’s Sunflower Seed Business* stelde de Commissie vast dat de fusieonderneming een prikkel had om andere veredelaars uit te sluiten van een belangrijke innovatie-input.²⁹ Hierdoor zou het moeilijker zijn voor kleine concurrenten om nieuwe hybride zonnebloemrassen op de markt te brengen.

Wat al deze zaken met elkaar gemeen lijken te hebben is dat de Commissie met name kijkt naar verwachte veranderingen in de innovatieve output van de fusieonderneming. Haar prospectieve analyse blijft derhalve beperkt tot de verwachte mededingingsbeperkingen in bestaande of toekomstige productmarkten.³⁰

Dow/DuPont

Dow en DuPont kondigden hun fusieplannen bijna twee jaar geleden aan, in december 2015. Door hun activiteiten te combineren zou de fusieonderneming de grootste wereldwijde speler op het gebied van gewasbescherming en zaadveredeling worden. De fusie zou de partijen eveneens in staat stellen 3 miljard dollar aan kostsynergieën en 1 miljard dollar aan groeisynergieën te bewerkstelligen.³¹ Uiteindelijk zal het gecombineerde Dow/DuPont opgesplitst worden in drie afzonderlijke beursgenoteerde bedrijven, die zich zullen focussen op landbouw, ‘*materials science*’, en ‘*specialty products*’.³²

Na de fusie zouden er naast Dow/DuPont nog drie andere grote geïntegreerde R&D-spelers overblijven in de agrochemische sector: Syngenta, BASF en Bayer. Op het oog zou men kunnen denken dat het niet moeilijk zou moeten zijn om goedkeuring te krijgen voor een dergelijke ‘simpele’ vijf-naar-vier-fusie. Desalniettemin moesten de partijen een uitgebreid remediepakket aanbieden om de Commissie ertoe te bewegen de concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te verklaren.

De bezwaren van de Commissie zagen voor een belangrijk deel op de gevolgen van de fusie op innovatieconcurrentie. Over beperkingen van innovatieconcurrentie stelt de Commissie, kort gezegd, dat het uit het doel en de bewoordingen van de Concentratieverordening en de Richtsnoeren horizontale fusies volgt dat zij gehouden is significante mededingingsbeperkingen te voorkomen, zonder haar beoordeling te beperken tot prijseffecten of tot prijseffecten tussen bestaande producten.³³ Het beoordelingskader in de Richtsnoeren met betrekking tot niet-gecoördineerde effecten zou evenzeer van toepassing zijn op innovatie.³⁴

In de beschikking signaleert de Commissie de volgende negatieve gevolgen van de fusie op innovatie:

23. Zie ook Y. de Vries, ‘Concentratiecontrole en innovatie: tijd voor iets nieuws?’, *MP* 2016/5-6; en H.H.P. Lugard, ‘Innovatie’, *M&M* 2013/6.
24. Zie bijvoorbeeld Besluit Commissie 18 november 2014, zaak M.7326, *Medtronic/Covidien*.
25. Besluit Commissie 28 januari 2015, zaak M.7275, *Novartis/Glaxo-SmithKline Oncology Business*.
26. Besluit Commissie 1 februari 2012, zaak M.6166, *Deutsche Börse/Nyse Euronext*.
27. Besluit Commissie 8 september 2015, zaak M.7278, *General Electric/Alstom (Thermal Power-Renewable Power & Grid Business)*.

28. Besluit Commissie 10 oktober 2014, zaak M.7000, *Liberty Global/Ziggo*.
29. Besluit Commissie 17 november 2010, zaak M.5675, *Syngent/Monsanto’s Sunflower Seed Business*, rnr. 195.
30. Wel maakt het feit dat de producten in de pijplijn nog niet bestaan, volgens de Commissie dat de exacte marktdefinitie in het midden kan blijven.
31. Besluit Commissie 27 maart 2017, zaak M.7932, *Dow/DuPont*, rnr. 6.
32. Zie <www.dow-dupont.com/about-dow-dupont/default.aspx>.
33. *Dow/DuPont*, rnr. 1992.
34. *Dow/DuPont*, rnr. 1993-1999.

- Het gecombineerde Dow/DuPont zou onmiddellijk na de fusie een deel van haar bestaande onderzoeks- en ontwikkelingsactiviteiten staken.³⁵ De negatieve effecten die dit op innovatieconcurrentie zou hebben, zouden zich op zowel industriënniveau als in ‘*innovation spaces*’ laten voelen.³⁶
- Als gevolg van deze vermindering in innovatieactiviteiten zou de fusieonderneming op de lange termijn bovendien minder producten ontwikkelen dan Dow en DuPont afzonderlijk voor de transactie.

Dit zullen wij hieronder verder toelichten.

Innovatieconcurrentie in *innovation spaces*

Voor zover wij kunnen nagaan heeft de Commissie nooit eerder innovatieconcurrentie in *innovation spaces* onderzocht. Volgens de Commissie is een *innovation space* een ‘ruimte’ waar innovatieconcurrentie kan plaatsvinden en die derhalve mededingingsrechtelijk relevant is.³⁷ Het lijkt erop alsof de Commissie hiermee aansluiting heeft gezocht bij het Amerikaanse concentratietoezicht,³⁸ waarin de FTC al eerder de effecten van fusies op zogeheten ‘*innovation markets*’ heeft onderzocht.³⁹ Om duidelijk te maken dat hier geen sprake is van een markt in de traditionele zin van het woord,⁴⁰ gebruikt de Commissie echter het begrip ‘*spaces*’. De beoordeling van concurrentie in deze *innovation spaces* moet onderscheiden worden van de analyse van (toekomstige) productmarkten en technologiemarkten.

Uit Dow/DuPont lijkt te volgen dat een *innovation space* vroege innovatieactiviteiten (‘*lines of research*’⁴¹ en ‘*early pipeline products*’⁴²) naar een specifiek ‘*discovery target*’ omvat.⁴³ Deze *discovery targets* zien volgens de Commissie in de agrochemie op een ‘*lead crop*’ en een ‘*lead pest*’.⁴⁴ Aldus valt de omvang van een *innovation space* niet samen met die van een technologiemarkt of een (toekomstige) productmarkt. Sterker nog: in een *innovation space* verrichte innovatieactiviteiten kunnen resulteren in meer dan één actief ingrediënt.⁴⁵ Bovendien is het mogelijk dat een in een *innovation space* ontdekt actief ingrediënt later verwerkt wordt in meer dan één product. Aldus kan concurrentie in *innovation spaces* gevolgen hebben in meerdere *downstream* (toekomstige) productmarkten. Aan de andere kant kan onderzoek in een *innovation space* ook geheel zonder resultaten blijven. Of

en welke output een *innovation space* heeft, is dus onzeker.

In haar besluit concludeert de Commissie dat Dow en DuPont als gevolg van het hierboven beschreven vervangingseffect een prikkel hebben om *lines of research of early pipeline products* in de *innovation spaces*, waarin zij belangrijke en naaste concurrenten zijn, uit te stellen of te discontinueren.⁴⁶ Ter onderbouwing verwijst de Commissie zowel naar de bijdragen van Federico e.a. als naar documenten van Dow en DuPont, waaruit dit cannibalisatie-effect zou blijken.⁴⁷ De niet-vertrouwelijke versie van de beschikking impliceert voorts dat de Commissie in aanmerking heeft genomen dat Dow en DuPont de door hen aangekondigde kostsynergieën van 1.38 miljard dollar waarschijnlijk willen behalen door ingrijpend in hun R&D-uitgaven te snijden.⁴⁸

Saillant detail is dat de Commissie zelf de onzekerheid van haar analyse onderkent. Zij bevestigt dat zij niet kan identificeren welke *lines of research* en *early pipeline products* als gevolg van de fusie gedisciplineerd worden.⁴⁹ Volgens de Commissie is dat ook niet noodzakelijk. Volgens haar doet het feit dat pas post-transactie duidelijk wordt op welke *innovation spaces* de mededinging beperkt wordt, niet af aan ‘*the likelihood that some highly innovative early pipeline products and lines of research would be discontinued, deferred or redirected*’.⁵⁰

Innovatieconcurrentie op industriënniveau

In de aanloop naar de publicatie van de Dow/DuPont-beschikking ging de aandacht van veel commentatoren uit naar de nieuwe *theory of harm* van de Commissie, die ook wel ‘*significant impediment to industry innovation*’ wordt genoemd.⁵¹ Zelf formuleert de Commissie het als volgt: ‘*post-Transaction the merged entity would have lower incentives to achieve the same overall level of innovation as the Parties pre-Transaction thus leading to a significant loss of effective innovation competition in the industry*’.⁵² Dit bezwaar lijkt dus geen betrekking te hebben op specifieke *innovation spaces* of toekomstige producten die nog in de pijplijn zitten, maar te zien op de industrie in het algemeen.

De analyse van de industrie-innovatie lijkt grotendeels overeen te komen met de beoordeling van eventuele mededingingsbeperkingen in *innovation spaces*. Ook in dit geval zou het vervangingseffect ertoe kunnen leiden dat de fusieonderneming een minder grote prikkel om te innoveren ervaart.⁵³ Ter staving van deze *theory of harm* wijst de Commissie erop dat de fusieonderneming voornemens zou zijn ingrijpend te snijden in haar R&D-uit-

35. Dow/DuPont, vgl. nr. 2014.

36. Dow/DuPont, nr. 1956.

37. Dow/DuPont, nr. 350.

38. Dow/DuPont, nr. 343.

39. Statement of Chairman Timothy J. Muris in the Matter of Genzyme Corporation/Novazyme Pharmaceuticals, Inc., beschikbaar op <www.ftc.gov/os/murisgenzymestmt.pdf>.

40. Dow/DuPont, nr. 348.

41. In nr. 1958 definieert de Commissie een line of research als ‘the set of scientists, patents assets, equipment and chemical class(es) which are dedicated to a given discovery target whose final output are successive pipeline Als targeting a given innovation space’.

42. Volgens de Commissie zijn *early pipeline products* ‘intermediate results of lines of research’.

43. Dow/DuPont, nr. 350.

44. Dow/DuPont, nr. 351.

45. Dow/DuPont, nr. 348.

46. Dow/DuPont, nr. 3022.

47. Dow/DuPont, nr. 317-3020.

48. Dow/DuPont, nr. 3028 e.v.

49. Dow/DuPont, nr. 3053.

50. Dow/DuPont, nr. 3026.

51. RBB Brief 54, *An innovative leap into the theoretical abyss: Dow/DuPont and the Commission's novel theory of harm*, juli 2017 (beschikbaar op: <www.rbbecon.com/downloads/2017/07/RBB-Brief-54.pdf>); N. Petit, *Significant Impediment to Industry Innovation: A Novel Theory of Harm in EU Merger Control?*, 6 februari 2017, zie <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2911597>>.

52. Dow/DuPont, p. 484.

53. Dow/DuPont, mrs. 3057.

gaven en haar onderzoeksdoelen ingrijpend zou willen bijstellen. De Commissie heeft daarvoor in grote mate gebruikgemaakt van interne documenten.⁵⁴ Omdat deze informatie in de beschikking is weggeklapt, laat dit onderdeel van de beschikking zich lastig lezen.

Daarbij rijst de vraag of de term *significant impediment to industry innovation* de lading wel afdoende dekt. Voor zover wij kunnen nagaan blijft deze *theory of harm* beperkt tot de vermindering in prikkels die de fusieonderneming ervaart. In *Dow/DuPont* is nergens terug te vinden dat ook concurrenten als gevolg van de fusie minder zullen innoveren. Wel komt de Commissie tot de conclusie dat andere innovatoren hun R&D-inspanningen niet voldoende kunnen vergroten om te compenseren voor de afname in innovatie-inspanningen aan de zijde van de fusieonderneming.⁵⁵ Dit lijkt in lijn te zijn met de analyse van Federico e.a. (2017) en Motta en Tarantino (2017). Volgens hen heeft een fusie immers altijd als gevolg dat concurrenten van de fusieonderneming een grotere prikkel ervaren om te innoveren.

Tussenconclusie: in hoeverre is Dow/DuPont een breuk met het verleden?

Zoals hierboven aangegeven zijn *theories of harm* die zien op innovatie niet nieuw. Dat de Commissie ook een significante beperking van innovatie in de industrie in ogenschouw kan nemen, lijkt ook niet dermate nieuw te zijn als soms gesuggereerd wordt. De Commissie zelf weerspreekt dit in ieder geval.⁵⁶ Dat een fusie innovatie minder interessant kan maken bevestigt ook het volgende citaat uit *Deutsche Börse/NYSE*: ‘*In principle, a merger may affect the incentive to innovate both of the merged entity relative to the Notifying Parties pre-merger, and also of third parties, leading in either case potentially to less overall innovation in the market.*’⁵⁷

Anderzijds lijkt *Dow/DuPont* de eerste zaak te zijn waarin de Commissie deze *theory of harm* ook daadwerkelijk heeft uitgewerkt en toegepast. Daarnaast schept *Dow/DuPont* ook op andere gebieden meer duidelijkheid over hoe de Commissie innovatiebezwaren beoordeelt. Om te beginnen bevestigt *Dow/DuPont* dat de Commissie niet bang is om stelling in te nemen in het economische debat over de relatie tussen marktconcentratie, concurrentie en innovatie. Daarbij schaarde de Commissie zich, in ieder geval wat de agrochemie betreft, aan de zijde van Arrow.

Verder maakt *Dow/DuPont* duidelijk dat de Commissie negatieve effecten op innovatieconcurrentie *an sich* voldoende vindt om een significante belemmering van de mededinging vast te stellen. De analyse van de effecten op (bestaande of toekomstige) productmarkten lijkt aldus los te staan van de vaststelling dat er mededingingsproblemen optreden in *innovation spaces* of in de industrie. Het is de vraag hoe deze ontwikkeling zich bijvoorbeeld verhoudt tot het recente arrest in *KPN/*

Commissie, waarin het Gerecht overwoog dat een goede marktafbakening een ‘*necessary precondition*’ is voor het beoordelen van de gevolgen van een concentratie op de mededinging.⁵⁸

Hieraan gerelateerd is de observatie dat de Commissie zich, ondanks de inherente onzekerheid die verbonden is aan een vergaande prospectieve analyse, niet laat weerhouden om in te grijpen in een innovatieve markt. Hoewel het op zich juist is dat Dow en DuPont al snel na de fusie konden gaan snijden in hun gezamenlijke R&D-budgetten, zouden de gevolgen hiervan nog jaren op zich laten wachten. Het zal interessant zijn om te zien of de Europese rechters zich hiermee kunnen verenigen of dat zij van oordeel zullen zijn dat de Commissie niet in overeenstemming met de in *Tetra Laval* vereiste zorgvuldigheid heeft gehandeld. Dit geldt temeer nu de Commissie zelf erkent dat zij niet precies kan identificeren welke *early pipeline products* en *lines of research* waarschijnlijk gestaakt zouden worden. Bovendien is het opvallend dat de meerderheid van de afnemers en ongeveer de helft van de concurrenten van Dow en DuPont juist geen afname van innovatie verwachtten.⁵⁹

Gevolgen voor overnames in digitale markten?

Er zijn veel interessante observaties denkbaar over de vraag of (en zo ja hoe) de Commissie dit innovatiekader in toekomstige zaken zal toepassen. Deze paragraaf beperkt zich in dit verband tot eventuele toepasbaarheid in digitale sectoren.

De combinatie tussen een hoge transactiewaarde en een lage omzet kan een signaal zijn dat een doelonderneming beschikt over activa met een groot toekomstig verdienpotentieel dat nu nog niet gekapitaliseerd kan worden. Dit geldt specifiek voor bedrijven in de digitale economie.⁶⁰ Vaak is hier sprake van tweezijdige markten met (indirecte) netwerkeffecten. Om hun gebruikersbasis uit te breiden komt het veelvuldig voor dat toetreders hun producten in de start-upperiode óf gratis óf reclamevrij aanbieden. De omzet die deze ondernemingen behalen, is daardoor mogelijk geen adequate weerspiegeling van het mogelijk disruptieve karakter van hun producten, noch de belangrijke rol die zij in de toekomst in het concurrentieproces kunnen spelen. Daarom kunnen innovatiebezwaren juist gelden bij een overname van een innovatieve start-up, die op het moment van overname (nog) geen naaste concurrent is van de koper op bestaande productmarkten.⁶¹

Nu meer en meer Europese jurisdicties overgaan tot het invoeren van een transactiewaardedrempel, ligt het in de

54. *Dow/DuPont*, par. 8.10.2.

55. *Dow/DuPont*, par. 8.10.6.

56. Competition merger brief, juli 2017, p. 8.

57. Besluit Commissie 1 februari 2012, zaak M.6166, *Deutsche Börse/Nyxe Euronext*, nr. 530.

58. Gerecht 26 oktober 2017, zaak T-394/15, *KPN/Commissie*, ECLI:EU:T:2017:756, r.o. 59.

59. *Dow/DuPont*, nr. 3217.

60. Bundeskartellamt (Duitsland), *Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis*, 5 oktober 2017, p. 26.

61. Zie, bijvoorbeeld, besluit Commissie 3 oktober 2014, zaak M.7217, *Facebook/WhatsApp*, par. 5.1.3.2.

lijn der verwachting dat mededingingsautoriteiten zich vaker zullen buigen over dit soort concentraties. Facebook's overnames van WhatsApp, Instagram en tbn kunnen als voorbeeld dienen. Derhalve rijst de vraag of beschikkingen over megamergers tussen conglomeraten als Dow en DuPont of GE en Alstom toegepast kunnen worden op zaken als *Facebook/WhatsApp*. Hierover volgen enkele observaties.

Is het mogelijk om een vergaande prospectieve analyse uit te voeren in digitale markten?

Eenzijds is het de vraag of het mogelijk is om de in *Dow/DuPont* uitgevoerde analyse een-op-een toe te passen op markten waar disruptieve innovatie plaatsvindt. Innovatie heeft in digitale markten immers een geheel ander karakter dan in volwassen industrieën. In de farmaceutische industrie of in de agrochemie zijn innovaties doorgaans incrementeel. Innovatie vindt plaats in een reeks kleinere stappen waarbij wordt voortgebouwd op een bestaand product.⁶² Hoewel kritiek geuit kan worden op de horizon die de Commissie in *Dow/DuPont* aanhoudt, kan betoogd worden dat het in deze sector eenvoudiger te voorspellen is hoe de markt zich op lange termijn zal ontwikkelen. Het ligt in de lijn der verwachtingen dat agrochemiebedrijven over tien tot vijftien jaar nog steeds bestrijdingsmiddelen tegen bepaalde ziektes op bepaalde gewassen produceren.

Gezien het disruptieve karakter van innovatie in de digitale sector zal het moeilijk zijn (om niet te zeggen onmogelijk) in deze markten een soortgelijke verstrekkende prospectieve analyse uit te voeren. Zo was het in 1993 – het jaar dat de Amerikaanse overheid het gebruik van het internet openstelde voor bedrijven en particulieren – ondenkbaar dat deze ontwikkeling eraan ten grondslag zou liggen dat de eerste moderne smartphone vijftien jaar later geïntroduceerd zou worden.

Anderzijds is het in de agrochemie bepaald ook geen sinecure om in te schatten hoe de industrie er over tien tot vijftien jaar uit zal zien. Het is geenszins onmogelijk dat bestrijdingsmiddelen dan overbodig zijn geworden, bijvoorbeeld doordat baanbrekende genbewerkingstechnologieën zoals CRISPR-Cas9 gebruikt worden om ziekteresistente plantensoorten te maken.⁶³ Dit geeft op zijn minst aanleiding om te twijfelen aan de assumptie dat men in 2032 op dezelfde wijze zal aankijken tegen gewasbescherming. Dat de Commissie desalniettemin stelling durft te nemen over de gevolgen van de fusie tussen Dow en DuPont in een dergelijke verre toekomst toont aan dat zij bereid is het risico op type I-fouten⁶⁴ te nemen om type II-fouten⁶⁵ te voorkomen.

62. Ook wel padafhankelijkheid genoemd.

63. 'CRISPR, microbes and more are joining the war against crop killers' *Nature* 14 maart 2017, beschikbaar op <www.nature.com/news/crispr-microbes-and-more-are-joining-the-war-against-crop-killers-1.21633>.

64. Het verbieden van een concentratie of eisen van remedies, terwijl er eigenlijk geen mededingingsbezwaren zijn.

65. Een mededingingsbeperkende concentratie ten onrechte verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaren.

Zullen innovation spaces in de beoordeling van fusies in digitale markten een belangrijke rol spelen?

Een veel gehoorde *theory of harm* is dat een gevestigde speler door een strategische overname van een start-up kan voorkomen dat creatieve destructie haar werk doet.⁶⁶ Onder omstandigheden kan de definitie van *innovation spaces* een nuttig hulpmiddel zijn om te beoordelen of dit risico zich kan realiseren. Door *innovation spaces* te analyseren kan de Commissie verder kijken dan standaard actuele overlap tussen de activiteiten van fusiepartners op bestaande relevante productmarkten, die vaak eng afgebakend zijn.

Wij geven een hypothetisch voorbeeld. Stel dat, voor de opkomst van Netflix, een lineaire televisieaanbieder een start-up die OTT-content ontwikkelt, had willen kopen. In principe is hier (nog) geen sprake van horizontale overlap, omdat partijen hun diensten (nog) niet op dezelfde relevante productmarkten aanbieden.⁶⁷ Zonder overlap blijven eventuele mededingingsbeperkende gevolgen van de fusie buiten het zicht van de bevoegde mededingingsautoriteit.

Het gebruik van *innovation spaces* zou hier uitkomst kunnen bieden. *Innovation spaces* kunnen immers meerdere (toekomstige) productmarkten omvatten en daardoor een mededingingsautoriteit in staat stellen om mogelijke mededingingsproblemen in een vroeg stadium te identificeren. Dit zal met name interessant kunnen zijn wanneer het target een start-up met een innovatief nieuw product betreft. Zoals hierboven reeds is aangestipt zullen dergelijke overnames door de introductie van transactiedrempels eerder onder het concentratietoezicht vallen.

De vraag is of dit in de praktijk ook zo zal werken. In digitale markten komt het vaker wel dan niet voor dat een innovatieve start-up al diensten aanbiedt. In dat geval kunnen er ten minste relevante productmarkten worden afgebakend en kan een 'standaard' analyse van mogelijke ongecoördineerde effecten plaatsvinden. Een complicerende factor daarbij is mogelijk wel dat het voor een mededingingsautoriteit moeilijk kan zijn om in te schatten wat het marktpotentieel van de innovatieve dienst is.

Kan de overname van een start-up ook leiden tot een significant impediment to industry innovation?

In hoeverre de *theory of harm* ten aanzien van een significante beperking in industrie-innovatie een breder toepassingsbereik dan *Dow/DuPont* heeft, is nu nog moeilijk in te schatten. Enerzijds zijn er aanwijzingen dat *Dow/DuPont* op zichzelf staat. Blijkbaar beschikte de Commissie over veel documentair bewijs dat wees op een radicale bijstelling van onderzoeksdoelen, het stoppen van ongeveer de helft van de R&D-trajecten en de afwezigheid van efficiënties. Ook speelden hoge toetre-

66. Speech commissaris Vestager, *Competition: the mother of invention*, 18 april 2016.

67. Voor het gemak laten wij hier de inkoopmarkt voor content buiten beschouwing.

dingsbarrières, sterke IP-rechten en afnemende innovatie-output in de industrie een belangrijke rol in de beoordeling.

Anderzijds is niet ondenkbaar dat de Commissie deze *theory of harm* ook zal willen onderzoeken in andere sectoren. Het vervangingseffect blijft immers niet beperkt tot fusies tussen gevestigde spelers. Sterker nog: uit het werk van Arrow volgt dat juist start-ups een grote prikkel hebben om te investeren in innovatie, omdat zij hier meer mee te winnen hebben dan gevestigde spelers. Daar kan tegen ingebracht worden dat IP-bescherming op innovaties in de digitale sector minder sterk is, waardoor het risico op imitatie groter wordt en het rendement op innovatie derhalve lager. Zeker wanneer het gaat om procesinnovaties,⁶⁸ kan een fusie tussen een start-up en een gevestigde speler innovatie-efficiënties in de vorm van schaalvergroting met zich meebrengen. Bovendien lijken kleinere ondernemingen minder sociaal rendement op R&D te genereren dan grotere spelers.⁶⁹ Hoe het ook zij, directeur-generaal Laitenberger impliceerde in een recente speech dat de Commissie het niet vanzelfsprekend vindt dat creatieve destructie in de digitale sector zijn werk zal doen:

‘Inevitably, some critics argue that enforcement in innovation-driven markets is misplaced because today’s dominant firms – especially in digital industries – will soon be replaced by a startup in a garage. I hope there are many start-ups in a garage out there as we speak. But it seems to me that it takes a lot more to start a successful digital business nowadays. Access to talent, venture capital, and links to research universities appear crucially important (...). Moreover, it seems that many of today’s startup owners want to be acquired instead of growing to challenge the incumbents (...).’⁷⁰

Conclusie

Wij hadden ons tot doel gesteld om na te gaan in hoeverre *Dow/DuPont* richting kan geven bij de beoordeling van overnames in digitale markten. Zoals met iedere prospectieve analyse zijn er uiteraard onzekerheden aan een dergelijke voorspelling verbonden. Om met de woorden van Eugène Ionesco te spreken: *‘On ne peut prévoir les choses qu’après qu’elles sont arrivées.’⁷¹*

Eenzijds had de zaak *Dow/DuPont* specifieke kenmerken – zoals hoge toetredingsbarrières, sterke consolidatie in de industrie en een hoge R&D-intensiteit – die de innovatiebezwaren relevant lijken te hebben gemaakt. Bovendien was er specifiek bewijs, in de vorm van interne documenten, dat de fusieonderneming fors zou

bezuinigen op R&D en dat zij *research targets* aanzienlijk zou terugbrengen. Anderzijds lijkt er niets aan in de weg te staan dat de Commissie het raamwerk uit die zaak zal toepassen op andere sectoren, waaronder de digitale sector.

Wij zouden drie kanttekeningen bij *Dow/DuPont* willen plaatsen die voor het concentratietoezicht in het algemeen relevant zijn. Ten eerste hebben de economen verbonden aan DG Concurrentie duidelijk stelling genomen in een economisch debat, niet alleen in de beschikking *Dow/DuPont* maar ook in eerdere papers. Dat is opvallend omdat er over het verband tussen marktconcentratie en innovatie nog steeds veel discussie bestaat. Wat de uitkomst van die discussie ook moge zijn, ondernemingen mogen verwachten dat de Commissie dergelijke belangrijke standpunten neerlegt in het geschreven beleid.

De stelling dat het juridische kader in *Dow/DuPont* terug is te voeren op de Richtsnoeren horizontale fusies is weinig bevredigend. Mogelijk kan het er achteraf worden ingelezen. Het is echter evident dat het standpunt van de Commissie over de relatie tussen marktconcentratie en innovatie ten tijde van het opstellen van de Richtsnoeren nog niet zodanig uitgekristalliseerd was. Het zou dan ook meer dan welkom zijn wanneer de Commissie in de Richtsnoeren meer richting zou geven over de beoordeling van innovatieconcurrentie en de afbakening van *innovation spaces*.

Ten tweede rijst de vraag of prospectieve analyses van innovatiebezwaren wel met de vereiste zorgvuldigheid kunnen worden uitgevoerd, zoals voorgeschreven door het Hof van Justitie in *Tetra Laval*. Onduidelijk is of de Commissie zichzelf qua tijdspad en mate van zekerheid nog begrenst. Het zou de praktijk ten goede komen als er duidelijkheid bestaat over welke concrete periode wel en niet in ogenschouw mag worden genomen. Dat geldt des te meer indien sprake zou zijn van een transactiedrempel, aangezien de Commissie dan de gevolgen van een concentratie op innovatie in een nog eerder stadium kan onderzoeken.

Tot slot roept *Dow/DuPont* de vraag op hoe de Commissie een eventuele *trade-off* tussen dynamische en statische efficiëntie zal beoordelen. *Dow/DuPont* was in die zin een ‘makkelijke’ casus, omdat de Commissie tot de conclusie kwam dat de fusie tot zowel hogere prijzen als tot minder innovatie zou leiden. Het is geenszins ondenkbaar dat een andere fusie in een andere markt leidt tot hogere prijzen, maar, vanwege dit hoger rendement op innovatie, tegelijkertijd prikkels om te innoveren vergroot. Om onaangename verrassingen voor de fusiepartners te voorkomen zou het goed zijn als de Commissie nu al duidelijk maakt wat voor haar zwaarder weegt: het voorkomen van hogere prijzen of meer innovatie.

68. Een procesinnovatie is een innovatie in de wijze waarop producten gemaakt en geleverd worden, waardoor productiekosten omlaag gaan.

69. N. Bloom e.a., ‘Identifying Technology Spillovers and Product Market Rivalry’, *Econometrica* 2013, zie <www.jstor.org/stable/23524180>.

70. Speech directeur-generaal Laitenberger, *EU competition law in innovation and digital markets: fairness and the consumer welfare perspective*, 10 oktober 2017.

71. E. Ionesco, *Le Rhinocéros*, 1959.