

# De voorstellen van de Europese Commissie tot hervorming van de Europese fusiecontrole

mr G. van Gerven en mr K. Veranneman

## Inleiding

In december 2002, juist vóór Kerstmis, publiceerde de Europese Commissie voorstellen die een aanzienlijke hervorming van het Europese fusiecontrolerecht inhouden. Deze voorstellen zijn: (a) een nieuwe Concentratieverordening; (b) richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies (fusies tussen concurrenten); en (c) aanbevelingen ('best practices') voor de afhandeling van fusiecontroleprocedures.<sup>1</sup> De voorgestelde maatregelen houden de meest ingrijpende hervorming in sinds Verordening nr. 4064/89 betreffende de concentratie tussen ondernemingen van kracht werd in 1990. Zij volgen na een uitgebreid publiek debat tussen alle geïnteresseerden (de Commissie, bedrijven, advocaten, economen, academici, enz.), op gang gebracht door de publicatie van een Groenboek in 2001.<sup>2</sup> Ongetwijfeld zijn de voorstellen ook sterk beïnvloed door de recente arresten van het Europese Gerecht van Eerste Aanleg betreffende de concentraties *Airtours/First Choice*,<sup>3</sup> *Schneider/Legrand*,<sup>4</sup> en *Tetra Laval/Sidel*,<sup>5</sup> waarbij de Commissie drie keer op rij in het ongelijk werd gesteld over haar beoordeling van een fusie. De eerste reacties op het hervormingspakket lijken over het algemeen positief, al wordt over bepaalde specifieke aspecten van de hervorming wel kritiek geuit. De documenten moeten evenwel nog goedgekeurd worden.

Eerder dan deze drie documenten stapsgewijs te bespreken, geven wij in deze bijdrage een overzicht van de krachtlijnen van de voorgestelde hervormingen:

- de materiële toets voor de beoordeling van concentraties: 'de creatie of versterking van een machtspositie' ('dominance') of 'een substantiële concurrentievermindering' ('substantial lessening of competition' of 'SLC');
- verduidelijking betreffende de beoordeling van horizontale fusies en efficiëntievoordelen;
- vraagstukken op het gebied van de bevoegdheid: toewijzing van zaken aan nationale mededingingsautoriteiten en de Commissie;
- termijnen;
- organisatorische hervormingen binnen het Directoraat-generaal Concurrentie; en
- procedurele aangelegenheden en de rechten van de verdediging.

mr G. van Gerven en mr K. Veranneman zijn beiden advocaat bij Linklaters aan de Brusselse balie.

## De materiële toets

Eén van de aspecten van de hervorming waarover veel inkt is gevloeid sinds de publicatie van het Groenboek is de vraag of de typisch Europese 'dominance'-test moest worden behouden of beter werd overgeschakeld naar de (meer flexibele) SLC-test zoals die geldt in de Verenigde Staten of Australië maar ook in een aantal Europese landen, zoals sinds kort het Verenigd Koninkrijk en Ierland.

De Commissie besloot de 'dominance'-test te behouden, maar deze te herdefiniëren zodat de nieuwe test in de praktijk zeer nauw zal aansluiten bij de SLC-test. Wijzigingen van de Concentratieverordening vergen een unanieme beslissing van de Raad, zodat alle lidstaten hun goedkeuring aan de nieuwe test moeten geven. De eerste reacties voorspellen dat daarover nog een intensief debat zal gevoerd worden.

Het nieuwe artikel 2.2 van de voorgestelde Verordening leest als volgt:

*“Een of meer ondernemingen worden in de zin van deze verordening geacht een machtspositie te bekleden indien zij, al dan niet door coördinatie van hun marktgedrag, de economische macht bezitten om met name de prijzen, de productie, de kwaliteit van de producten of diensten, de distributie of de innovatie merkbaar te beïnvloeden, of om mededinging merkbaar uit te sluiten.”*

Met deze nieuwe definitie beoogt de Commissie te verduidelijken dat concentraties verboden kunnen worden wanneer de concentratie leidt tot een merkbare prijsverhoging (of een equivalente verslechtering van de concurrentie), ook als de gefuseerde onderneming op zich niet dominant is in de traditionele zin (met andere woorden geen 'single firm' dominance wordt gecreëerd), of de concentratie coördinatie tussen concurrenten in de relevante markt niet méér waarschijnlijk maakt (met andere woorden geen 'collective dominance' wordt

1 Beschikbaar op <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/others>. De ontwerpverordening werd gepubliceerd in Pb EG C 20/4 2003 en de ontwerprijksnoeren in Pb EG C 331/18 2002.

2 Id.

3 *Airtours plc/Commissie*, zaak T-342/99, arrest van 6 juni 2002, Jur. II-2585 2002. De vernietiging was louter theoretisch aangezien reeds in 1999 de partijen besloten hadden de concentratie niet te laten doorgaan.

4 *Schneider Electric SA/Commissie*, zaken T-310/01 en T-77/02, arrest van 22 oktober 2002, nog niet gepubliceerd. De partijen hebben sindsdien de concentratie, na een nieuwe aanmelding, afgeblazen.

5 *Tetra Laval BV/Commissie*, zaken T-5/02 en T-80/02, arrest van 25 oktober 2002, nog niet gepubliceerd. De Commissie heeft beroep aangekend. De concentratie is ondertussen, na een nieuwe aanmelding, goedgekeurd bij een beschikking van 13 januari 2003 (persbericht van de Commissie IP/03/36).

gecreëerd). De marktsituaties die hier geïndiceerd worden en waarover twijfel bestond of de traditionele interpretatie van de 'dominance' test deze wel kon omvatten, worden in de ontwerprichtsnooten aangeduid als 'oligopolie-situaties die geen heimelijke afspraken inhouden' ('non-collusive oligopolies').

Volgens de heersende mening bestaat er een leemte tussen de begrippen 'single firm dominance' en 'collective dominance'. Het Gerecht van Eerste Aanleg heeft in de zaak *Airtours* twijfel doen ontstaan of de traditionele interpretatie van het begrip machtspositie wel toe liet op te treden ingeval de aangemelde concentratie niet de nummer één in de markt creëert, en evenmin het risico van heimelijke afspraken vergroot, maar niettemin de gefuseerde onderneming toelaat de prijs te verhogen. Dit is met name mogelijk als de fuserende ondernemingen naast concurrenten zijn in een markt van gedifferentieerde produkten en de fusie dus een effectieve beperking op hun prijszetting wegneemt. In de economische literatuur spreekt men over de unilaterale effecten van een concentratie, omdat de prijsverhoging waarvoor men vreest niet het gevolg is van marktcoördinatie (met andere woorden gezamenlijk gedrag), maar van unilateraal gedrag.

De Commissie stelt de wijziging voor als een verduidelijking die geen wijziging ten gronde inhoudt. De voorgestelde tekst stelt ook expliciet dat de nieuwe definitie beperkt is tot toepassing in het kader van de Concentratieverordening waardoor de interpretatie van het begrip 'machtspositie' in concentratiecontrole losgekoppeld wordt van de toepassing in het kader van artikel 82 van het EG-Verdrag. De vraag rijst wel hoe het begrip 'merkbare prijsbeïnvloeding' in de praktijk zal ingevuld worden.

In de ontwerprichtsnooten voor de beoordeling van horizontale fusies gaat de Commissie verder in op de toepassing van de nieuwe test op fusies in oligopolistische markten. De Commissie verdeelt het spectrum van dominantie in drie onderdelen: (a) een overweldigende marktpositie ('paramount market position'); (b) oligopolie-situaties die geen heimelijke afspraken inhouden ('non-collusive oligopolies'); en (c) een toegenomen risico op marktcoördinatie ('increased risk of coordination'). Met name het begrip 'overweldigende marktpositie' heeft al aanleiding gegeven tot scherpe kritiek. Het grote belang dat daarbij gehecht wordt aan het marktaandeel en de 'concurrentievoordelen' (schaalvoordelen, een ontwikkeld distributienetwerk, leidende technologie, enz) waarover de gefuseerde onderneming beschikt, creëert de indruk dat de Commissie een 'check-list' wenst te hanteren waartegen het succes van de onderneming wordt getest. In plaats daarvan zou ze de waarschijnlijkheid van een prijsverhoging moeten analyseren.

Ook wat de tweede categorie betreft, is de analyse van de Commissie soms verwarrend en kan het richtinggevend karakter van de richtsnoeren in twijfel worden getrokken. De Commissie creëert weer eens een nieuw label, 'non-collusive oligopolies', en geeft weinig verdere toelichting over de specifieke betekenis ervan, tenzij dat dit label markten aanduidt waar een fusie zal leiden tot een significante prijsverhoging

zonder collusie tussen de marktspelers. Het is duidelijk dat de Commissie hier scenario's op het oog heeft waar oligopolistische prijsafhankelijkheid bestaat, maar dat is op zichzelf weer een ruim en theoretisch begrip. Verder wordt de materie theoretisch uitgewerkt met een onderscheid tussen concurrentie inzake prijzen en inzake productie/capaciteit en 'Herfindahl-Hirschman Indexen' waaraan vermoedens worden vastgeknoopt die in vele gevallen in de praktijk niet gerechtvaardigd zullen zijn.

Wat de derde categorie betreft, volgt de Commissie getrouw de analyse in het *Airtours*-arrest en bevestigt ze – hoe kan het ook anders – de meer economisch gefundeerde analyse die voortaan geldt voor collectieve dominantie scenario's.

Het is spijtig dat de Commissie niet de kans heeft gegrepen om zich aan te sluiten bij de heersende analyse inzake de gevolgen van een concentratie: 'unilateral effects' tegenover 'coordinated interaction'. Hopelijk wordt dit gewijzigd in de finale versie. Gelet op de grote voorbeeldfunctie die de beslissingspraktijk van de Commissie heeft gehad in het verleden, kan het belang van convergentie – in analyse en taalgebruik – niet voldoende benadrukt worden. Een helder taalgebruik is trouwens een essentieel element in het waarborgen van rechtszekerheid.

## Horizontale fusies en efficiëntieverbeteringen

De richtsnoeren zijn een welkome stap in de richting van meer openheid en een proeve tot het formuleren van een coherent analytisch kader voor het beoordelen van horizontale fusies. De richtsnoeren bouwen voort op de beslissingspraktijk van de Commissie en de rechtspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie. De innovatie bestaat in de nieuwe accenten en de synthese die de richtsnoeren brengen.

De behandeling van efficiëntievoordelen verdient speciale aandacht. Er is heel wat discussie geweest over de vraag of de Europese Commissie efficiëntievoordelen beschouwt als een voor- of nadeel bij het beoordelen van fusies ('efficiency defense' vs. 'efficiency offense'). Een goed deel van de kritiek die de Commissie gekregen heeft na *GE/Honeywell*,<sup>6</sup> betrof de behandeling van efficiëntievoordelen. Met name luidde de kritiek dat de Commissie de efficiëntievoordelen die de fusie tussen General Electric en Honeywell zou opleveren voor vliegtuigbouwers – de klanten van General Electric en Honeywell – werden voorgesteld als mogelijkheden voor General Electric om concurrenten het leven moeilijk te maken en hen zo uit de markt te duwen of te marginaliseren. Meer in het algemeen werd in het debat de vraag gesteld of een fusie die aanleiding geeft tot het ontstaan van een dominante positie wel kan gered worden door een beroep op efficiëntievoordelen, met andere woorden of een meer efficiënte, maar dominante speler te verkiezen is over een minder effi-

6 Commissiebeschikking van 3 juli 2002, nog niet gepubliceerd. Een niet-officiële versie van de beschikking is beschikbaar op DGCOMP's website.

ciënte, maar niet-dominante speler en of de Concentratieverordening deze keuze wel liet.

In de richtsnoeren kiest de Commissie duidelijk voor een beperkte 'efficiency defense'. De Commissie is van oordeel dat de analyse van de efficiëntieverbeteringen die een concentratie met zich meebrengt, kan gebeuren binnen het kader van de huidige tekst van artikel 2(1)b van de Concentratieverordening, die bepaalt dat de Commissie in haar beoordeling van concentraties (onder andere) rekening houdt met de ontwikkeling van de technische en economische vooruitgang. In de richtsnoeren verduidelijkt de Commissie verder de rol die efficiëntieverbeteringen kunnen spelen in het kader van het onderzoek van een horizontale fusie.<sup>7</sup>

De Commissie stelt dat de door een fusie gegenereerde efficiëntieverbeteringen enkel een verschil kunnen maken in de beoordeling van een concentratie wanneer de Commissie met voldoende zekerheid kan besluiten dat zij de fusieonderneming zullen aanzetten om te handelen in het belang van de afnemers. Wil de Commissie tot de conclusie komen dat als gevolg van efficiëntieverbeteringen een fusie geen machtspositie in het leven roept of versterkt, dan moeten deze verbeteringen niet alleen rechtstreeks ten goede komen aan de afnemer, maar ook projectspecifiek, substantieel, tijdig en controleerbaar zijn.<sup>8</sup>

De bewijslast terzake rust duidelijk op de fuserende ondernemingen. Zij moeten onder meer aantonen dat de efficiëntieverbeteringen voldoende groot zijn om op te wegen tegen eventuele ongunstige effecten van de fusie op de mededinging. De richtsnoeren voorzien duidelijk dat efficiëntieverbeteringen niet zullen volstaan om een fusie goed te keuren die een monopolie of quasi-monopolie in het leven roept.

### Bevoegdheidsverdeling

De nieuwe Concentratieverordening beoogt een betere taakverdeling tussen de Commissie en de mededingingsautoriteiten in de lidstaten. Te vaak zou de Commissiezaken behandelen die beter door de lidstaten kunnen worden behandeld, en de lidstatenzaken die beter door de Commissie kunnen worden behandeld. De verwijzingsmechanismen waarin de huidige verordening voorziet, zouden te weinig flexibel zijn om hiervoor een oplossing te bieden. De nieuwe verordening bevat verbeteringen die ervoor moeten zorgen dat de meest geschikte mededingingsautoriteit een aangemelde concentratie onderzoekt: dat is de Commissie wanneer de desbetreffende markten ruimer dan nationaal zijn en dat zijn de lidstaten wanneer de markten nationaal, regionaal of lokaal zijn.<sup>9</sup> Ten slotte beoogt de voorgestelde verordening ook te leiden tot een vermindering van het aantal gevallen waarin transacties bij meerdere mededingingsautoriteiten in de Europese Unie moeten worden aangemeld ('multiple filings').

Het huidige voorstel is in elk geval veel minder verregaand dan de zogenaamde '3+-regel' die de Commissie had voorgesteld in het Groenboek. Dit voorstel voorzag dat de Commissie, naast haar bevoegdheid voor concentraties met

een communautaire dimensie, ook automatisch bevoegd zou worden om concentraties te beoordelen die anders aanmeldingsplichtig zouden zijn in ten minste drie lidstaten. Uit het publiek debat over het Groenboek bleek een voorkeur voor een optionele 3+-regel, waarbij aan de partijen de keuze werd gelaten om een concentratie bij de Commissie aan te melden indien drie of meer lidstaten bevoegd waren om de desbetreffende concentratie te beoordelen. De huidige voorstellen leggen het zwaartepunt in het beslissingsproces over het al of niet verwijzen echter duidelijk bij de betrokken lidstaten. Alleen wanneer alle lidstaten die anders bevoegd zouden zijn, of tenminste drie van hen, akkoord gaan met een verwijzing naar de Commissie, kan deze plaatsvinden.

Positief is wel dat de aanmeldende partijen zelf een verwijzing van de aanmelding kunnen vragen en dit voordat ook maar enige aanmelding werd gedaan. Dit initiatiefrecht bestaat trouwens zowel voor een verwijzing 'naar boven' (van de lidstaten naar de Commissie) als voor een verwijzing 'naar beneden' (van de Commissie naar één of meerdere lidstaten). De hoop is dat de lidstaten zullen erkennen dat waar markten Europees of wereldwijd zijn, de Commissie beter geplaatst is om de concentratie te onderzoeken wanneer de partijen dat wensen. Met dergelijk initiatiefrecht kunnen aanmeldende partijen ook een latere verwijzing van een concentratie met een communautaire dimensie naar één of meer lidstaten anticiperen.

De nieuwe bevoegdheidsverdeling berust op de vereenvoudigde procedures voorzien in de artikelen 4, 9 en 22 van de Concentratieverordening:

- Verwijzing van zaken door de lidstaten aan de Commissie: Artikelen 4.5 en 22 voorzien in een mechanisme waardoor concentraties van ondernemingen met een omzet die niet boven de omzeldrempels van de verordening uitkomt, niettemin geheel of gedeeltelijk door de Commissie kunnen behandeld worden. Dergelijke verwijzing kan gevraagd worden door één of meer lidstaten (nadat ze een aanmelding ontvangen hebben),<sup>10</sup> of door de aanmeldende partijen (voor ze een aanmelding hebben neergelegd). Met het oog op het bekomen van dergelijke verwijzing, kunnen de aanmeldende partijen, vóór een aanmelding plaatsvindt, bij de Commissie een gemotiveerd verzoekschrift indienen waarbij ze moeten aantonen dat de concentratie 'significante grensoverschrijdende gevolgen' heeft. Wanneer alle lidstaten waar de desbetreffende concentratie moet of mag aangemeld worden, of tenminste drie ervan, akkoord gaan met een verwijzing, zal de Commissie exclusief de zaak behandelen. De aanmeldende partijen zullen vermoedelijk moeten identificeren in welke lidstaten zij zouden moeten

<sup>7</sup> Paragrafen 87 tot 95.

<sup>8</sup> Paragraaf 90.

<sup>9</sup> Zie ook afdeling II.A van de Toelichting bij het voorstel van Verordening.

<sup>10</sup> Voor recente voorbeelden, zie de zaak *Promatech/Sulzer*, COMP/M.2698, beschikking van de Commissie van 24 juli 2002, en *GEES/Unison*, COMP/M.2738, beschikking van de Commissie van 17 april 2002.

aanmelden aangezien enkel de stem van deze lidstaten zal tellen om te bepalen of lidstaten akkoord gaan met een verwijzing. In de andere gevallen, kan de Commissie beslissen een zaak naar zich toe te trekken, maar alleen voor deze jurisdicties die hebben toegestemd in een verwijzing. In dergelijk geval wordt het dossier door de Commissie behandeld (voor de jurisdicties die verwezen hebben) maar tegelijkertijd ook nog door de lidstaten (voor de jurisdicties die niet verwezen hebben).

- Verwijzing van zaken door de Commissie aan de lidstaten: Verwijzingen van concentraties die een communautaire dimensie hebben naar lidstaten blijven ook mogelijk op basis van het nieuwe artikel 4.4 en artikel 9. De Commissie kan (een deel van) een concentratie die een communautaire dimensie heeft, doorverwijzen naar één of meerdere lidstaten indien de betrokken markt ten hoogste nationaal is.<sup>11</sup> Ook hier hebben de aanmeldende partijen het recht dergelijke verwijzing te vragen vóór een aanmelding plaatsvindt en op die manier de betrokken lidstaat of lidstaten aan te zetten om een verzoek tot verwijzing in te dienen. De lidstaat en de Commissie moeten allebei akkoord gaan met de verwijzing. In tegenstelling tot het huidige regime, zal niet meer moeten aangetoond worden dat de concentratie dreigt een machtspositie in het leven te roepen of te versterken op een markt in de lidstaat die alle kenmerken van een afzonderlijke markt heeft. Het zal volstaan te bewijzen dat de concentratie in significante mate gevolgen heeft voor de mededinging op dergelijke markt in de betrokken lidstaat. De regels voor de verwijzing na aanmelding zijn gelijkaardig, maar ook hier hebben de partijen in dat geval geen initiatiefrecht meer.

De voorgestelde Concentratieverordening voorziet ten slotte ook dat de procedures voor verwijzingen tussen de Commissie en de lidstaten onderworpen zijn aan een strikt tijdsschema.

Het valt te betreuren dat in de huidige voorstellen begrippen die doorslaggevend zijn voor het al of niet verwijzen, zoals 'significante grensoverschrijdende gevolgen' of 'significante gevolgen voor de mededinging', niet verder gedefinieerd worden. De Commissie heeft richtsnoeren ter zake in het vooruitzicht gesteld (ook al worden ze niet vermeld in het pakket dat vóór Kerstmis werd bekendgemaakt). Hopelijk worden dergelijke criteria toch nog uitgewerkt in overleg tussen de Commissie en de lidstaten en wordt daarbij rekening gehouden met de vereiste van een efficiënte afwikkeling van dossiers.

Het is moeilijk te voorspellen of en in welke mate lidstaten bereid zullen zijn bevoegdheid over te dragen aan de Commissie en dus of het systeem waarvoor in de voorgestelde Concentratieverordening wordt geopteerd, ook werkelijk een oplossing zal kunnen bieden voor de praktische problemen van veelvoudige aanmeldingen.

Positief is het dat de aanmeldende partijen – tenminste indien zij de Commissie tijdig gecontacteerd hebben – vóór ze een aanmelding indienen zullen weten op welk niveau de concentratie zal onderzocht worden, waardoor in principe

tijdverlies door het voorbereiden van (een) 'verkeerde' aanmelding(en) wordt vermeden.

## Termijnen

De berekening van de termijnen in de Concentratieverordening en in de uitvoeringsverordening zal voortaan in werkdagen worden uitgedrukt. Daardoor zullen de basistermijnen licht verlengd worden: tot 25 werkdagen voor een eerste faseonderzoek en tot 90 werkdagen voor een tweede faseonderzoek. In fase I wordt bij het indienen van verbintenissen de termijn automatisch verlengd van 25 werkdagen tot 35 werkdagen (dus 7 weken in plaats van 6 weken onder de huidige regeling). In fase II wordt de termijn automatisch verlengd van 90 dagen tot 105 dagen (nagenoeg vijf maanden), tenzij de voorgestelde verbintenissen vóór de 55ste werkdag in fase II zijn ingediend. Deze automatische verlenging van fase II is een nieuwigheid.

Een verdere verlenging van de termijn in fase II met maximaal 20 dagen is mogelijk op verzoek van de partijen of de Commissie (met toestemming van de partijen).

Deze voorstellen zijn een reactie op het bezwaar dat partijen onder de huidige strikte tijdslimieten soms zeer weinig tijd hebben na een hoorzitting om nog verbintenissen in te dienen (hetgeen moet gebeuren voor het einde van de derde maand in fase II). Dit laat soms weinig of geen tijd om de resultaten van het antwoord op de punten van bezwaar en de hoorzitting – en dus de laatste, maar voor de aanmeldende partijen belangrijke, fase van het onderzoek – te evalueren of om verbintenissen behoorlijk te onderhandelen. Het gevolg is dat partijen in dit stadium van het onderzoek in tijdnood (vandaar de typering 'time squeeze') kunnen komen om een voor hen aanvaardbare oplossing uit te werken met de Commissie.

De voorstellen van de Commissie bieden geen echte oplossing voor dit probleem:

- De partijen kunnen het initiatief nemen om de klok stop te zetten maar dan slechts in de periode vóór de punten van bezwaar. Deze verlenging kan slechts één keer gevraagd worden binnen 15 werkdagen na de inleiding van de fase-II procedure. Het is niet duidelijk of de partijen deze verlenging gelijk wanneer kunnen doen ingaan. Als de stopzetting moet plaatsvinden vóór de mededeling van de punten van bezwaar, dan geeft dergelijk verzoek de Commissie meer tijd om haar onderzoek te doen, maar verhelpt het niet noodzakelijk het probleem van de 'time squeeze'. Niettemin mag gehoopt worden dat wanneer de Commissie initieel meer tijd heeft, de punten van bezwaar vroeger zullen worden meegedeeld.
- De Commissie kan de klok op gelijk welk moment van het tweede faseonderzoek stopzetten, maar wel alleen met de toestemming van de partijen. Aangezien de Commissie

<sup>11</sup> Voor een voorbeeld van een verwijzing naar drie lidstaten zie *Leroy Merlin/Brico*, COMP/M.2898, beschikkingen van de Commissie van 11/12 & 13 december 2002. Zie ook Persbericht IP/02/1881.



hier het initiatief neemt, vormt dit voorstel opnieuw geen sluitend antwoord op het 'time squeeze' probleem.

- De totale verlenging die mogelijk is, wordt beperkt tot 20 werkdagen. Bij wijze van voorbeeld, wanneer de partijen de klok 10 werkdagen stopzetten in het begin van het tweede faseonderzoek, kan de Commissie maximum nog eens 10 dagen verlenging voorstellen.

Alles bij elkaar zal dus de mogelijkheid bestaan om de klok stop te zetten bij complexe zaken om zo het fase II-onderzoek met een maand te verlengen en een beter onderzoek toe te laten. Op zich is dit geen slechte zaak.

### Organisatorische hervormingen

Tijdens de overlegronde over het Groenboek klonk luide kritiek omtrent de afwezigheid van voldoende 'checks and balances' in de loop van de administratieve procedure. Bovendien vestigde het Gerecht van Eerste Aanleg in zijn recente arresten de aandacht op sommige lacunes in die procedure. Om daaraan tegemoet te komen, stelt de Commissie een aantal belangrijke wijzigingen voor bij het afhandelen van moeilijke dossiers:<sup>12</sup>

- Er zal een hoofdeconoom (Chief Competition Economist) aangesteld worden binnen het Directoraat-generaal Concurrentie. Deze hoofdeconoom en zijn/haar team zullen actief betrokken worden bij onderzoeken naar fusies. De hoofdeconoom rapporteert rechtstreeks aan de Directeur-generaal en kan eventueel een rapport indienen dat afwijkt van de aanbevelingen van het onderzoeksteam. De vacature voor hoofdeconoom werd intussen bekendgemaakt.<sup>13</sup> Het is ook de bedoeling van de Commissie dat een lid van het team van de hoofdeconoom in complexe zaken deel zal uitmaken van het onderzoeksteam. Deze maatregel moet leiden tot een verhoogde kwaliteit van de economische analyse in de fusiedossiers.
- Voor alle fase II zaken zal een 'peer review panel' aangeduid worden bestaand uit ervaren, hogere ambtenaren. De bedoeling is dat zij de conclusies van het onderzoeksteam met een kritische blik ('second pair of eyes') beoordelen.
- Extra personeel zal worden toegewezen aan de raadadviseurs-auditeurs van de Commissie. Deze laatsten hebben als voornaamste taak erop toe te zien dat de procedure correct verloopt en de rechten van de verdediging worden gerespecteerd. Zij zullen dus een betere controle kunnen uitoefenen op het correcte verloop van de procedure.
- Bovendien is er de aanstelling binnen het Directoraat-generaal Concurrentie van een contactpersoon voor consumentenzaken, wat consumentenorganisaties moet toelaten om een grotere invloed uit te oefenen op het onderzoek.

### De rechten van de verdediging

Een aantal voorgestelde maatregelen die de concrete afhandeling van de onderzoeksprocedure betreffen, moet tot een betere bescherming van de rechten van de verdediging leiden. Ook op dit punt werd en wordt de onderzoeksprocedure voor de Commissie immers soms bekritiseerd. Sommige

van deze maatregelen zijn verder uitgewerkt in het ontwerp van aanbevelingen voor het afhandelen van fusiecontrole.

De toegang tot het dossier wordt op verschillende punten verbeterd. Aanmeldende partijen zullen de gelegenheid krijgen om sneller het administratieve dossier in te kijken. In de praktijk zullen de aanmeldende partijen tweemaal toegang tot het administratieve dossier krijgen: een eerste keer onmiddellijk na de beschikking waarin ernstige twijfel over de concentratie wordt geuit en die de tweede fase inleidt, en een tweede keer onmiddellijk na ontvangst van de punten van bezwaar. De eerste toegang tot het dossier is nieuw, de tweede niet. Bovendien verbindt de Commissie zich ertoe reeds in de eerste fase aan de aanmeldende partijen een kopie over te maken van belangrijke documenten die derden hebben neergelegd. Zo zullen de aanmeldende partijen vlugger inzicht krijgen in de redenen waarom derde partijen bezwaren hebben geuit en hierop kunnen antwoorden of hiermee rekening houden in de verdere stappen die ze nemen. Dergelijke inzagerechten moeten helpen meer transparantie te creëren met het oog op een meer billijke en betere afwikkeling van het onderzoek. De vertrouwelijkheid van informatie in het dossier van de Commissie zal daarbij natuurlijk gegarandeerd worden.

Daarnaast zal de Commissie de aanmeldende partijen de gelegenheid geven om op beslissende fases in de procedure overleg te plegen met de Commissie, om ervoor te zorgen dat partijen op de hoogte blijven van het verloop van het onderzoek en ze desgewenst de gelegenheid te geven de zaak te bespreken met leidende ambtenaren binnen de Commissie. Deze 'state of play' vergaderingen zullen belegd worden op de volgende kritische tijdstippen: (a) indien een beschikking die ernstige twijfel aangeeft waarschijnlijk lijkt vóór de termijn om verbintenissen aan te bieden in de eerste fase afloopt; (b) na de inleiding van de tweede fase en het toesturen van de beschikking die de ernstige twijfel mededeelt, (c) vóór het versturen van de punten van bezwaar; (d) na het antwoord op de punten van bezwaar en/of de hoorzitting; (d) vóór het bijeenroepen van het Adviserend Comité.

Fuserende ondernemingen zullen, waar mogelijk, ook de gelegenheid krijgen om belangrijke geschilpunten rechtstreeks met derden en met de Commissie te bespreken. Deze confrontatievergaderingen beantwoorden aan het verlangen geuit door sommigen dat reeds vóór de punten van bezwaar een hoorzitting wordt georganiseerd. Alhoewel de aanbevelingen dit niet met zoveel woorden zeggen, zullen deze vergaderingen ongetwijfeld het karakter van 'mini-hoorzittingen' verwerven. Het blijft te bezien of partijen (of de betrokken derden) gretig van deze confrontatievergaderingen zullen gebruik maken.

<sup>12</sup> Zie persbericht IP/02/1856 van 11 december 2002.

<sup>13</sup> Pb EG C 39 A/5 2003.

## Overige hervormingen

Een merkbare verbetering is ook de mogelijkheid om in de toekomst concentraties aan te melden op basis van een ontwerpovereenkomst<sup>14</sup> teneinde de partijen bij de concentratie meer flexibiliteit te bieden, vooral wat betreft de organisatie en timing van de closing van transacties die geen vertrouwelijk karakter (meer) hebben. Deze wijziging is in lijn met de heersende procedures in vele landen en de 'Recommended Practices' die vorig jaar werden aangenomen door het International Competition Network (ICN).<sup>15</sup>

Twee of meer transacties die van elkaar afhangen of economisch zo nauw verweven zijn dat de behandeling ervan als één transactie verantwoord is, worden in de toekomst beschouwd als één en dezelfde concentratie.<sup>16</sup> Deze wijziging houdt eigenlijk een uitbreiding van de bevoegdheid van de Commissie in. Zogenaamde 'swap'-transacties die vroeger als afzonderlijke concentraties werden beschouwd en daardoor beneden de Europese aanmeldingsdrempels vielen, zouden nu aanmeldbaar kunnen worden omwille van de omzet van de kopers en dit onafhankelijk van de omvang van de uitgewisselde ondernemingen.

Ten slotte voorziet de voorgestelde Concentratieverordening, overeenkomstig het Groenboek, ook in een uitbreiding van de ontheffing van de schorsingsverplichting in artikel 7, lid 2 (ex artikel 7, lid 3) tot alle acquisities van verschillende kopers aan de beurs (zogenaamde kruipende overnames) terwijl de huidige tekst de ontheffing enkel expliciet van toepassing verklaart op openbare biedingen. Er wordt eveneens voorzien in de mogelijkheid van automatische vrijstelling van de schorsingsverplichting voor concentraties met een beperkt effect op de mededinging (hiermee worden in het bijzonder concentraties die in aanmerking komen voor onderzoek volgens de vereenvoudigde procedure, bedoeld).

## Conclusie

Dit overzicht is niet exhaustief, maar probeert aan te tonen op welke gebieden het voorgestelde hervormingspakket van de Commissie een belangrijke invloed zou kunnen hebben op de afhandeling van het onderzoek van concentraties. Een aantal van deze maatregelen zal ongetwijfeld een gunstige invloed hebben op de grondigheid en transparantie van de onderzoeksprocedure en op de kwaliteit van de analyse. Voor een aantal andere maatregelen, bijvoorbeeld de voorgestelde verwijzingsmaatregelen, zal de praktijk moeten uitwijzen of zij een merkbare verbetering uitmaken ten opzichte van het huidige systeem.

De Commissie blijft onderzoeker en rechter in de concentratiecontrole. Zij is zich echter bewust van het feit dat een efficiënte beroepsprocedure essentieel is voor de geloofwaardigheid van de Europese concentratiecontrole en zegt te zullen blijven aandringen op snellere beroepsmogelijkheden.<sup>17</sup> De versnelde procedure die het Gerecht van Eerste Aanleg recentelijk in de zaken *Schneider/Legrand* en *Tetra Laval/Sidel* heeft toegepast, is ongetwijfeld reeds een belangrijke stap in de goede richting.

Het ontwerp van verordening moet goedgekeurd worden door alle lidstaten. De datum van inwerkingtreding die de Commissie vooropstelt, is 1 mei 2004, wat ook de datum is waarop de nieuwe procedurele concurrentieregels inzake artikelen 81 en 82 (Verordening nr. 1/2003) in werking treden en 10 nieuwe lidstaten tot de Europese Unie zullen toetreden. Bepaalde voorstellen die geen wijziging van de Concentratieverordening met zich meebrengen, zullen reeds in de loop van 2003 geïmplementeerd worden. De organisatorische veranderingen binnen het Directoraat-generaal Concurrentie zullen in de komende maanden in voege treden. De Commissie hoopt de definitieve tekst van de richtsnoeren voor horizontale fusies aan te nemen voor het einde van het jaar.

<sup>14</sup> Zie artikel 4 van de Concentratieverordening.

<sup>15</sup> Zie <http://www.internationalcompetitionnetwork.org>.

<sup>16</sup> Zie artikel 3.4 van de Concentratieverordening.

<sup>17</sup> Zie voetnoot 12.