



## De verhouding tussen de 'Richtsnoeren voor de beoordeling van niet-horizontale fusies' en art. 82 EG

Hoe verhouden deze Richtsnoeren zich tot toetsing volgens art. 82 EG op het gebied van bundeling en koppelverkoop?

mr. E.E.J. Hessels

De Europese Commissie heeft op 28 november 2007 Richtsnoeren voor de beoordeling van niet-horizontale fusies gepubliceerd.<sup>1</sup> In dit artikel komt de inhoud van deze Richtsnoeren kort aan de orde. Vervolgens wordt besproken hoe de Richtsnoeren zich verhouden met de eventuele ex-post toetsing van art. 82 EG op het gebied van bundeling en koppelverkoop. Hierbij wordt ook ingegaan op relevante uitspraken als *Tetra Laval/Sidel* en *GE/Honeywell*.

### De Richtsnoeren

#### Achtergrond

Naast Richtsnoeren voor niet-horizontale fusies zijn er al langer Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies.<sup>2</sup> Door het invoeren van Richtsnoeren voor niet-horizontale fusies wil de Commissie op het gebied van concentratiecontrole meer duidelijkheid en voorspelbaarheid geven aan fuserende ondernemingen. Commissaris Neelie Kroes verduidelijkte dat de meerderheid van verticale en conglomeraatfusies geen problemen geeft, maar dat er resoluut opgetreden zal worden tegen concentraties die de concurrentie wel benadelen.<sup>3</sup> Verder hebben de Richtsnoeren een pedagogische rol,

er wordt gestreefd naar een consistent beleid van zowel de Commissie als de lidstaten.

In het overzicht van de Richtsnoeren ligt de nadruk op het feit dat niet-horizontale fusies de mededinging minder snel negatief beïnvloeden dan horizontale fusies. Ten eerste omdat er bij verticale en conglomeraatfusies geen verlies van concurrentie op dezelfde relevante markt is. Ten tweede vormen verticale en conglomeraatfusies mogelijkheden voor efficiëntieverbeteringen.

Er zijn echter situaties waarbij een niet-horizontale fusie de mededinging beperkt. Dit is met name het geval wanneer een niet-horizontale fusie de mogelijkheid en de drijfveer om te concurreren van de fuserende bedrijven en hun concurrenten kan beïnvloeden ten nadele van de consumenten.

De twee belangrijkste manieren waarop de mededinging belemmerd kan worden zijn door niet-gecoördineerde effecten enerzijds en gecoördineerde effecten anderzijds.

1 Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/nonhorizontalguidelines.pdf>

2 Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, 5 februari 2004, *PbEU* 2004, C 31/03.

3 European Commission, Press release IP/07/178, 13 februari 2007.

Emmeline Hessels is advocaat bij Clifford Chance LLP te Amsterdam. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

Niet-gecoördineerde effecten (ook wel effecten zonder marktcoördinatie) ontstaan voornamelijk wanneer niet-horizontale fusies leiden tot uitsluiting (*foreclosure*). Van uitsluiting in de zin van de Richtsnoeren is sprake wanneer als gevolg van de fusie de toegang tot levering van producten of tot de markten voor concurrenten belemmerd wordt, waardoor de mogelijkheid en de prikkel om te concurreren vermindert. Niet-gecoördineerde effecten komen hierna aan bod. Er is sprake van gecoördineerde effecten wanneer een fusie de mededinging zodanig beïnvloedt, dat het waarschijnlijk is dat de gefuseerde eenheid gedrag zal coördineren en prijzen zal beïnvloeden of de mededinging op andere wijze zal belemmeren. Omdat dit artikel zich toespitst op bundeling en koppelverkoop, komen gecoördineerde effecten in dit artikel niet aan de orde.

### Niet-gecoördineerde effecten

#### *Verticale fusies*<sup>4</sup>

Een verticale fusie kan de mededinging belemmeren door niet-gecoördineerde effecten, vooral wanneer deze leiden tot uitsluiting. Er zijn twee vormen van uitsluiting te onderscheiden. Van de eerste is sprake wanneer de fusie het mogelijk maakt dat de kosten voor de downstreamconcurrenten verhoogd worden door hen de toegang tot belangrijke input te weigeren (*input foreclosure*). De tweede vorm van uitsluiting treedt op wanneer het waarschijnlijk is dat door de fusie upstreamconcurrenten uitgesloten worden door hen de toegang tot een toereikend klantenbestand (*sufficient customer base*) te beperken (*customer foreclosure*).

Een fusie kan de daadwerkelijke mededinging belemmeren door uitsluiting van input, wanneer de nieuwe eenheid na de fusie in staat is om toegang tot producten of diensten te verhinderen. De kosten voor de downstreamconcurrenten worden verhoogd, waardoor het voor hen moeilijker is om voorraden grondstof te verkrijgen tegen dezelfde prijzen en voorwaarden als voor de fusie. Hierdoor kan het voor de fuserende ondernemingen winstgevend zijn om de prijzen te verhogen. Efficiëntieverbeteringen als gevolg van de fusie kunnen tot gevolg hebben dat de gefuseerde eenheid de prijs verlaagt, waardoor de uiteindelijke invloed van de fusie op consumenten neutraal of positief is.

Er zijn verschillende vormen van input foreclosure. De gefuseerde eenheid kan ervoor kiezen om geen zaken te doen met daadwerkelijke of potentiële concurrenten. Ook kan de gefuseerde eenheid besluiten om de levering te beperken en/of om de prijs om te leveren aan concurrenten te verhogen en/of om op een andere manier de leveringsvoorwaarden ongunstiger te maken dan voor de fusie. Verder kan de gefuseerde eenheid kiezen voor een specifieke technologie binnen het bedrijf die niet aansluit bij de technologie van concurrerende bedrijven. Uitsluiting kan ook in subtielere vormen voorkomen, bijvoorbeeld door verminderde kwaliteit van geleverde producten. Uitsluiting van input kan alleen een

belemmering van de mededinging opleveren als het gaat om belangrijke input voor een downstreamproduct. Verder kan uitsluiting van input alleen reden tot zorg geven wanneer, als gevolg van de fusie, de verticaal geïntegreerde onderneming marktmacht heeft op de upstreammarkt. Alleen dan kan de onderneming aanmerkelijke invloed uitoefenen op de concurrentie op de upstreammarkt en als gevolg daarvan eventueel ook op de prijzen en leveringsvoorwaarden op de downstreammarkt.

Customer foreclosure kan voorkomen wanneer een leverancier fuseert met een belangrijke afnemer op de downstreammarkt. De gefuseerde eenheid kan, door de aanwezigheid op de downstreammarkt, concurrenten op de upstreammarkt uitsluiten van toegang tot voldoende klanten en zo hun mogelijkheid of prikkel tot concurreren wegnemen. Vervolgens kan dit de kosten verhogen voor de concurrenten op de downstreammarkt, doordat het voor hen moeilijker is om input geleverd te krijgen voor dezelfde prijs en onder dezelfde voorwaarden als voor de fusie. Hierdoor kan de gefuseerde eenheid profiteren van hogere prijzen op de downstreammarkt. Efficiëntievoordelen die optreden als gevolg van de fusie kunnen er toe leiden dat de gefuseerde eenheid de prijs verlaagt, zodat er uiteindelijk geen negatieve invloed op de consumenten ontstaat.

Customer foreclosure kan zich in verschillende vormen voordoen. De gefuseerde eenheid kan bijvoorbeeld besluiten om al zijn interne benodigdheden van zijn upstreamdivisie te halen en daardoor niet meer te kopen van upstreamconcurrenten. Ook kan de eenheid minder aankopen van upstreamconcurrenten doen of aankopen onder minder gunstige voorwaarden dan voor de fusie. De Commissie onderzoekt of er voldoende economische alternatieven op de downstreammarkt voor upstreamconcurrenten zijn om hun output te verkopen. Customer foreclosure levert alleen problemen op wanneer de verticale fusie een onderneming betreft die een belangrijke afnemer op de downstreammarkt is.

#### *Conglomeraatfusies*<sup>5</sup>

In de praktijk ligt de nadruk bij conglomeraatfusies op fusies tussen bedrijven die actief zijn op gerelateerde markten. In de meeste gevallen leveren conglomeraatfusies geen problemen op voor de mededinging, maar er zijn situaties waarbij dit wel gebeurt. Ook bij conglomeraatfusies kunnen niet-gecoördineerde effecten in de zin van uitsluiting optreden. De combinatie van producten op gerelateerde markten kan de gefuseerde eenheid de mogelijkheid en de prikkel geven tot een hefboomwerking (*leveraging*) om een sterke marktpositie van de ene markt op de andere markt over te brengen door koppelverkoop (*tying*) of bundeling (*bundling*) of andere manieren van uitsluiting.

De Richtsnoeren omschrijven bundeling als de manier waarop de gefuseerde eenheid producten aanbiedt en prijst. Hier is sprake van onderscheid tussen pure bundeling en gemixte bundeling. In het geval van pure bundeling worden de producten alleen samen verkocht. Bij gemixte bundeling zijn de producten nog wel apart beschikbaar, maar is de

4 Richtsnoeren voor niet-horizontale fusies, hoofdstuk IV.

5 Richtsnoeren voor niet-horizontale fusies, hoofdstuk V.

totaalprijs voor de producten apart hoger dan de prijs voor de producten samen. Een vorm van gemixte bundeling doet zich voor wanneer kortingen afhankelijk worden gesteld van de aankoop van andere producten. Koppelverkoop betekent dat wanneer klanten een product kopen (het koppelende product) zij tevens een ander product van de producent moeten kopen (het gekoppelde product). Dit kan plaatsvinden op technische of contractuele basis.

Voor het vaststellen van mogelijke vormen van uitsluiting zijn specifieke eigenschappen van producten van belang. Uitsluiting geeft meestal geen reden tot zorgen over de concurrentie wanneer de gefuseerde eenheid geen marktmacht heeft op een van de relevante markten. De gevolgen van bundeling of koppelverkoop zijn alleen substantieel wanneer ten minste één product van de fuserende partijen door klanten als belangrijk wordt beschouwd en er weinig alternatieven voor het product zijn. Een andere voorwaarde voor het negatief beïnvloeden van de concurrentie door uitsluiting is dat er een grote gemeenschappelijke groep klanten voor het individuele product moet zijn. Hoe meer klanten beide producten kopen, hoe meer de vraag naar de individuele producten wordt beïnvloed door koppelverkoop of bundeling. De Commissie overweegt bij de beoordeling ook of concurrerende bedrijven effectieve en tijdige tegenstrategieën kunnen inzetten.

Doorgaans zijn koppelverkoop en bundeling geen mededingingsbeperkende gedragingen. Bedrijven houden zich bezig met koppelverkoop en bundeling om afnemers van betere producten te voorzien of kosten te besparen. Deze gedragingen kunnen er echter toe leiden dat daadwerkelijke of mogelijke concurrenten een verminderde mogelijkheid of drijfveer om te concurreren hebben. Dit kan de concurrentiedruk verminderen en als gevolg hiervan kan de gefuseerde eenheid de prijzen verhogen.

#### Analysekader

De Commissie beoordeelt of er sprake is van belemmering van de mededinging door uitsluiting aan de hand van een analysekader. Hierbij gaat de Commissie na of de gefuseerde eenheid de *mogelijkheid* heeft om uit te sluiten. Vervolgens onderzoekt zij of de gefuseerde eenheid de *drijfveer* heeft om zich zo te gedragen, dit hangt af van de mate waarin het uitsluitende gedrag winstgevend zal zijn. Ten slotte wordt bekeken wat het *effect* van dit gedrag op de mededinging is. In de praktijk behandelt de Commissie deze punten vaak tegelijk omdat zij elkaar overlappen.

Als de gefuseerde eenheid een specifieke handelwijze aanneemt in de uitsluiting kijkt de Commissie naar de motieven voor het aannemen van dergelijk gedrag. De Commissie beoordeelt dan met name de waarschijnlijkheid dat deze handelwijze duidelijk in strijd is met het Gemeenschapsrecht, de waarschijnlijkheid dat dit onwettige gedrag ontdekt zal worden en de straffen die opgelegd kunnen worden.<sup>6</sup>

#### Efficiëntieverbeteringen

Uit de Richtsnoeren blijkt dat bij het beoordelen van niet-horizontale fusies en het effect dat deze op de mededinging

hebben, mogelijke efficiëntieverbeteringen in aanmerking worden genomen. De Commissie gebruikt hiervoor de uitgangspunten zoals weergegeven in de Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies.<sup>7</sup>

Bij de beoordeling van een fusie uit mededingingsoogpunt zijn efficiëntieverbeteringen relevant als deze een direct resultaat zijn van de fusie en niet kunnen worden bereikt met andere minder concurrentiebeperkende middelen. Efficiëntievoordelen moeten verifieerbaar zijn, zodat de Commissie kan nagaan dat de efficiëntievoordelen zich ook daadwerkelijk zullen voordoen. Bovendien moeten ze dermate substantieel zijn dat de mogelijke schade die de fusie kan meebrengen voor de gebruikers tegengegaan wordt. Hoe nauwkeuriger en overtuigender de efficiëntieverbeteringen beschreven zijn, des te beter de Commissie de mogelijke verbeteringen kan beoordelen.

#### Beoordeling

Uit het oogpunt van de wens naar meer duidelijkheid en voorspelbaarheid voor fuserende ondernemingen zijn de Richtsnoeren voor niet-horizontale fusies absoluut in een stap in de goede richting. Op deze manier kan er binnen de Gemeenschap een duidelijk en consistent beleid gevoerd worden ten aanzien van niet-horizontale fusies. In dit opzicht leveren de Richtsnoeren een verbetering op ten aanzien van de situatie zonder Richtsnoeren.

Het document legt veel nadruk op de negatieve gevolgen van niet-horizontale fusies. Naar aanleiding van de eerder uitgebrachte concept-Richtsnoeren<sup>8</sup> hebben belanghebbenden commentaar bij de Commissie ingediend.<sup>9</sup> Een veel voorkomend commentaar op de (concept-)Richtsnoeren is dat deze een hele negatieve ondertoon bevatten over niet-horizontale fusies. Dit komt vooral doordat de mogelijke negatieve gevolgen zeer uitgebreid toegelicht worden. Met name de niet-gecoördineerde effecten worden enorm uitgeput. Terwijl juist in de inleiding van de Richtsnoeren gewezen wordt op het feit dat niet-horizontale fusies doorgaans weinig problemen opleveren voor de mededinging. Het document krijgt hierdoor een negatieve ondertoon.

Uit de standpunten van belanghebbenden bleek dat er sprake is van onduidelijkheid over de relatie tussen de Richtsnoeren en art. 82 EG. Op dit vlak is er ten opzichte van de

6 Richtsnoeren voor niet-horizontale fusies, paragraaf 46. De Commissie verwijst in deze paragraaf naar de *Tetra Laval*- en *GE/Honeywell*-uitspraken.

7 Richtsnoeren voor horizontale fusies, hoofdstuk VII.

8 Draft Commission Notice, Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulations on the control of concentrations between undertakings, par. 44. <[http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/draft\\_nonhorizontal\\_mergers.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/draft_nonhorizontal_mergers.pdf)>

9 Zie <[http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/non-horizontal\\_consultation.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/non-horizontal_consultation.html)>

concept-Richtsnoeren<sup>10</sup> in de definitieve Richtsnoeren niet veel veranderd.<sup>11</sup> Hierna zal nog verder ingegaan worden op de verhouding tussen de Richtsnoeren en art. 82 EG.

Wat tot slot opvalt aan de Richtsnoeren is dat er sprake is van een zeer economische benadering. Het lijkt een uitputtende bron van voorbeelden aan de hand van economische presumpties. De ontwikkeling naar een dergelijke economische benadering was al te zien in zaken als *GE/Amersham*<sup>12</sup>, *Tetra Laval/Sidel*<sup>13</sup> en *GE/Honeywell*<sup>14</sup>.

### Art. 82 EG – bundeling en koppelverkoop

Art. 82 EG behelst het verbod van misbruik van een economische machtspositie. Het verbiedt uitsluitend gedrag dat mogelijke of daadwerkelijke concurrentie op de markt kan beperken en dat consumenten direct of indirect kan schaden.<sup>15</sup> Bundeling en koppelverkoop vallen onder het verbod van art. 82 EG wanneer voldaan is aan de volgende elementen: de onderneming is dominant op een van de betrokken markten, de twee producten zijn verschillende producten, het koppelen/bundelen heeft uitsluiting tot gevolg die de markt nadelig beïnvloedt en tot slot wordt het koppelen/bundelen niet objectief of door efficiëntievoordelen gerechtvaardigd.<sup>16</sup>

Een raakvlak tussen het verbod van bundeling/koppelverkoop op basis van art. 82 EG en de bundeltheorie binnen het fusietoezicht is ten eerste dat de gefuseerde eenheid marktmacht moet hebben op ten minste één van de betrokken markten. Verder moet het uitsluitende gedrag van de onderneming negatieve gevolgen hebben op de concurrentie en kan het gedrag niet gerechtvaardigd worden door efficiëntievoordelen. De benadering van de efficiëntievoordelen is nagenoeg dezelfde.

In beide benaderingen komt naar voren dat koppelverkoop en bundeling gebruikt kunnen worden om een hefboomwerking tot stand te brengen. Op die manier kan een sterke marktpositie van de ene markt op de andere markt overgeheveld worden. Dit brengt ondernemingen in de positie om de verkoop op de ene markt te verhogen, dankzij de sterke marktpositie van het product waaraan het gekoppeld of gebundeld is. Hier is het uitsluiten van afnemers de voornaamste zorg. Deze uitsluiting kan begaan worden met het oog op het vergroten van marktmacht op de markt van het gekoppelde product, het beschermen van marktmacht op de markt van het koppelende product, of een combinatie van deze twee.<sup>17</sup>

Een ander verschil tussen de benaderingen is dat de ex-ante toetsing volgens de Richtsnoeren voornamelijk gebaseerd is op veronderstellingen en theorieën die mogelijk toekomstig gedrag van de fuserende ondernemingen proberen vast te stellen. Dit in tegenstelling tot de ex-post toetsing van art. 82 EG, die meer gericht is op het onderzoeken van gedrag dat reeds plaatsvindt.

Wanneer fuserende partijen een dominante positie hebben op één van de betrokken markten, kan mogelijk uitsluitend gedrag ex-ante beoordeeld worden aan de hand van de Richtsnoeren. Ook kan het bundelen of koppelen, post-fusie, een vorm van misbruik in de zin van art. 82 EG vormen. De Richtsnoeren bevatten de volgende bijkomende beoordeling van de Commissie: de waarschijnlijkheid dat uitsluitend gedrag duidelijk in strijd is met het Gemeenschapsrecht, de waarschijnlijkheid dat dit onwettige gedrag ontdekt zal worden en de straffen die opgelegd kunnen worden.<sup>18</sup> Dit is een verwijzing naar misbruik in de zin van art. 82 EG. De drijfveer die een onderneming heeft om uitsluiting in de zin van bundeling of koppelverkoop te veroorzaken, kan verminderen doordat het gedrag mogelijk misbruik is in de zin van art. 82 EG.<sup>19</sup>

### Tetra Laval – GE/Honeywell

Voorgaande zal hierna geïllustreerd worden aan de hand van de *Tetra Laval*- en *GE/Honeywell*-uitspraken.

#### Tetra Laval

De Commissie verklaarde de voorgenomen overname van Sidel door Tetra Laval onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verbood de fusie.<sup>20</sup> Tetra Laval ging succesvol tegen deze beslissing in beroep bij het GvEA, dit resulteerde in vernietiging van de beslissing van de Commissie.<sup>21</sup> De Commissie onderzocht de zaak opnieuw en gaf ditmaal wel groen licht, daarnaast ging zij tegen de uitspraak van het GvEA in beroep bij het HvJ EG.<sup>22</sup> Het HvJ EG bevestigde de uitspraak van het GvEA.

De Commissie was van oordeel dat de fusie de dominante positie van Tetra Laval op de markt voor aseptische kartonverpakkingsmachines en aseptische kartonverpakkingen zou versterken, en een dominante positie teweeg zou brengen op de markt voor machines voor PET-verpakkingen. Naast horizontale en verticale effecten, meende de

10 Draft Commission Notice, Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulations on the control of concentrations between undertakings, par. 44.

11 Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies, par. 46.

12 *GE/Amersham* (COMP/M.3304, 21 januari 2004).

13 C-12/03P, *Commissie v. Tetra Laval*, Jur. 2005, p. I-987.

14 T-210/01, *General Electric v. Commissie*, Jur. 2005, p. II-5527.

15 Voor de toepassing van artikel 82 EG heeft de Commissie zijn concept Richtsnoeren opgesteld: 'DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses.

16 DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, paragraaf 179-181.

17 J. Faull and A. Nikpay, *EC Law of Competition*, Oxford: Oxford University Press 2007, p. 67.

18 Richtsnoeren voor niet-horizontale fusies, paragraaf 46.

19 A. Weitbrecht and R. Flanagan, 'The control of vertical and conglomerate mergers before and after *GE/Honeywell* – The Commission's draft guidelines for non-horizontal mergers', *Bloomberg European Business Law Journal* (1) 2007, p. 294-302.

20 *Tetra Laval/Sidel* (COMP/M.2416, 30 oktober 2001).

21 T-5/02, *Tetra Laval v. Commissie*, Jur. 2002, p. II-4381.

22 C-12/03P, *Commissie v. Tetra Laval*, Jur. 2005, p. I-987.

Commissie dat de gefuseerde eenheid in staat zou zijn om haar dominante positie op de markt voor kartonverpakkingen uit te buiten en door middel van leveraging met behulp van gebonden of gekoppelde verkopen een dominante positie zou kunnen innemen op de markt voor PET-verpakkingssystemen (conglomeraateffect).

Het GvEA vernietigde de verbodsbeschikking van de Commissie, het oordeelde dat de concentratie niet tot mededingingsbeperkende conglomeraateffecten zou leiden. Hoewel het GvEA van oordeel was dat de nieuwe eenheid in beginsel een hefboomwerking kon uitoefenen, oordeelde het dat de Commissie niet haar verplichting was nagekomen om te bewijzen dat de eventuele uitoefening van een hefboomwerking zou hebben geleid tot een vorming of versterking van een machtspositie op de betrokken markten.<sup>23</sup>

*‘Wanneer de Commissie haar analyse van de gevolgen van een concentratie (van het conglomeraattype) baseert op voorzienbare gedragingen die op zich misbruik van een bestaande machtspositie kunnen vormen, dient zij derhalve te beoordelen, of het ondanks het feit dat dergelijke gedragingen verboden zijn, niettemin waarschijnlijk is dat de nieuwe entiteit ertoe zal overgaan, dan wel of de onwettigheid en/of het risico van ontdekking van de gedraging een dergelijke strategie juist weinig waarschijnlijk maakt. (...) De Commissie (dient) ook te onderzoeken, in hoeverre de prikkels zwakker of zelfs geheel krachteloos worden door de onwettigheid van de betrokken gedragingen, de kans dat deze door de bevoegde communautaire of nationale autoriteiten worden ontdekt en vervolgd, en de geldelijke sancties die eruit kunnen voortvloeien.’<sup>24</sup>*

De Commissie kon zich niet vinden in de uitspraak van het GvEA en ging in beroep bij het HvJ EG. De Commissie vond dat haar beoordelingsvrijheid te veel was beperkt. De Commissie stelde dat als zij dit zou moeten onderzoeken, een ex-ante concentratiecontrole niet meer nodig zou zijn, omdat art. 82 EG dan voldoende zou zijn om machtsmisbruik te voorkomen. Tevens zou het onderzoek van het afschrikkende effect dat uitgaat van het feit dat bepaalde gedragingen in strijd zijn met de wet, praktisch en juridisch onmogelijk zijn.<sup>25</sup>

Het HvJ EG redeneert hier als volgt over:

*‘Het zou evenwel tegen de preventiedoelstelling van de verordening ingaan om (...) van de Commissie te verlangen dat zij inzake iedere geplande concentratie zou onderzoeken in hoeverre de beweeggronden om mededingingsbelemmerende gedragingen te stellen verzwakken of zelfs geheel worden onderdrukt door het feit dat de betrokken gedragingen onwettig zijn, waarschijnlijk aan het licht zullen komen, aanleiding zullen geven tot vervolging door de bevoegde commu-*

*nautaire of nationale autoriteiten, en dat daar sancties op zullen volgen.’<sup>26</sup>*

De beoordeling waar het HvJ EG op doelt, houdt in dat de Commissie ten eerste rekening moet houden met de onrechtmatigheid van het gedrag als afschrikkende factor. Dit kan bondig gedaan worden. De Commissie hoeft niet te speculeren over de mate waarin de drijfveer verminderd zou worden als gevolg van de onwettigheid van het gedrag. Verder is het niet nodig dat de waarschijnlijkheid van ontdekking van het gedrag en de toepassing van art. 82 EG onderzocht worden. Ten slotte is speculatie over de hoogte van eventuele boetes niet van belang.<sup>27</sup>

In zijn conclusie stelt A-G Tizzano<sup>28</sup> dat in twijfelgevallen, zaken waar de economische ontwikkelingen bijzonder moeilijk zijn te voorspellen (de zogenaamde ‘grijze zaken’), de Commissie de voorgestelde fusie moet goedkeuren. Hij baseert zich hierbij op zowel de Concentratieverordening<sup>29</sup>, die vermeldt dat indien de Commissie niet binnen de voorgeschreven termijnen tot een beslissing komt de concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt geacht, als de ex-post controle van art. 82 EG.

*‘Dat de aangemelde concentraties in dergelijke gevallen worden goedgekeurd, komt mij voorts ook gerechtvaardigd voor, omdat de Commissie en de nationale autoriteiten verstoringen van de mededinging hoe dan ook ex post kunnen beperken door gebruik te maken van de bevoegdheden die hun bij artikel 82 van het Verdrag zijn toegekend, mochten de concentraties een machtspositie in het leven roepen of versterken in de zin van artikel 2 van de verordening.’<sup>30</sup>*

In *Tetra Laval* leggen het GvEA en het HvJ EG nadruk op de verhouding tussen de Concentratieverordening en art. 82 EG. Het HvJ EG oordeelde uiteindelijk dat de Commissie bij haar beoordeling van uitsluitend gedrag rekening moet houden met de onrechtmatigheid van het gedrag als afschrikkende factor. Het HvJ EG geeft niet expliciet aan of er eventueel een rol is voor misbruiktoezicht in relatie tot het concentratietoezicht in ‘grijze’ zaken.

23 T.R. Ottervanger en I. Veldhuis, ‘Europese Commissie/Tetra Laval’, *Markt & Mededinging* 2005, nr. 4/5, p. 152-157.

24 T-5/02, *Tetra Laval v. Commissie*, Jur. 2002, p. II-4381, r.o. 159. Het GvEA doet hierbij op de afschrikkende werking van art. 82 EG.

25 C-12/03P, *Commissie v. Tetra Laval*, Jur. 2005, p. I-987, r.o. 59-63.

26 C-12/03P, *Commissie v. Tetra Laval*, Jur. 2005, p. I-987, r.o. 75.

27 T. Käseberg, ‘Are Merger Control and Article 82 EC in the Same Market? – The Assessment of Mergers Which Facilitate Exclusionary Conduct under EC Merger Control’, *European Competition Law Review* 2006, p. 409-423.

28 –12/03 P, *Commissie v. Tetra Laval*, Conclusie A-G Tizzano, 25 mei 2004.

29 Verordening (EG) nr. 139/2004 (PbEU 2004, L 24/1).

30 C-12/03 P, *Commissie v. Tetra Laval*, Conclusie A-G Tizzano, 25 mei 2004, r.o. 81.

## GE-Honeywell

De Commissie heeft in 2001 de concentratie tussen General Electric (GE) en Honeywell verboden.<sup>31</sup> GE tekende beroep aan tegen deze beslissing bij het GvEA. Op 14 december 2005 heeft het GvEA dit beroep verworpen.<sup>32</sup>

Net als in *Tetra Laval* laat het GvEA zich in deze zaak erg kritisch uit over de analyse van de Commissie met betrekking tot de speculatieve stellingen. De Commissie heeft volgens het GvEA manifeste beoordelingsfouten gemaakt op het terrein van verticale- en conglomerateffecten.

Ook dit arrest bevat interessante overwegingen over het ontmoedigende effect van art. 82 EG bij het beoordelen van concentraties. Het GvEA stelt dat de Commissie een dergelijke analyse moet toepassen in haar onderzoek:

*‘Wanneer de Commissie dus zonder een specifiek en gedetailleerd onderzoek het onwettige karakter van de betrokken gedraging kan vaststellen door toetsing aan artikel 82 EG of aan andere bepalingen van gemeenschapsrecht die zij moet handhaven, is zij verplicht dat te doen en dient zij er rekening mee te houden bij de beoordeling van de waarschijnlijkheid dat de uit de fusie voortgekomen entiteit zich daadwerkelijk zo zal gedragen.*

*Ofschoon de Commissie derhalve bij de vaststelling van een fusiecontrolebeschikking mag uitgaan van een summiere analyse, op basis van de informatie waarover zij op dat moment beschikt, van de wetmatigheid van de betrokken gedragingen en de waarschijnlijkheid van bestraffing, dient zij niettemin in het kader van haar beoordeling aan te geven welke gedragingen zij verwacht, en in voorkomend geval het ontmoedigend effect van het feit dat die gedragingen naar gemeenschapsrecht duidelijk of zeer waarschijnlijk onrechtmatig zijn, in te schatten en in aanmerking te nemen.*<sup>33</sup>

Omdat de Commissie dit had nagelaten in haar onderzoek, was het GvEA van oordeel dat de Commissie een manifeste beoordelingsfout had gemaakt. Zowel in het kader van de

verticale effecten als de conglomerateffecten. Hier blijkt weer dat het afschrikkende effect van art. 82 EG een belangrijke bijkomende toetsingsgrond is die de Commissie in acht zal moeten nemen.<sup>34</sup>

## Beoordeling

Uit de *Tetra Laval*- en *GE/Honeywell*-zaken blijkt dat de Commissie niet erg happig is op het in acht nemen van de ontmoedigende werking van art. 82 EG als bijkomende toetsingsgrond. Het is voor de Commissie wellicht een aantasting van de geloofwaardigheid van haar fusiecontrole wanneer binnen de concentratiecontrole rekening gehouden moet worden met de afschrikkende werking van art. 82 EG en het idee dat art. 82 EG, na het goedkeuren van een fusie, ‘achter de hand’ kan worden gehouden. De Richtsnoeren van de Commissie geven dan ook slechts een summiere vermelding van het afschrikkende effect van art. 82 EG op de mogelijke drijfveer die ondernemingen hebben om over te gaan tot uitsluitend gedrag. Ex-post toetsing op basis van art. 82 EG schept mogelijkheden wanneer de mogelijke gedragingen van een onderneming bijzonder moeilijk te voorspellen zijn.

## Toetsing

In het geval van een fusie waar sprake is van (mogelijke) uitsluiting zijn er drie mogelijke manieren van handelen voor de Commissie. De Commissie kan op basis van de Concentratieverordening de fusie verbieden, zij kan de onderneming verplichten bepaald gedrag aan te nemen (*remedies*, bijvoorbeeld het verkopen van een onderdeel van een bedrijf) en ten slotte is er de mogelijkheid van ex-post toetsing van art. 82 EG.<sup>35</sup>

De verwijzingen die gemaakt worden in *Tetra Laval* en *GE/Honeywell* over de afschrikkende werking van art. 82 EG zijn erg interessant en de uitspraken volgen elkaar op als een ontwikkeling op dit gebied. Na de nuancering door het HvJ EG in de *Tetra Laval*-uitspraak, legt het GvEA in *GE/Honeywell* vervolgens weer meer nadruk op de afschrikkende werking van art. 82 EG op het gebied van uitsluiting door bundeling en koppelverkoop. Het GvEA oordeelde hier dat de Commissie verplicht is rekening te houden met de invloed die het gemeenschapsrechtelijke verbod van misbruik van machtspositie mogelijk zou hebben gehad op de, voor de uit de fusie voortgekomen entiteit, bestaande prikkel om een dergelijke strategie (bundeling/koppelverkoop) in de praktijk te brengen.<sup>36</sup> Maar omdat de Commissie alleen *rekening moet houden met* het afschrikkende effect van art. 82 EG<sup>37</sup>, kan het in de praktijk zo zijn dat de Commissie in haar beoordeling stelt dat zij rekening heeft gehouden met het afschrikkende effect van art. 82 EG en er verder ongemotiveerd aan voorbij gaat.<sup>38</sup> De Richtsnoeren benadrukken op dit punt wel dat de Commissie de waarschijnlijkheid dat de handelwijze duidelijk in strijd is met het Gemeenschapsrecht, de waarschijnlijkheid dat dit onwettige gedrag ontdekt zal worden en de straffen die opgelegd kunnen worden moet onderzoeken.<sup>39</sup> Zij kan in haar beoordeling dus niet geheel gemakkelijk om deze toetsingsgrond heen.

31 COMP/M.2220, *General Electric/Honeywell*, 3 juli 2001, *PbEU* 2004, L 48/1.

32 T-210/01, *General Electric v. Commissie, Jur.* 2005, p. II-5527.

33 T-210/01, *General Electric v. Commissie, Jur.* 2005, p. II-5527, r.o. 74-75.

34 K. Platteau, ‘Nogmaals over conglomerate concentraties, bewijslast en rechterlijke toetsing. Enkele juridische kanttekeningen bij het arrest *General Electric/Commissie*’, *Markt & Mededinging* 2006, nr.2, p. 51-55.

35 Käseberg, 2006, p. 410.

36 T-210/01, *General Electric v. Commissie, Jur.* 2005, p. II-5527, r.o. 424-425.

37 Dit is na *GE/Honeywell* niet aangescherpt in de Richtsnoeren.

38 S. Baxter, F. Dethmers and N. Dodo, ‘The *GE/Honeywell* judgement and the assessment of conglomerate effects: what’s new in EC practice?’, *European Competition Journal* 2006, Vol 2 No 1, p. 141-167.

39 Richtsnoeren voor niet-horizontale fusies, par. 46.

In de voorgaande uitspraken komt duidelijk naar voren dat het in acht nemen van de afschrikkende werking van art. 82 EG, bij de beoordeling van de mogelijke drijfveer die een onderneming heeft om tot uitsluiting over te gaan, een bijkomende toetsingsgrond is. De beoordeling van concentraties kan niet teruggebracht worden tot de inschatting van mogelijk toekomstig misbruik van machtspositie. Een van de redenen van de totstandkoming van concentratiecontrole was juist dat de art. 81 en 82 EG geen allesomvattend kader vormen om fusies aan een effectief toezicht te onderwerpen. Concentraties kunnen mededingingsbeperkende gevolgen hebben zonder dat dergelijke gevolgen gekwalificeerd kunnen worden als misbruik van machtspositie (bijvoorbeeld bepaalde vormen van prijsverhoging). Eveneens zijn situaties van moeilijk detecteerbare misbruiken denkbaar. Ook dan moet de Commissie kunnen optreden.<sup>40</sup>

De criteria bij het beoordelen van een niet-horizontale fusie in het kader van concentratiecontrole en toetsing volgens de Richtsnoeren kunnen op basis van het voorgaande, als volgt weergegeven worden.

Ten eerste dient te worden onderscheiden of uitsluiting zich zal voordoen als gevolg van de concentratie of dat (een van de) partijen voor de concentratie al uitsluitende gedragingen vertoonde(n).

Als de uitsluiting zich zal voordoen als gevolg van de concentratie, moet gekeken worden naar de mogelijkheid die de gefuseerde eenheid heeft om dit gedrag te vertonen. Tevens moet beoordeeld worden of de gefuseerde eenheid de drijfveer heeft om zich zo te gedragen. Daarna wordt onderzocht wat het effect van dit gedrag op de mededinging is.

Indien hieruit blijkt dat er sprake is van een negatieve invloed op de concurrentie, is de volgende stap het beoordelen van mogelijke efficiëntieverbeteringen. Als deze niet opwegen tegen concurrentiebeperkende gevolgen kan de Commissie ten slotte toetsen aan de mogelijkheid van het ex-post toepassen van art. 82 EG.

Bij voorgaande beoordeling is de bewijslast van belang. De Commissie moet aannemelijk maken dat bepaald gedrag zich zal voordoen. Met name bij het ex-ante beoordelen van de mogelijkheden en de drijfveer van het uitsluitende gedrag en effect van het gedrag op de mededinging rust er een zware bewijslast op de Commissie.

Het is geen slechte ontwikkeling dat de Commissie volgens de uitspraken in *Tetra Laval* en *GE/Honeywell* rekening moeten houden met het afschrikkende effect van art. 82 EG. Vooral omdat fusiecontrole met betrekking tot bundel- en koppeltheorieën in de Richtsnoeren berust op speculaties over mogelijk toekomstig gedrag en mogelijke efficiëntievoordelen. Met name in 'grijze' zaken komt deze extra toetsingsgrond van art. 82 EG goed van pas. Als het gevolg van deze extra beoordeling is dat de fusie goedgekeurd wordt, en onderneming na de fusie eventueel toch misbruik van haar machtspositie maakt door bundelen of koppelverkoop, biedt de daadwerkelijke ex-post toetsing op basis van 82 EG uitkomst.

## Conclusie

De Richtsnoeren voor de beoordeling van niet-horizontale fusies zijn een welkome aanvulling op de regels voor concentratiecontrole. Echter zijn de Richtsnoeren niet op alle punten even duidelijk. Met name op het punt waar de drijfveer die een onderneming heeft om uitsluiting in de zin van bundeling of koppelverkoop te veroorzaken binnen fusiecontrole verminderd kan worden doordat het gedrag mogelijk misbruik is in de zin van art. 82 EG.

Uit de uitspraak in *GE/Honeywell* en de *Richtsnoeren* zaak blijkt dat het afschrikkende effect van art. 82 EG een belangrijke bijkomende toetsingsgrond is die de Commissie in acht zal moeten nemen bij de beoordeling van niet-horizontale fusies. Ex-post toetsing op basis van art. 82 EG schept mogelijkheden wanneer de mogelijke gedragingen en ontwikkelingen moeilijk vooraf te bepalen zijn. Bovendien zal de rechtszekerheid groter zijn dan bij ex-ante speculaties over mogelijk toekomstig bundelen of koppelen.

40 K. Platteau, 'Nogmaals over conglomerale concentraties, bewijslast en rechterlijke toetsing. Enkele juridische kanttekeningen bij het arrest General Electric/Commissie', *Markt & Mededinging* 2006, nr.2, p. 51-55.