

M^{W.} S. BEESTON

De hervorming van het Europese mededingingsrecht

Achtergronden van de hervorming

O & F

48

Nr. 61 / mei 2004

Het Europese mededingingsrecht was om twee dringende redenen aan een ingrijpende hervorming toe: de uitbreiding van de Europese Unie en ontwikkelingen in de Europese jurisprudentie. Met ingang van 1 mei 2004 is het aantal leden van de Europese Unie uitgebreid van vijftien tot vijfentwintig landen. Het gebied van de Europese Unie strekt zich nu uit van de Atlantische kust tot de grenzen van de voormalige Sovjet-Unie. Als gevolg van de uitbreiding is het geografische toepassingsgebied van de EU-regels die de effectieve mededinging moeten waarborgen automatisch toegenomen. Om te zorgen dat deze regels ook in de uitgebreide Unie een doeltreffend instrument blijven, moest de wijze waarop deze regels ten uitvoer worden gelegd worden herzien.

De tweede reden voor de dringende herziening, van met name de regels op het gebied van het concentratietoezicht, kwam voort uit een drietal nederlagen die de Europese Commissie geleden heeft ten overstaan van de Europese rechter. In de periode tussen juni en oktober 2002 heeft het Gerecht van Eerste Aanleg de beslissingen van de Europese Commissie in de zaken *Airtours/First Choice*,¹ *Schneider/Legrand*² en *Tetra Laval/Sidel*³ vernietigd. Het Gerecht constateerde dat de bevoegdheid van de Commissie om mededingingsbeperkende fusies te verbieden hiaten vertoont. Het benadrukte de noodzaak voor een meer gedegen economische analyse en verzwaarde de bewijslast van de Commissie in concentratiezaken. Volgens het Gerecht kon de Commissie niet volstaan om aan te tonen dat een concentratie

mededingingsbeperkende gevolgen kan hebben, maar de Commissie moest tevens bewijzen dat deze gevolgen, op basis van waarschijnlijkheid, ook daadwerkelijk op zullen treden. De smalende uitspraken van het Gerecht en de vorderingen tot schadevergoeding die vervolgens tegen de Commissie werden aangespannen (ter hoogte van respectievelijk GBP 518 miljoen in de *Airtours*-zaak en EUR 1,68 miljard in verband met de *Schneider*-zaak), droegen bij aan de noodzaak tot een snelle en ingrijpende hervorming van het concentratietoezichtregime.

Dit artikel schetst de veranderingen ten aanzien van de drie pilaren van het mededingingsrecht: ten eerste, de regels inzake het concentratietoezicht en, ten tweede, de wijzigingen in verband met het verbod op mededingingsbeperkende afspraken en het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie.

Concentratiecontrole

Hervormingsmaatregelen

Het pakket maatregelen ter hervorming van het concentratietoezicht is in elkaar gezet binnen (voor de Unie) een recordtijd. Op 20 januari 2004, niet meer dan één jaar nadat een eerste voorzichtig concept hiertoe was opgesteld, nam de Raad een herziene Concentratie Verordening aan (Verordening 139/2004). Deze Verordening is sinds 1 mei van dit jaar van kracht. Hiernaast is op 17 april jl. door de Commissie een Verordening tot uitvoering van de Concentratie Verordening vastgesteld.⁴ Daarnaast

¹ Zaak T-342/99, *Airtours t. Commissie*, *JUR* 2002, p. II-2585.

² Zaak T-310/01, *Schneider Electric t. Commissie*, *JUR* 2002, p. II-4071.

³ Zaak T-5/02, *Tetra Laval t. Commissie*, *JUR* 2002, p. II-4381.

⁴ Publicatieblad L 133/1 van 30 april 2004.

heeft de Commissie Mededelingen vastgesteld inzake de beoordeling van horizontale fusies (tussen partijen die op een en dezelfde markt actief zijn) en 'Best Practices' en werkt zij nog aan een aantal bekendmakingen ter verdere verduidelijking van hoe de (nieuwe) regels in de praktijk zullen worden toegepast. Ter verhoging van de efficiëntie en van de kwaliteit van de economische analyses zijn een aantal maatregelen genomen bij het Directoraat-Generaal Concurrentie van de Commissie. Er is een 'Chief Economist' aangesteld en een panel opgericht dat de besluiten van die Commissie aan een tweede toetsing onderwerpt ('peer review').

Regime vóór 1 mei

Op basis van de regels inzake het concentratietoezicht zijn geplande fusies, overnames en sommige soorten joint ventures ('concentraties') waarbij de betrokken ondernemingen bepaalde omzetrempels overschrijden aan het voorafgaande toezicht van de Europese Commissie onderworpen. Boven deze omzetrempels is (binnen de EU) uitsluitend de Europese Commissie bevoegd om de concentratie te onderzoeken ('one stop shop'). Indien de omzet van de betrokken ondernemingen de drempels niet overschrijft, is de Commissie niet bevoegd en kan de transactie onderworpen zijn aan het toezicht van één of verschillende nationale autoriteiten. Er is enige mate van flexibiliteit met betrekking tot deze bevoegdheidsverdeling daar lidstaten zaken die niet aan de Gemeenschapsdrempels voldoen, onder voorwaarden, naar de Commissie mogen doorverwijzen en vice versa. De Commissie is bevoegd om de totstandbrenging van een concentratie te verbieden wanneer deze *'een machtspositie in het leven roept of versterkt'* die *'de mededinging op significante wijze belemmert'* (de *'materiële toets'*).

De hervorming van 1 mei zag zowel op de materiële toets als op de verdeling van bevoegdheden in de uitgebreide Unie.

Materiële toets

Het concentratietoezicht beoogt te voorkomen dat, als gevolg van een concentratie, marktmacht ontstaat die de mededinging belemmert en negatieve gevolgen heeft voor consumenten (bijvoorbeeld, door prijsstijgingen of afnemende druk om te innoveren). Op basis van dit uitgangspunt, heeft de Europese Commissie de oude 'machtspositie-' of 'dominantietoets' altijd ruim geïnterpreteerd. Hierdoor kon

zij niet alleen situaties waar één onderneming een machtspositie verkreeg verbieden, maar ook concentraties waar als gevolg van de structuur van de markt een aantal ondernemingen tezamen marktmacht zouden hebben. De Europese rechterlijke instanties erkenden reeds lange tijd dat oligopoliën ook binnen de reikwijdte van deze toets vielen.⁵ In haar recente uitspraak *Airtours/First Choice* oordeelde het Gerecht van Eerste Aanleg echter dat de dominantietoets zich niet uitstrekte tot oligopolistische situaties waar de marktpartijen hun gedragingen niet op elkaar afstemmen (eenzijdige of unilaterale mededingingsbeperkende effecten op een oligopolistische markt). Na deze uitspraak werkten de leden van het Directoraat-Generaal Concurrentie de kreten van onthutsing over dit ontdekte 'gat' in de bevoegdheden. Ook de mededingingsrechtelijke specialisten worstelden met het begrip van de unilaterale effecten.

Het 'gat'

Ook wanneer er niet één onderneming is die een dominante positie krijgt of wanneer er geen sprake is van coördinatie tussen marktpartijen, kan een concentratie een mededingingsbeperkend effect hebben indien de structuur van een markt zodanig is, dat als gevolg van de concentratie, de gefuseerde groep in staat zou zijn om eenzijdig, zonder dat daarvoor de medewerking van concurrenten nodig is, de prijzen voor producten blijvend op te drijven of om de keuzemogelijkheden voor afnemers of innovatie te beperken.

Een klassiek voorbeeld hiervan is de Babyvoeding-zaak in de Verenigde Staten. Het betrof hier een voorgenomen fusie tussen de één na grootste en de twee na grootste producenten van babyvoeding in de Verenigde Staten. Als gevolg van deze fusie zou de gefuseerde entiteit een marktaandeel van 33% van de markt hebben, achter een marktleider met een marktaandeel van 65%. De Federal Trade Commission ('FTC') had bezwaar tegen deze fusie. Zij meende dat als gevolg van de fusie niet alleen de concurrentie tussen nummers twee en drie zou worden uitgeschakeld, maar dat ook de concurrentiedruk zou wegvallen die bestond doordat deze partijen ten opzichte van supermarkten concurreerden om hun product als tweede merk, naast dat van de marktleider, te leveren. Gebleken was dat deze concurrentiedruk een 'knock-on' effect had op de marktleider, die

⁵ Het Gerecht van Eerste Aanleg bevestigde dit in de zaak *Gencor*, zaak T-102/96, *JUR* 1999, p. II-753 en het Europese Hof van Justitie in Frankrijk tegen de Commissie (*Kali & Salz*), gevoegde zaken C-68/94 en C-30/95, *JUR* 1998, p. I-1375.

zich als gevolg van de concurrentie tussen de twee kleinere marktspelers gedwongen voelde om te innoveren en zijn prijzen te reguleren. De fusie zou niet resulteren in een dominante positie voor één onderneming (de gefuseerde entiteit zou immers slechts de tweede speler op de markt zijn) en het zou ook niet noodzakelijkerwijs leiden tot coördinatie van gedrag tussen de marktleider en de gefuseerde entiteit. Desalniettemin pleitte de FTC dat het verdwijnen van de concurrentie tussen nummers twee en drie een negatief effect zou hebben op de prijzen en innovatie.

Het is discutabel of de Commissie, op basis van de oude dominantietoets, in staat zou zijn geweest om een dergelijke fusie, ondanks de negatieve gevolgen die zij voor de concurrentie zou hebben, te verbieden. Ten behoeve van de rechtszekerheid is er derhalve verduidelijking gekomen in de vorm van een nieuwe test.

Dichten van het 'gat'

Op basis van de nieuwe test kan de Commissie een concentratie verbieden die:

'de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze belemmert, met name als het resultaat van het in het leven roepen of versterken van een machtspositie'.

De bewoording lijkt erg veel op de vorige tekst, maar, door de volgorde van de elementen 'dominantie' en 'beperking van de mededinging' om te draaien en door de woorden 'met name' toe te voegen, heeft de Commissie haar onderzoek ontdaan van het keurslijf dat door de dominantie was opgelegd. Götz Drauz, directeur van de taskforce-concentraties bij het Directoraat-Generaal Concurrentie, illustreert deze veranderde focus met één praktisch voorbeeld. Volgens de heer Drauz kan een fusie tussen BMW en Mercedes op twee manieren benaderd worden. De ene benadering is structureel van aard: probeer vast te stellen of de gefuseerde entiteit een groot marktaandeel zal hebben. Hiervoor is het noodzakelijk de markt af te bakenen. Indien rekening wordt gehouden met mogelijke substitutieketens tussen verschillende soorten auto's, zou betoogd kunnen worden (en is inderdaad ook betoogd) dat alle soorten auto's met elkaar in concurrentie staan. Indien dit argument gehonoreerd zou worden, zou een Skoda concurreren met een BMW en Mercedes. Op basis van de structurele benadering zou een fusie tussen deze laatste twee niet op problemen stuiten. Op basis van de

tweede benadering, waar de heer Drauz duidelijk een voorstander van is, zou men een typische BMW-rijder vragen welke auto hij zou kiezen indien BMW failliet zou gaan. Indien het meest voorkomende antwoord Mercedes is, zal men de voorlopige conclusie kunnen trekken dat de fusie waarschijnlijk invloed zal hebben op de concurrentie. Met dit voorbeeld beoogt de heer Drauz niet te zeggen dat structurele zaken zoals marktafbakening en marktaandelen niet langer relevant zijn. Hij illustreert echter dat het zwaartepunt zal veranderen van een structurele benadering naar een gevolggeoriënteerde benadering: zal de mededinging significant belemmerd worden.

Rechtsbevoegdheid

Multijurisdictie toets

Sinds de Concentratieverordening in 1990 van kracht is geworden, is de reikwijdte van de rechtsbevoegdheid van de Commissie een onderwerp van discussie geweest. Enige lidstaten droegen met tegenzin bevoegdheden over aan de Commissie. De basisdrempels waarboven de Commissie bevoegd is om op te treden zijn derhalve hoog (een gezamenlijk wereldwijde omzet van alle betrokken ondernemingen van EUR 5 miljard en een omzet in de EU van ten minste twee van de betrokken ondernemingen van EUR 250 miljoen). Ironisch genoeg betekende dit dat de grotere ondernemingen konden profiteren van de 'one stop shop' beoordeling door de Commissie, terwijl kleinere ondernemingen verplicht waren om transacties in een groot aantal lidstaten te melden. Met het oog op dit probleem zijn in 1997 de zogenaamde 'multijurisdictie' drempels ingevoerd. Met deze lagere drempels probeerde de Commissie te bewerkstelligen dat transacties die onder de basisdrempels bleven, maar die gevolgen zouden hebben in drie of meer lidstaten, ook van de 'one stop shop' konden profiteren. De ingevoerde drempels bleken echter niet effectief te zijn. Veel transacties moesten nog steeds bij verschillende nationale autoriteiten gemeld worden.⁶ Ter correctie hiervan is met de nieuwe Verordening een vereenvoudigde verdeling van zaken tussen de Commissie en de lidstaten ingevoerd en is de procedure voor verwijzing van zaken gestroomlijnd.

Verwijzing van zaken

De belangrijkste verandering geeft ondernemingen de mogelijkheid om te verzoeken dat een transactie die aan de Gemeenschapsdrempels voldoet door nationale mededingingsautoriteit(en) wordt beoor-

⁶ Groenboek over de herziening van Verordening (EEG) 4064/89 van de Raad, Samenvatting paragraaf 24.

deelt of dat een transactie die niet aan de Gemeenschapsdrempels voldoet, maar die wel voldoet aan de drempels in drie of meer lidstaten, door de Commissie wordt beoordeeld. In beide gevallen wordt de zaak alleen doorverwezen indien de betrokken lidstaten geen bezwaar hebben. In verband met dit laatste punt, zal een onderneming moeten onderzoeken in hoeverre een transactie onderworpen is aan het nationale concentratietoezicht van de lidstaten (waarvan er 23 zijn die een nationaal regime voor concentratietoezicht kennen). De lidstaten hebben vervolgens het laatste woord over een eventuele verwijzing. Met het oog hierop en bij het ontbreken van criteria die de nationale autoriteiten moeten gebruiken om vast te stellen of zij al dan geen bezwaar moeten maken tegen een verwijzing naar de Commissie, dienen de betrokken ondernemingen, voordat zij een verzoek tot verwijzing indienen, niet alleen het vraagstuk van nationale bevoegdheid in kaart te brengen, maar ook eventuele bezwaren van de nationale autoriteiten op te helderen. Dit kan een enorme last op de betrokken bedrijven leggen, waardoor men zich afvraagt hoe effectief deze procedure in de praktijk zal zijn. Desalniettemin is het door de mogelijkheid om een verwijzing te verzoeken nog belangrijker geworden voor partijen die een fusie overwegen om reeds in een vroeg stadium rekening te houden met concentratietoezicht. Het recht van partijen om doorverwijzing van de zaak naar of van de Commissie te verzoeken, vervalt zodra de melding, op nationaal of Commissie-niveau, is verricht. Een besluit op een verzoek om verwijzing kan vijf weken in beslag nemen.

Het verbod op mededingingsbeperkende afspraken en misbruik van een machtspositie

Stelsel van Verordening 1/2003

De hervormingen ten aanzien van het Europese verbod op mededingingsbeperkende afspraken (artikel 81 EU-Verdrag) en het verbod om misbruik te maken van een machtspositie (artikel 82 EU-Verdrag) zijn al even ingrijpend. Met ingang van 1 mei gelden nieuwe regels voor de uitvoering van deze verboden. De nieuwe Uitvoeringsverordening, Verordening 1/2003⁷, voert twee belangrijke wijzigingen door ten opzichte van het oude regime. Ten eerste voorziet de Verordening in de decentrale handhaving van de Europese mededingingsregels door nationale mede-

dingingsautoriteiten (NMA's) en nationale rechterlijke instanties. Ten tweede is het systeem van voorafgaande controle van vaak relatief onschuldige afspraken vervangen door een systeem van repressief toezicht ten aanzien van alleen de meest ernstige restricties. Beide maatregelen dienen de werklast van de Commissie te verlagen en haar zodoende de ruimte te bieden om zich te concentreren op de meest schadelijke kartels die gevolgen hebben in meer dan één lidstaat.

Decentrale handhaving

Tijdens de consultatieperiode die voorafging aan de vaststelling van Verordening 1/2003 uitten critici hun bezorgdheid over de mogelijke inconsistente toepassing van de regels door de nationale autoriteiten. Dit zou leiden tot rechtsonzekerheid voor ondernemingen en mogelijk tot 'forum shopping' (de melding door ondernemingen van hun afspraken bij de nationale autoriteiten die bekendstaan om hun soepele beleid ten aanzien van potentiële inbreuken op de EU-regels). Om het risico van inconsistenties tot een minimum te beperken is een aantal belangrijke controlemechanismen in het leven geroepen.

Conflicten

Allereerst zijn alle nationale autoriteiten verplicht om, voorzover de potentiële inbreuk een merkbare invloed kan hebben op de handel tussen lidstaten, artikelen 81 en 82 EU-Verdrag naast de nationale bepalingen toe te passen. Een beperkt aantal uitzonderingen daargelaten, moeten NMA's hun nationale regels in overeenstemming met de EU-regels toepassen. NMA's mogen op grond van nationaal recht geen overeenkomsten goedkeuren die op basis van EU-recht verboden zijn⁸; noch mag het nationale recht een afspraak verbieden die invloed kan hebben op de tussenstaatse handel, maar die niet onder het verbod van artikel 81⁹ valt. Ook bij de toepassing van artikel 81 en 82 EU-Verdrag moeten NMA's en nationale rechters voorkomen dat zij besluiten nemen die in strijd (kunnen) zijn met (te nemen) besluiten van de Europese Commissie. Om nationale autoriteiten en rechters te ondersteunen bij de toepassing van de vrijstelling op het verbod op mededingingsbeperkende afspraken heeft de Europese Commissie richtsnoeren gepubliceerd betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 van het Verdrag.¹⁰

⁷ Publicatieblad L1/1 van 4 april 2003.

⁸ Dit wordt niet uiteengezet in de verordening maar is vaste jurisprudentie. Zie zaak 4/68, *Walt Wilhelm*, *JUR* 1969, p. 1.

⁹ Artikel 3 lid 2 van Verordening 1/2003.

¹⁰ Publicatieblad C 101/97 van 27 april 2009.

Samenwerking

NMA's zijn verplicht om met elkaar en met de Commissie samen te werken. Bij gebrek hieraan kan de Commissie zaken op EU-niveau overnemen. Dit ontnemt de betrokken NMA niet alleen het recht om artikel 81 en 82 toe te passen, maar, gezien het primaat van het EU-recht, tevens de toepassing van de nationale regels. Enige leidraad over hoe deze samenwerking in praktijk vorm moet worden gegeven is gegeven in de Mededeling betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten.¹¹ Via het 'European Competition Network' ('ECN') zullen de NMA's en de Commissie zaken onderling verdelen op basis van hun materiële aspecten (in welke jurisdicties treden de gevolgen van de inbreuk op?) en op basis van efficiëntie (welke NMA verkeert in de beste positie om bewijs van de inbreuk te vinden en om de inbreuk te beëindigen?). Een zaak kan behandeld worden door één of meer NMA's of de Commissie. Over het algemeen zal de Commissie de aangewezen instantie zijn om zaken te behandelen die gevolgen hebben in drie of meer landen. De NMA's zullen elkaar ondersteunen bij het uitvoeren van onderzoek ter plaatse en zullen (zelfs vertrouwelijke) informatie uitwisselen. De toekomst zal uitwijzen of de Mededeling inzake samenwerking en de daadwerkelijke werkwijzen van de NMA's voldoende waarborgen bieden om te voorkomen dat de rechten van partijen door deze samenwerking worden uitgehold, bijvoorbeeld, als gevolg van de verschillende behandeling van uitgewisselde informatie (dergelijke informatie kan in de ene lidstaat geprivilegieerd zijn of profiteren van een clementiebesluit terwijl dat in een andere lidstaat niet het geval is).

Het hervormingspakket voorziet ook in verdergaande samenwerking tussen de Commissie en nationale rechterlijke instanties. Het bevat een nieuwe mededeling met betrekking tot deze samenwerking.¹² Naast de verplichting om tegenstrijdige afspraken te voorkomen, handelt deze bekendmaking ook over de mogelijkheden van nationale rechters om de Commissie om assistentie te verzoeken en over het recht van de Commissie om, ten behoeve van de consistente toepassing van het EU-recht, schriftelijke of mondelinge opmerkingen in te dienen bij nationale rechterlijke instanties.

Wat blijft er over voor het nationale recht?

De verplichting om de Europese regels toe te passen en de nationale regels buiten toepassing te laten voorzover deze toepassing zou conflicteren, maakt de nationale regels grotendeels overbodig. De toepasselijkheid van deze regels zal hoofdzakelijk beperkt blijven tot inbreuken die geen merkbare invloed hebben op de handel. Het begrip merkbaarheid is vaag. De Commissie heeft derhalve geprobeerd dit begrip te verduidelijken in Richtsnoeren betreffende het begrip 'beïnvloeding van de handel'.¹³ Deze richtsnoeren zetten uiteen dat in het algemeen wordt aangenomen dat er geen sprake is van een merkbare invloed op de handel wanneer het gezamenlijk marktaandeel van partijen klein is (onder 5%) en indien de met de betrokken producten gerealiseerde omzet in de EU beperkt is (onder EURO 40 miljoen). Op deze aanname geldt echter een aantal uitzonderingen. Daarnaast wordt bij overschrijding van de aangegeven drempels niet verondersteld dat er wel sprake zou zijn van merkbaar effect. Gezien deze onzekerheid bij het vaststellen of er al dan niet sprake is van een merkbare invloed op de handel, lijkt het waarschijnlijk dat nationale autoriteiten artikel 81 en 82 in het algemeen toe zullen passen om zo te voorkomen dat een op nationaal recht gebaseerd besluit vernietigbaar zal zijn.

Melding

Melding van overeenkomsten op EU-niveau behoort tot het verleden. Ondernemingen zullen een zucht van verlichting slaken omdat een lange en kostbare meldingsprocedure niet langer nodig is. Anderzijds betekent dit ook dat ondernemingen de Commissie niet langer kunnen vragen om hun overeenkomsten te beoordelen en te bevestigen dat de gemelde afspraken in overeenstemming zijn met het Europese mededingingsrecht. Ondernemingen zijn nu verantwoordelijk om deze beoordeling zelf uit te voeren. Zij kunnen ten aanzien van beperkingen die vanuit commercieel oogpunt wenselijk en gerechtvaardigd zijn, maar die potentieel in strijd zijn met de mededingingsregels, niet langer rechtszekerheid verkrijgen van de Commissie. Bij de beslissing of een beperkende bepaling al dan niet in een overeenkomst zal worden opgenomen zullen partijen nu niet alleen af moeten wegen of de Commissie deze afspraken mogelijk in strijd met de mededingingsregels acht, maar ook of een van de relevante NMA's of nationale

¹¹ Publicatieblad C 101/43 van 27 april 2004.

¹² Publicatieblad C 101/54 van 27 april 2004.

¹³ Publicatieblad C 101/81 van 27 april 2004.

rechters dit zou vinden en wat daarvan de gevolgen zouden zijn. Zowel de nationale als de Europese beschikkingspraktijk zullen daarom relevant zijn.

Verordening 1/2003 vereist niet dat de lidstaten hun uitvoeringsmaatregelen aanpassen. Bij gebrek aan dergelijke aanpassing, kan een onderneming een beperkende afspraak derhalve nog steeds op nationaal niveau aanmelden. Bij haar beoordeling zal de desbetreffende NMA verplicht zijn om rekening te houden met de EU-regels. Zij is niet bevoegd om een besluit te nemen ten aanzien van de toepasselijkheid van de vrijstellingsmogelijkheid van artikel 81 lid 3. Zij kan echter wel verklaren dat er geen gronden zijn om op te treden op basis van artikel 81. Een dergelijke verklaring is niet bindend, maar zou een zekere mate van rechtszekerheid geven. Dit kan leiden tot meerdere meldingen op nationaal niveau, wat op haar beurt weer kan leiden tot een ondermijning van de doeltreffendheid van de toepassing op nationaal niveau (zoals het oude meldingssysteem de effectieve toepassing op EU-niveau moeilijk maakte).

Conclusies

De uitbreiding van de Europese Unie en de vernietigende uitspraken van het Europese Gerecht ten aanzien van een aantal mededingingsrechtelijke besluiten van de Commissie, hebben geleid tot de meest verstrekkende hervorming van de Europese mededingingsregels sinds hun totstandkoming. Het meest opvallende aspect van de hervorming is de feitelijke verschuiving in competentie ten aanzien van zaken, met het oog op de toegenomen last op ondernemingen en de Commissie in de uitgebreide Unie. Op basis van de nieuwe Concentratieverordening komen een groter aantal transacties in aanmerking voor de 'one stop shop' beoordeling door de Commissie, zodat ondernemingen niet overbelast worden met een verplichting om een transactie te melden in een groot aantal van de lidstaten die een nationaal concentratietoezicht kennen. De hervorming van het verbod op mededingingsbeperkende afspraken en het verbod om misbruik te maken van een machtspositie hebben daarentegen geleid tot decentralisatie van het toezicht, zodat de Commissie niet overbelast zal raken als enige toezichthoudende instantie voor de hele uitgebreide Unie. Of deze maatregelen een suc-

ces zullen worden zal met name afhangen van de NMA's. Indien zij systematisch bezwaar maken tegen de verwijzing van grensoverschrijdende fusies naar de Commissie zullen ondernemingen nog steeds de last moeten dragen om de concentratie onder diverse jurisdicties te melden. Als zij opzettelijk of uit onachtzaamheid niet voldoen aan de verplichting om nationaal en EU-recht toe te passen in overeenstemming met de EU-beschikkingspraktijk van de Commissie en de Europese gerechten, of indien zij niet samenwerken in de context van de ECN, zal de Commissie moeten interveniëren en zaken centraal over moeten nemen. In dat geval zal de verschuiving van bevoegdheden haar doel voorbij schieten. In ieder geval zal nog moeten blijken in hoeverre NMA's klaar zijn voor de toepassing van de EU-regels. Bij het ontbreken van de verplichting voor lidstaten om hun nationale mededingingsrecht aan te passen en de meldingsprocedures te laten vervallen, kunnen ondernemingen die enige mate van rechtszekerheid zoeken ten aanzien van hun overeenkomsten de NMA's overspoelen met meldingen van overeenkomsten met een nationale en Europese dimensie. Dit kan de effectieve toepassing van het EU-mededingingsrecht ondermijnen. De samenwerking tussen NMA's, waaronder de verdeling van zaken, kan hier een helpende hand bieden. Dit mag echter niet leiden tot een uitholling van de rechten van partijen die ervan verdacht worden in strijd met de mededingingsregels te handelen.

Andere hervormingen, in het bijzonder die ten aanzien van het concentratietoezicht, pogen tegemoet te komen aan de zorg die de Europese gerechten hadden geuit. Dit geldt in ieder geval voor de verduidelijking van de bevoegdheid van de Commissie om voorgenoemde concentraties te verbieden. Deze bevoegdheid strekt zich uit tot alle concentraties die een mededingingsbeperkend effect kunnen hebben en niet alleen tot die concentraties die leiden tot een machtspositie. Dit geldt tevens ten aanzien van de maatregelen die ten doel hebben te zorgen voor meer gedegen (economische) analyse en tot beter gemotiveerde besluiten.

Mw. S. Beeston is solicitor, partner bij Van Doorne.