



Mededinging & buitenland

Herziening van het Franse mededingingsrecht

mr M.A. de Jong

Op 18 mei van dit jaar is de herziening van het Franse mededingingsrecht in werking getreden. De ingrijpendste hervorming betreft het nieuwe concentratiecontroleregime, welke een verplichte ex ante melding introduceert. Daarnaast bevat de herziening nieuwe regels inzake misbruik van een machtspositie bij distributieovereenkomsten alsmede nieuwe procedurele regels, waaronder de invoering van een clementieregeling. De wijzigingen maken deel uit van een bredere hervorming van het Franse economisch recht, bekend onder de naam *Nouvelles Régulations Économiques* (NRE).¹ In dit artikel wordt een samenvatting gegeven van de belangrijkste wijzigingen in het Franse mededingingsrecht.² De nadruk zal daarbij liggen op de nieuwe regels inzake concentratiecontrole.

Concentratiecontrole

Het nieuwe concentratiecontroleregime introduceert een verplichte, voorafgaande melding van concentraties waarbij bepaalde omzeldrempels worden overschreden. De oude Franse concentratiecontroleregels kenden slechts een systeem van vrijwillige melding.³ Thans dient een concentratie te worden gemeld wanneer:

- de gezamenlijke wereldwijde omzet van de betrokken ondernemingen meer dan 150 miljoen euro bedraagt; en
- ten minste twee van de betrokken ondernemingen ieder een omzet van meer dan 15 miljoen euro in Frankrijk behalen;
- tenzij de concentratie krachtens de Europese Concentratieverordening binnen de bevoegdheid van de Europese Commissie valt.⁴

Deze meldingsdrempels zijn relatief laag. De verwachting is dan ook dat het nieuwe meldingsregime zal leiden tot honderden extra concentratiemeldingen per jaar. Als voordeel kan worden gezien dat is gekozen voor een omzeldrempelsysteem dat sterk op het Europese (en Nederlandse) drempelsysteem lijkt. De oude marktaandeeldrempel, welke tot onzekerheid met betrekking tot de toepasselijkheid van het concentratietoezicht kon leiden, is vervallen.

Het begrip 'concentratie' is met de hervormingen van de NRE in lijn gebracht met de definitie van concentratie in de Europese Concentratieverordening en omvat derhalve, naast fusies en overnames, ook volwaardige joint ventures.

1 Loi No. 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, Journal Officiel No. 113 du 16 mai 2001, p. 7776. Deze wet bevat onder meer ook wijzigingen in het Franse vennootschaps- en bankrecht.

2 Voor een uitgebreidere bespreking wordt verwezen naar onder andere J.-P. de La Laurencie en L. Givry, *Régulation de la concurrence dans la loi NRE*, Lamy droit économique, No. 140, juni 2001, p. 1, en No. 141, juli 2001, p. 1, D. Caramalli, *L'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation relative au contrôle des concentrations en droit français*, Petites Affiches, 16 mei 2002, No. 98, p. 4., L. Carswell Parmentier, *Reform of French Competition Law: Adoption of a Mandatory Pre-Merger Control Regime*, E.C.L.R. 2002, p. 99.

3 Onder de oude Franse concentratiecontroleregels konden concentraties (vrijwillig) worden gemeld als (i) de gezamenlijke omzet in Frankrijk meer dan FF 7 miljard bedroeg en de omzet van ten minste twee van de betrokken ondernemingen ieder ten minste FF 2 miljard in Frankrijk, of (ii) het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken ondernemingen meer dan 25% van de nationale markt of een wezenlijk deel daarvan bedroeg.

4 Artikel L. 430-2 Code de Commerce. De omzet wordt berekend in overeenstemming met artikel 5 Concentratieverordening. Zie artikel 2 van Décret No. 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, Journal Officiel No. 103 du 3 Mai 2002, p. 8055 (implementatiebesluit).

mr M.A. de Jong is advocaat bij Allen & Overy te Amsterdam

Indien de omzeldrempels worden overschreden, moet de concentratie na het sluiten van een bindende overeenkomst, de publicatie van een openbaar bod of verwerving van een controlerend belang worden gemeld bij de Minister van Economische Zaken. Voor het indienen van de melding staat geen termijn, maar de betrokken ondernemingen mogen de concentratie niet tot stand brengen alvorens te hebben gemeld en goedkeuring te hebben verkregen. Van het verbod de concentratie tot stand te brengen, kan de minister in bijzondere gevallen, zoals openbare biedingen, ontheffing verlenen.⁵ In het geval van een overname of openbaar bod, dient de melding te worden verricht door de verwervende onderneming. In het geval van een fusie of joint venture, dient de melding te worden verricht door alle betrokken partijen. De informatie die moet worden verschaft bij de melding is vermeld in een bijlage bij het implementatiebesluit.⁶

De beoordeling van de voorgenomen concentratie wordt uitgevoerd door de Direction Générale de la Concurrence, de Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) van het Ministerie van Economische Zaken. Binnen vijf weken na ontvangst van een complete melding dient de minister, zonedig tezamen met de minister verantwoordelijk voor de betrokken sector, een besluit over de gemelde concentratie te geven. Deze termijn kan worden verlengd met een periode van ten hoogste drie weken wanneer de meldende partijen later dan twee weken na de melding verbintenissen voorstellen. In de eerste fase van de melding zal derhalve in elk geval een besluit moeten worden genomen binnen acht weken. Onder de nieuwe concentratiecontroleregels is de eerste fase daarmee iets korter dan onder de oude regels, toen een besluit binnen maximaal negen weken diende te worden genomen. Aan het einde van de eerste fase kan de minister de voorgenomen concentratie (al dan niet onder voorwaarden) goedkeuren dan wel verwijzen naar de Conseil de la Concurrence. Als de minister aan het einde van de voorgeschreven termijn geen besluit heeft genomen, wordt de concentratie geacht te zijn goedgekeurd.

Met de verwijzing naar de Conseil de la Concurrence – een van het ministerie onafhankelijk bestuursorgaan – vangt de tweede fase aan. De Conseil de la Concurrence dient te beoordelen of de concentratie kan leiden tot een beperking van de mededinging, in het bijzonder doordat een economische machtspositie ontstaat of wordt versterkt of dat een afnemersmacht ontstaat of wordt versterkt die leveranciers in een situatie van economische afhankelijkheid kan plaatsen. Daarbij wordt in overweging genomen of de concentratie kan leiden tot economische voordelen die in staat zijn de mededingingsbeperking te compenseren. Bovendien heeft de nieuwe wet toegevoegd dat de Conseil rekening dient te houden met het concurrentievermogen van de betrokken ondernemingen ten opzichte van de internationale concurrentie. Dit beoordelingscriterium wijkt op een aantal punten af van het Europese (en het Nederlandse) beoordelingscriterium. Het houdt uitdrukkelijk rekening met efficiencyvoordelen en toont daarmee overeenkomsten met de substantiële concurrentieverminderingstoets zoals deze in de Verenigde Staten

wordt gehanteerd. Bij de compensatie van de mededingingsbeperkingen kan de minister, die uiteindelijk het besluit over de concentratie neemt, bovendien rekening houden met niet-economische factoren, zoals werkgelegenheid en milieu.⁷ Het toetsingscriterium biedt daarnaast ook ruimte om rekening te houden met factoren als industrieel beleid (bijvoorbeeld het versterken van de Franse industrie op de internationale markt) en de bescherming van de zwakkere partij in distributierelaties. Daardoor kunnen ook meer politiek getinte factoren een rol spelen bij de beoordeling van concentraties.

De Conseil de la Concurrence heeft drie maanden de tijd om tot een advies te komen. Na de vaststelling van het advies door de Conseil, dient de minister – zonedig tezamen met de minister verantwoordelijk voor de betrokken sector – binnen vier weken een eindbesluit te nemen inzake de concentratie. De minister kan de transactie verbieden, onvoorwaardelijk goedkeuren dan wel goedkeuren onder oplegging van bepaalde voorwaarden. De periode van vier weken kan worden verlengd met ten hoogste drie weken indien de partijen later dan een week na vaststelling van het advies van de Conseil voorstellen doen voor verbintenissen. Voor problematische concentraties kan het hele meldingsproces daarmee in totaal bijna zeven maanden duren.

De NRE hebben tevens de sancties voor het niet naleven van de concentratiecontroleregels verscherpt. De minister kan een boete van ten hoogste 5% van de omzet in Frankrijk van de verkrijgende onderneming opleggen wanneer niet of te laat wordt gemeld, wanneer onjuiste of misleidende informatie wordt verschaft of wanneer de onderneming geen gevolg geeft aan een opgelegd gebod of voorwaarde. De boete kan worden verhoogd met maximaal 5% over Franse omzet van de verworven onderneming. Daarnaast kunnen boetes tot 1,5 miljoen euro worden opgelegd aan individuele bestuurders die verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor overtreding van de concentratiecontroleregels. De minister kan uiteraard ook gelasten een zonder goedkeuring tot stand gebrachte concentratie ongedaan te maken, al dan niet onder oplegging van een dwangsom.

Moralisering van de handelspraktijk

De NRE bevatten een aantal wetwijzigingen met betrekking tot distributie- en leveringsovereenkomsten. Deze wijzigingen – onder de noemer 'moralisation des pratiques commerciales' – hebben tot doel de zwakkere contractspartij in distributierelaties te beschermen. Onder het Franse recht bestonden reeds bijzondere mededingingsvoorschriften die beogen discriminatoire praktijken van de sterke wederpartij (met name grote detailhandelsorganisaties) tegen te gaan.⁸ De nieuwe wijzigingen versterken deze bescherming.

⁵ Anders dan onder de Europese en Nederlandse concentratiecontroleregels zijn openbare biedingen derhalve niet automatisch uitgezonderd.

⁶ Artikel 3 jo. Annex I van Décret No. 2002-689, voetnoot 4.

⁷ De Conseil de la Concurrence dient zich te beperken tot de beoordeling van economische factoren. In zijn eindoordeel kan de minister, zo nodig tezamen met de minister verantwoordelijk voor de betrokken sector, echter ook rekening houden met niet-economische factoren.

De NRE introduceren onder andere een per se verbod van misbruik van economische afhankelijkheid. Economische afhankelijkheid houdt in dat een contractspartij gedwongen is de commerciële relatie voort te zetten onder de door de wederpartij gestelde voorwaarden. Nieuw daarbij is dat de afhankelijke partij, anders dan bij de bestaande misbruikbepalingen, niet hoeft te bewijzen dat de bestreden gedragingen een negatief effect hebben op de mededinging op de markt. Voldoende is dat wordt aangetoond dat sprake is van afhankelijkheid, van misbruik en dat daardoor schade is geleden. De misbruikbepaling kan daarmee ook worden toegepast op ondernemingen die niet beschikken over een dominante positie op de markt.

Daarnaast hebben de NRE het misbruikverbod uitgebreid tot het verkrijgen van of het trachten te verkrijgen van elk 'voordeel welke niet overeenkomt met een daadwerkelijk geleverde commerciële dienst of welke klaarblijkelijk niet in verhouding staat tot de waarde van de geleverde dienst'.⁹ Hieronder wordt onder meer begrepen ongerechtvaardigde verplichte deelname aan inkoopverbanden of aan bepaalde investeringen, zoals winkelrenovaties. Tevens zijn de beschermingsbepalingen inzake de beëindiging van bestaande handelsrelaties versterkt, onder meer door strengere eisen te stellen aan opzegtermijnen. De NRE bevatten ook een aantal voorschriften met betrekking tot betalingstermijnen.¹⁰

Ter versterking van de handhaving van de bepalingen inzake oneerlijke distributiepraktijken wordt onder meer de betrokken minister(s), de voorzitter van de Conseil de la Concurrence en belanghebbenden de mogelijkheid geboden een procedure te starten voor de handels- of civiele rechter. Bovendien voorzien de NRE in de oprichting van de Commission d'Examen des Pratiques Commerciales. Deze commissie – samengesteld uit vertegenwoordigers uit het parlement, de rechterlijke macht en de distributiesector – zal met name een adviserende functie hebben. Aanvankelijk zou de commissie daarbij de bevoegdheid krijgen zaken te verwijzen naar de Conseil de la Concurrence of de rechter voor een formele procedure. Deze bevoegdheid is later uit het wetsvoorstel geschrapt. De commissie heeft nu alleen een adviserende rol en moet jaarlijks over haar activiteiten verslag uitbrengen aan het parlement.

Procedurele regels

De NRE bevatten tevens een aantal wetswijzigingen met het doel de onderzoeks- en procesmogelijkheden bij mededingingsrechtelijke inbreuken te versterken. De belangrijkste wijzigingen worden kort genoemd.

Voor de Conseil de la Concurrence zijn een aantal maatregelen genomen om klacht- en inbreukprocedures te versnellen. Onder andere is de mogelijkheid geschapen een vereenvoudigde inbreukprocedure te volgen bij niet-ernstige overtredingen en overtredingen die niet worden ontkend. In dergelijke zaken heeft de voorzitter van de Conseil de mogelijkheid af te zien van het opstellen van een verslag. Anderzijds zijn de boetes bij vereenvoudigde procedures gelimiteerd tot maximaal 750.000 euro per onderneming. De Conseil kan

daarnaast op eenvoudiger wijze klachten afwijzen in verband met onbevoegdheid, gebrek aan motivering, niet-ontvanke-lijkheid of verjaring.

De maximale boete bij mededingingsrechtelijke inbreuken is verhoogd van 5% van de Franse omzet naar 10% van de wereldwijde omzet van de betrokken onderneming. In het geval van een groep van ondernemingen waarvan de jaarrekeningen zijn geconsolideerd, wordt de gehele groepsomzet in aanmerking genomen. De maximale boete op te leggen aan individuen is verhoogd van FF 10 miljoen tot 3 miljoen euro.

In navolging van de Europese Commissie en diverse andere nationale mededingingsautoriteiten is ook in het Franse mededingingsrecht een clementieregeling ingevoerd. Ondernemingen betrokken bij mededingingsrechtelijke inbreuken kunnen volledige boete-immuniteit dan wel een verlaging van de boete krijgen indien zij meewerken met de Conseil de la Concurrence bij het bewijs van de inbreuk. Zoals onder de Europese clementieregeling, zal de betrokken onderneming informatie met betrekking tot de inbreuk moeten verschaffen waar de Conseil nog niet over beschikte. Een verlaging van de boete tot 50% kan worden verkregen door de ten laste gelegde inbreuk niet te ontkennen en stappen te ondernemen teneinde toekomstig inbreukmakend gedrag te vermijden.

8 Bijvoorbeeld Loi No. 96-588 van 1 juli 1996 (Loi Gallant).

9 Artikel L 442-6 (2) Code de Commerce.

10 Deze bepalingen implementeren de Europese richtlijn 2000/35/EG betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties (Pb 2000, L-200/35).