

## Voorgenomen besluitvorming EU

## Herziening van de Europese Concentratie Verordening

Mr. M.N. Dijkman en mr. I.W. VerLoren van Themaat

**O**p 11 december 2001 presenteerde Mario Monti zijn Groenboek over de herziening van de Concentratie Verordening (hierna 'CoVo'). Deze herziening van de CoVo komt in een periode van groeiende kritiek van Amerikaanse en Europese ondernemingen die hun concentratiedromen gefrustreerd zagen door de Commissie, zoals GE<sup>1</sup>, Tetra Laval<sup>2</sup> en Schneider Electric<sup>3</sup>.

In het 111 pagina tellende Groenboek doet de Commissie voorstellen tot wijziging van de CoVo. Daarnaast hoopt de Commissie een discussie op gang te brengen over bijvoorbeeld de inhoud van de mededingingsrechtelijke toets die ten grondslag ligt aan de goedkeuring van meldingsplichtige concentraties. In dit artikel wordt een overzicht gegeven van de belangrijkste onderwerpen die het Groenboek aansnijdt, gevolgd door een kort commentaar.

COM (2001) 745/6 final, <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/>

### Inleiding

De Europese Concentratie Verordening ('CoVo') uit 1989<sup>4</sup> is tot op heden slechts eenmaal aangepast, en wel door Verordening 1310/97.<sup>5</sup> Deze wijzigingen betroffen in hoofdzaak de uitbreiding van het concentratieregime naar full function joint ventures en de

introductie van een bijzondere omzetrempel ter vermindering van de als hinderlijk ervaren multiple filings bij verschillende nationale mededingingsautoriteiten.

Het Groenboek dat thans voor ons ligt bevat voorstellen met betrekking tot bevoegdheidsvraagstukken, procedurele en materiële kwesties. De Commissie beoogt hiermee aan de uitdagingen van het groeiende aantal transacties – de Commissie verwijst als oorzaken hiervan vooral naar haar eigen wapenfeiten zoals de totstandkoming van de EMU, de interne markt en de spoedige uitbreiding van de EU – als de groeiende noodzaak tot samenwerking met een groeiend aantal mededingingsautoriteiten, tegemoet te komen. Zij wenst een effectieve, efficiënte, eerlijke en transparante concentratiecontrole te realiseren op het daarvoor meest geschikte niveau. Na kennisname van het commentaar op het Groenboek (dat uiterlijk per 31 maart 2002 binnen dient te zijn) belooft de Commissie later dit jaar met concrete wijzigingsvoorstellen te komen.

In het navolgende worden eerst de bevoegdheidsvraagstukken uit het Groenboek besproken (§ I), waarna respectievelijk de procedurele (§ II) en materiële (§ III) kwesties aan bod komen. Tenslotte (§ IV) volgen enkele beschouwende opmerkingen over de voorstellen uit het Groenboek.

### I Bevoegdheidskwesties

#### Omzetrempels

Ten aanzien van de omzetrempels, die aangeven wanneer een concentratie van een communautaire dimensie is waardoor de Commissie bevoegd wordt om zich over de desbetreffende concentratie te ontfemen, concludeert de Commissie dat zowel artikel 1 lid 2 als de tweederderegeling van de CoVo naar tevredenheid functioneren. Alleen de complexe regeling van artikel 1 lid 3 op basis waarvan de Commissie ook bevoegd is als de voorgenomen concentratie in drie of meer lidstaten een substantieel effect heeft, acht de Commissie onbevredigend voor het probleem van meervoudige meldingen (multiple filings). Deze bepaling was ook in kwantitatieve zin geen succes. In het jaar 2000 zijn er bijvoorbeeld slechts 20 meldingen

<sup>1</sup> Zaak COMP/M. 2220, beschikking van 3 juli 2001.

<sup>2</sup> Zaak COMP/M. 2416, beschikking van 30 oktober 2001.

<sup>3</sup> Zaak COMP/M. 2283, beschikking van 10 oktober 2001.

<sup>4</sup> Verordening 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. EG 1989, L 395/1, met rectificatie in Pb. EG 1990 L 257/13.

<sup>5</sup> Verordening 1310/97 van 30 juni 1997, Pb. EG 1997, L 180/1, in werking getreden op 1 maart 1998.

op basis van dit artikel bij de Commissie gedaan, op een totaal aantal van 75 meervoudige meldingen bij drie of meer lidstaten. Teneinde meer concentraties de one stop shop van de Commissie te bieden, stelt de Commissie derhalve voor de criteria van artikel 1 lid 3 te vereenvoudigen. Dit zal vooral met het oog op de uitbreiding van de EU geen overbodige luxe zijn. Het voorstel komt neer op een effectgeoriënteerde wijziging waarbij artikel 1 lid 3 wordt vervangen door de regel dat een meldingsverplichting in ten minste drie verschillende lidstaten reeds voldoende indicatie is van een gemeenschappelijke dimensie. Een concentratie zal dus niet meer hoeven te voldoen aan de bijzondere omzetzempels van het huidige artikel 1 lid 3. Met andere woorden, concentraties die niet voldoen aan de omzetzempels van artikel 1 lid 2 maar wél in drie of meer lidstaten gemeld moeten worden, vallen automatisch onder de bevoegdheid van de Commissie. Daarbij wordt de bewijslast om aan te tonen dat de concentratie inderdaad onder het toezicht van ten minste drie lidstaten valt, bij de betrokken ondernemingen gelegd. Zij dienen hierin uiterlijk bij de formele melding te zijn geslaagd. In geval van twijfel kan de Commissie de lidstaten verzoeken binnen twee weken aan te geven of de nationale omzetzempels inderdaad door de ondernemingen juist zijn geïnterpreteerd, bijvoorbeeld door middel van een non-oppositieprocedure. Hoewel geen onderdeel van de huidige herziening, wenst de Commissie tevens een debat op gang te brengen over een veel verdergaande wijziging van de CoVo waarbij alle omzetzempels in de verordening zouden worden losgelaten en slechts nog als triggering event voor de bevoegdheid van de Commissie de meervoudige melding geldt. Volgens de Commissie zou deze verdergaande stap echter pas mogelijk zijn nadat onder meer de nationale omzetzempels meer geharmoniseerd zijn. Annex I bij het Groenboek bevat in dit verband een overzicht van het huidige omzetzempelmechanisme en resultaten over de toepassing hiervan in de afgelopen jaren, alsmede een gedetailleerde uiteenzetting van het nut van een herziening op dit vlak.

### Verwijzingen

Tevens bevat het Groenboek een voorstel voor een simpeler mechanisme voor verwijzing van concentraties door de Commissie naar nationale mededingingsautoriteiten. Hierbij zou Commissie niet alleen op verzoek van de nationale mededingingsautoriteiten, maar ook op eigen initiatief een concentratie kunnen verwijzen. Het relevante artikel 9 uit de CoVo, ook wel de German clause genoemd, is bedoeld voor situaties waar een concentratie weliswaar de omzetzempels van artikel 1 CoVo haalt, maar niettemin hoofdzakelijk voelbaar is in één bepaalde lidstaat. In annex II bij het Groenboek worden de resultaten van een onderzoek van de Commissie gegeven met betrekking tot concentratiemeldingen die onderwerp van een artikel 9-verwijzing waren in de afgelopen vijf jaar. Hieruit blijkt dat het tijdschema, de criteria voor het verwijzen van een zaak en de problemen veroorzaakt door gedeeltelijke verwijzingen, voor herziening in aanmerking dienen te komen. Duidelijk is volgens de Commissie in ieder geval dat er een zeer sterke behoefte bestaat aan vaststelling van een efficiënte procedure die voldoende transparantie waarborgt tussen de betrokken partijen, tijdsverspilling voorkomt en tijdige en consistente beslissingen garandeert. De Commissie meent dat de huidige driewekentermijn waarbinnen een lidstaat om verwijzing kan verzoeken kan worden verkort tot twee weken. Voorwaarde is dan wel dat de betreffende nationale mededingingsautoriteit geen diepgaand onderzoek meer hoeft te verrichten om aan te tonen dat een economische machtspositie dreigt te ontstaan als gevolg van de

concentratie (vergelijk artikel 9 lid 2 onder a CoVo). De Commissie stelt in het Groenboek dan ook voor nationale mededingingsautoriteiten hiertoe niet langer te verplichten. Daarmee zou artikel 9 lid 2 onder a CoVo komen te vervallen en artikel 9 lid 2 onder b het enige criterium voor verwijzing worden. Een onderbouwde claim dat de voorgenomen concentratie de mededinging negatief zal beïnvloeden op een specifieke markt in een lidstaat is in dat geval voldoende voor een artikel 9-verwijzing. Hierbij is het niet nodig de exacte geografische dimensie van de betreffende markt te bepalen, zolang de effecten op de mededinging geen grensoverschrijdend karakter hebben. Als gevolg van deze wijziging zouden transacties die formeel wel bij de Commissie gemeld moeten worden maar zich beperken tot het grondgebied van een of meer bepaalde lidstaten, makkelijker kunnen worden afgedaan door de mededingingsautoriteiten van deze lidstaten. Dit bevordert dat meldingen op het meest geschikte niveau worden afgedaan. Een tweede voorstel om dit te bevorderen is dat de Commissie ook op eigen initiatief een zaak kan verwijzen naar een nationale mededingingsautoriteit indien aan bovengenoemde voorwaarde is voldaan. De Commissie onderkent hierbij wel de door het bedrijfsleven geuite zorg over de uiteenlopende nationale procedureregels (bijvoorbeeld ten aanzien van de tijdsduur van de procedure en behandeling van bedrijfsvertrouwelijke informatie) en de vertraging en kosten die verwijzingen naar nationale mededingingsautoriteiten met zich meebrengen. Ten aanzien van de gestelde extra kosten oordeelt de Commissie dat verwijzingen, en daarmee ook de kosten, voor de meeste ondernemingen voorzienbaar zijn. Niettemin meent de Commissie dat ondernemingen door een verwijzing niet in een nadelige positie mogen worden geplaatst ten aanzien van de materiële en procedurele regels waaraan zij normaliter zijn onderworpen. Een oplossing hiertoe kan liggen in gelijktrekking van de termijn waarbinnen de nationale mededingingsautoriteit een formeel besluit dient te nemen met die waarbinnen de Commissie normaliter een beschikking had moeten nemen.

Het Groenboek bevat ook voorstellen voor gezamenlijke verwijzing van twee of meer nationale mededingingsautoriteiten naar de Commissie op basis van artikel 22 lid 3 CoVo. Deze mogelijkheid – die is ingevoerd in 1998 – heeft tot de afsluiting van de teksten van het Groenboek nimmer tot enige verwijzing geleid. Althans, men mag aannemen dat de zeer recente verzoeken in de zaak Promatech/Sulzer van 6 december 2001 niet meer in de tekst van 11 december konden worden verwerkt.<sup>6</sup> De Commissie wijdt het geringe gebruik van deze mogelijkheid deels aan het gebrek aan informatie en communicatie tussen ondernemingen, de nationale mededingingsautoriteiten, maar ook tussen laatstgenoemden onderling. Derhalve stelt de Commissie voor een mechanisme te ontwikkelen dat de uitwisseling van informatie bespoedigt en waarbij zowel de desbetreffende ondernemingen, de mededingingsautoriteiten als de Commissie betrokken zijn. Naast wijziging van de CoVo op dit vlak zal ook de nodige harmonisatie moeten plaatsvinden op cruciale punten in de nationale procedureregels, wil artikel 22 lid 3 daadwerkelijk een effectief middel tegen meervoudige meldingen vormen.

<sup>6</sup> De mededingingsautoriteiten van Italië, het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en Spanje hebben onlangs gezamenlijk de concentratie tussen Promatech en Sulzer naar de Europese Commissie verwezen, zaak 4841, Promatech/Sulzer Textiel, 6 december 2001.

### Het begrip 'concentratie'

De Commissie beschrijft in het Groenboek verschillende mogelijke aanpassingen van het begrip 'concentratie', zoals neergelegd in artikel 3 CoVo. Ten aanzien van bijvoorbeeld minderheidsaandelen overweegt de Commissie dat, zelfs als er geen sprake is van juridische of feitelijke zeggenschap, een dergelijk aandeel een effect kan hebben op de verbonden ondernemingen door een verminderde prikkel om met elkaar te concurreren. Tevens vormen minderheidsaandelen een factor die zou kunnen bijdragen aan het ontstaan van een collectieve machtspositie. Onder het huidige regime worden deze transacties beoordeeld onder artikel 81 en 82 EG Verdrag. Niettemin wenst de Commissie een debat aan te gaan over het onderbrengen van dergelijke transacties in het concentratiecontroleregime. Ten aanzien van strategische allianties concludeert de Commissie in het Groenboek dat artikel 81 EG Verdrag nog steeds het meest geschikte instrument is om dit soort transacties te beoordelen. De Commissie ziet geen reden om deze vormen van samenwerking onder het concentratiecontroleregime te beoordelen. Hetzelfde geldt voor zogenoemde partial-function production joint ventures, zeker gezien het feit dat veel van dit soort samenwerkingsverbanden van de groepsvrijstellingen voor specialisatieovereenkomsten<sup>7</sup> en onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten<sup>8</sup> kunnen profiteren. Een belangrijk voorstel voor wijziging betreft de beoordeling van achtereenvolgende transacties. In het verleden heeft de Commissie meerdere keren moeten beoordelen of verschillende transacties, die op een aantal punten aan elkaar verbonden waren, zouden moeten worden beschouwd als één enkele transactie. Deze vraag is van belang omdat een transactie die op het eerste gezicht niet van voldoende omvang lijkt om binnen de bevoegdheid van de Commissie te vallen, dit indien beschouwd in samenhang met andere transacties wel kan zijn. Dergelijke transacties kunnen als één geheel worden beschouwd indien zij voldoen aan de criteria van artikel 5 lid 2 2e alinea, CoVo. Onder het huidige regime wordt een transactie waarbij een minderheidsaandeel wordt verkregen bij de toepassing van artikel 5 lid 2 2e alinea, niet meegerekend. De Commissie meent dat artikel 5 lid 2 zo moet worden veranderd dat transacties als één geheel kunnen worden beoordeeld (ongeacht de zeggenschapsvormen), indien zij een zodanige economische verbondenheid met zich meebrengen dat tussen de transacties een economische eenheid ontstaat die gelijk is aan een enkelvoudige transactie. Wel moeten deze transacties betrekking hebben op dezelfde economische sector. Voor de beoordeling van de economische eenheid is zowel het tijdslelement van belang, als een identiteitselement ten aanzien van de deelnemers en het bereik van de transactie. Een uitbreiding van het toepassingsbereik van de artikel 5 lid 2'-regeling leidt, aldus de Commissie, tot meer rechtszekerheid voor de betrokken ondernemingen en komt de instandhouding van de mededinging ten goede. Het voorstel voor een gewijzigd artikel 5 lid 2 noemt expliciet de volgende transacties die als één enkele concentratie zouden moeten worden beschouwd:

- transacties waarbij gezamenlijke zeggenschap van één deel van een onderneming wordt verkregen en uitsluitende zeggenschap over een ander deel, bijvoorbeeld bij overname van de moedermaatschappij binnen een groep;
  - passiva-activa uitwisselingen ('swaps') en
  - geleidelijke overnames via de aandelenbeurs waardoor uiteindelijk zeggenschap over de targetonderneming ontstaat
- Artikel 3 lid 5 CoVo bevat een uitzondering van het concentratiecontroleregime voor normale handelsactiviteiten van financiële instellingen. De toename van Venture Capital (VC) activiteiten in Europa sinds de inwerkingtreding van de CoVo vormt voor de Commissie een onderwerp van nadere studie. Met name groeikapitaal- en technologie-investeringen, die normaliter dienen ter kapitaalverschaffing aan een nieuwe onderneming gedurende de opstartfase, brengen vaak een bepaalde vorm van zeggenschap met zich mee voor de VC-investeerders (bijvoorbeeld aandelen en vetorechten ten aanzien van het budget). Andere vormen van VC geven echter geen aanleiding tot mededingingsrechtelijke zorgen. De Commissie staat dan ook open voor de mogelijkheid om de vrijstelling van artikel 3 lid 5 CoVo uit te breiden naar deze laatste vormen van VC, echter op voorwaarde dat die groep VC activiteiten strak kan worden omlijnd zodat de effectieve toepassing van de CoVo niet in het geding komt.

Ten slotte behandelt de Commissie in het bevoegdheidsdeel van het Groenboek een mogelijke harmonisering van de kwantitatieve zeggenschapscriteria van artikel 5 lid 4 CoVo, op basis waarvan wordt bepaald of een onderneming als onderdeel van een groep moet worden beschouwd, met het (kwalitatieve) zeggenschaps criterium uit artikel 3 lid 3 CoVo, te weten het bestaan van een 'beslissende invloed'. Dit laatste criterium is onder het huidige regime bepaald voor de vraag of er sprake is van een concentratie.

## II Procedure

Het voorstel in dit deel van het Groenboek dat al direct bij publicatie de meeste media-aandacht haalde, betreft de uitbreiding van de mogelijkheden voor de Commissie om invallen of 'verificaties' te doen bij ondernemingen die een concentratie hebben gemeld bij de Commissie, in lijn met artikel 81 en 82 EG Verdrag. Hoewel van groot belang in de dagelijkse fusiepraktijk, wijdt de Commissie in het gehele Groenboek slechts één regel aan dit idee. Een nadere uitwerking is voornamelijk achterwege gelaten en de Commissie wacht ongetwijfeld eerst het commentaar uit de markt af.

Een ander belangrijk voorstel strekt ertoe ondernemingen die hun voorgenomen transactie dreigen te zien stranden op bezwaren van de Commissie, meer tijd te geven voor het voorstellen van verbintenissen (remedies) om aan deze bezwaren tegemoet te komen. De Commissie wil dit doen door een stop-the-clock-bepaling te introduceren, op basis waarvan ondernemingen de Commissie zowel in de eerste als de tweede fase kunnen verzoeken de beslistermijn stop te zetten. Om echter niet te zeer af te stappen van het strakke tijdschema zal deze mogelijkheid slechts bestaan voor een periode van 10 tot 15 werkdagen. Ondernemingen dienen een verzoek hiertoe in te dienen binnen ofwel drie weken na het indienen van de melding (eerste fase), of vóór het verstrijken van de driemaandetermijn in de onderzoeks- of tweede fase. Onder het huidige regime dienen ondernemingen binnen deze termijnen hun voorstellen voor verbintenissen reeds aan de Commissie te hebben voorgelegd. Met name in de tweede fase leidt dit vaak tot problemen, omdat de drie-maan-

<sup>7</sup> Verordening 2658/2000 inzake de toepassing van artikel 81 lid 3 op bepaalde vormen van specialisatieovereenkomsten, Pb. EG 2000, L 304/3.

<sup>8</sup> Verordening 2659/2000 inzake de toepassing van artikel 81 lid 3 op bepaalde vormen van onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, Pb. EG 2000, L 304/7.

dentermijn veelal enkele weken na de hoorzitting eindigt. In zo'n geval moeten de betrokken ondernemingen zich bezighouden met zowel het verwerken van de punten van bezwaar, het voorbereiden van de hoorzitting als het opstellen van verbintenissen. Met gebruik van de stop-the-clock-bepaling kunnen ondernemingen in de cruciale fase gedurende 10-15 werkdagen over de door hen voorgestelde verbintenissen met de Commissie in onderhandeling treden en hun voorstellen indien nodig wijzigen, hetgeen tot iets meer ademruimte zou moeten leiden. Dit laatste geldt dan niet alleen voor de betreffende ondernemingen, maar ook voor de Commissie (en de eventueel derdebelanghebbenden en lidstaten) die hetzelfde aantal dagen krijgt om de voorstellen te verwerken. Dit betekent dat de beslistermijn in totaal voor zo'n 20 tot 30 werkdagen wordt opgeschort.

Een derde belangrijk voorstel in het procedurele deel van het Groenboek betreft de berekening van boetes voor het schenden van procedureregels op basis van artikel 14 lid 1 CoVo en, voor wat betreft dwangsommen, artikel 15 lid 1 CoVo. Een boete op basis van artikel 14 lid 1, bijvoorbeeld vanwege het niet melden van een concentratie of het verstrekken van onjuiste gegevens in de melding, kan op basis van de huidige bepaling maximaal EUR 50.000 bedragen. De Commissie stelt in het Groenboek echter voor hiervan een procentueel bedrag van maximaal 1 procent van de jaarlijkse omzet te maken. Dwangsommen kunnen op basis van het huidige artikel 15 lid 1 worden opgelegd tot maximaal EUR 25.000 per dag. Ook hier wil de Commissie voortaan een percentage hanteren, en wel tot maximaal 5 procent van de gemiddelde dagelijkse omzet. Gezien alleen al de omzeldrempels van de CoVo zal dit in de praktijk tot substantieel hogere boetes en dwangsommen kunnen leiden dan onder de huidige boetebepalingen mogelijk is.

Overige onderwerpen die de Commissie op het gebied van procedureregels aan de orde stelt, zijn onder meer de vraag of er ten aanzien van het triggering event op basis waarvan uiterlijk binnen één week moet worden gemeld ook een tijdstip zou moeten worden bepaald waarop ten vroegste kan worden gemeld. Dit tijdstip zou dan dus vóór de twee huidige triggering events van artikel 4 lid 1 CoVo komen te liggen (sluiten overeenkomst of openbaarmaking bod). Verder stelt de Commissie voor termijnen binnen de concentratiecontrole niet langer op weken of maanden vast te stellen maar op werkdagen en vraagt zij marktpartijen hun visie te geven op de introductie van, in navolging van onder meer de VS en het Verenigd Koninkrijk, zogenoemde filing fees die ondernemingen dienen te betalen bij een concentratiemelding.<sup>9</sup>

Opmerkelijk doch niet verbazend is het minibetog dat de Commissie houdt aan het einde van het procedurele deel van het Groenboek over de in de afgelopen tien jaar ontwikkelde rechten en checks and balances die een goede procesgang binnen het concentratiecontrole regime waarborgen. Als inleidende opmerking stelt de Commissie dat de procedure die is vastgesteld in de CoVo een administratief, en geen 'gerechtelijk' karakter heeft. De dubbele functie van de Commissie als onderzoeker en beslisorgaan is inherent aan de structuur van een dergelijke administratieve procedure. Bovendien is deze dubbele functie nooit in strijd met artikel 6 van het Europees Verdrag van de Rechten voor de Mens bevonden en is, aldus de Commissie, reeds door de EG-rechter uitgemaakt dat de Commissie onderworpen is aan effectieve rechterlijke toetsing door een onafhankelijke en onpartijdige rechter. Zo bevat de formele procedure een scala aan rechten die een goede procesgang moet garanderen, vastgelegd in een belangrijk lichaam van rechtspraak op het gebied van mededingingsrecht. Ter illustratie verwijst de Commissie hier

onder meer naar de procedurele vereisten waaraan bijvoorbeeld een verzoek om informatie en het instellen van een onderzoek moeten voldoen (artikelen 11-13 CoVo). Voor wat betreft de tweede fase verwijst de Commissie onder meer naar de eisen die worden gesteld aan (de onderbouwing van) de punten van bezwaar, het recht van de betrokken ondernemingen op toegang tot Commissiedocumenten en op een mondelinge hoorzitting. Het Groenboek benadrukt hier het belang van de Hearing Officer, die verantwoordelijk is voor de bewaking van de rechten van partijen en rapporteert of er een correcte afwikkeling van de procedure heeft plaatsgevonden. Op basis van de nieuwe regels die de Commissie in mei 2001 vaststelde is deze persoon rechtstreeks verbonden aan de Commissaris verantwoordelijk voor de mededinging, terwijl hij niet per se een Commissieambtenaar hoeft te zijn.<sup>10</sup> In het besluitvormingsproces is tevens een belangrijke rol weggelegd voor de lidstaten, die hun oordeel moeten geven over een conceptbesluit van de Commissie in het Raadgevend Comité, en de Juridische Dienst van de Commissie, die immers vooraf haar goedkeuring aan een Commissiebeschikking moet geven.

De Commissie erkent de kritiek die door sommigen wordt geuit op de gebrekkige en weinig effectieve rechterlijke toetsing van concentratiebesluiten. Zo zou de lengte van de Europese gerechtelijke procedures het initiëren van een dergelijke procedure ontmoedigen, waardoor de dreiging van een gerechtelijke procedure geen reële druk meer uitoefent op de beschikkingspraktijk van de Commissie. Hiertegen stelt de Commissie dat een niet onbelangrijk aantal gerechtelijke procedures is gestart op het gebied van concentratiecontrole. Dit wordt bevorderd door de wijziging van de Procedureregels van het Gerecht van Eerste Aanleg van december 2000, als gevolg waarvan onder meer zaken op het gebied van concentratiecontrole sneller zouden moeten worden kunnen afgehandeld. Ten aanzien van de gang van zaken in bijvoorbeeld de Verenigde Staten, waar de mededingingsautoriteiten een verbodsbeschikking vooraf aan rechterlijke toetsing moeten onderwerpen, merkt de Commissie op dat hier in de praktijk relatief weinig van terecht komt: ondernemingen nemen ofwel een aantal verbintenissen op zich of zien geheel af van de fusieplannen. De Commissie meent dan ook niet dat het huidige systeem tekortschiet bij het voorzien in een adequate juridische bescherming aan ondernemingen die hun fusieplannen gedwarsboemd zien als gevolg van concentratiecontrole.

### III Materiële kwesties

De belangrijkste vraag die door het Groenboek ter discussie wordt opgeworpen is of de Europese concentratiecontrole zich zou moeten aansluiten bij bijvoorbeeld de Verenigde Staten voor wat betreft de mededingingsrechtelijke toets waaraan gemelde concentraties worden onderworpen. De huidige test, die besloten ligt in artikel 2 CoVo, ziet op de vraag of de concentratie leidt tot het ontstaan of

<sup>9</sup> Zie voor de mogelijkheid dergelijke bijdragen ook onder de Mededingingswet te introduceren het recente (gewijzigde) wetsvoorstel tot wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan, TK 2001-2002, 27 639, nr. 228.

<sup>10</sup> Besluit van de Commissie van 23 mei 2001 betreffende het mandaat van de raadadviseur-auditeur in bepaalde mededingingsprocedures, Pb. EG 2001, L 162/21.

versterken van een economische machtspositie' (EMP-test). De test die wordt gebruikt in de Verenigde Staten, Canada en Australië spitst zich daarentegen toe op de vraag of de concentratie zou leiden tot een 'aanzienlijke vermindering van de mededinging' (Substantial lessening of competition, of SLC-test). Gelijktrekking van deze twee tests zou verschillende voordelen met zich mee brengen. Ondernemingen die hun wereldwijde transacties zowel in de VS als bij de Commissie moeten melden zouden makkelijker kunnen inschatten welke mededingingsrechtelijke problemen zij kunnen verwachten, zonder daarbij volgens twee verschillende tests hun argumenten te moeten presenteren. Een gelijke test zou tevens een effectievere samenwerking tussen de betreffende mededingingsautoriteiten bevorderen. Niettemin ziet de Commissie ook nadelen aan het overnemen van de SLC-test. Daar de huidige beschikkingspraktijk en rechtspraak in de EU volledig op de EMP-test zijn gebaseerd, zou overschakeling naar de SLC-test aanvankelijk juist tot meer rechtsonzekerheid kunnen leiden ten aanzien van de uitkomst van een concentratiemelding. Daarnaast ligt ook aan het concentratiecontrole-regime van de meeste (kandidaat-)lidstaten de EMP-test ten grondslag. Ook op het nationale vlak zou dus moeten worden overgeschakeld naar de SLC-test.

Inhoudelijk verschillen de beide tests volgens de Commissie overigens niet zoveel. Zo vergen beide tests een onderzoek naar de relevante markt en het effect dat de voorgenomen concentratie op die markt zal hebben. Hoewel dus juridisch verschillend zijn beide tests qua analytische benadering, aldus de Commissie, reeds in belangrijke mate samengesmolten. De toepassing van het begrip 'machtspositie' heeft sinds 1989 dan ook een aanzienlijke evolutie gekend waardoor het een flexibel instrument is geworden, met meer ruimte voor een analyse gebaseerd op de effecten van een beoogde concentratie en de toepassing van micro-economische theorieën. Het meest bekende voorbeeld van deze evolutie is de ontwikkeling van het begrip 'collectieve economische machtspositie' onder de CoVo, in de Kali und Salz-en Gencor-jurisprudentie van het Hof van Justitie en Gerecht van Eerste Aanleg.<sup>11</sup> Niettemin is uit verschillende hoeken reeds voorgesteld dat de juridisch minder rigide SLC-test geschikter is voor de toepassing van economische analyses, typerend voor concentratiecontrole. Het bekendste voorbeeld hiervan is de situatie waar in een bepaalde markt de nummers drie en vier fuseren, maar qua omvang kleiner blijven dan de grootste marktpartij. Indien in een dergelijk geval de markt geen kenmerken bevat die duiden op een collectieve machtspositie kan met de SLC-test de desbetreffende concentratie eenvoudiger worden verboden dan met een EMP-test. De Commissie signaleert ook andere geluiden volgens welke overschakeling naar de ruimer geformuleerde SLC-test zou leiden tot meer rechtsonzekerheid.

Hoewel de huidige test geen enorme tekortkomingen laat zien en niet vaak tot tegengestelde resultaten met de SLC-test leidt, wenst de Commissie niettemin het debat aan te gaan over de verdiensten van deze beide tests voor de concentratiecontrole. Zij merkt hierbij op dat op dit fundamentele punt niet reeds in deze herzieningsronde wijzigingen zullen plaatsvinden.

Overige discussiepunten die de Commissie in het materiële gedeelte van het Groenboek opwerpt, zijn de vragen in hoeverre bij

de analyse van concentraties rekening moet worden gehouden met de efficiencies die een concentratie teweeg kan brengen, en hoe de herziening van de CoVo de toepassing van de vereenvoudigde procedure voor bepaalde concentraties zou kunnen bevorderen. Ten aanzien van dit laatste punt wijst de Commissie op de mogelijkheid de toepassingspraktijk tot nu toe op te nemen in de CoVo, of deze wellicht in de vorm van een groepsvrijstelling te gieten.

#### Commentaar

Een opmerkelijk voorstel van de Commissie is de automatische bevoegdheid die zij zichzelf wil toebedelen voor alle gevallen waar een concentratie in drie of meer lidstaten moet worden gemeld. Dit voorstel is in zekere zin kenmerkend voor de pragmatische toon van het Groenboek. Waarom rigide voorwaarden vaststellen omtrent de omzet in verschillende landen om toegang te krijgen tot de one stop shop van de Commissie, zoals het nu het geval is, als de kern van het probleem het feit is dat er in meerdere landen moet worden gemeld? Dan kan ook worden aangegrepen bij die nationale bevoegdheden, zo zal de Commissie hebben gedacht. Hoewel dat voorstel buitengewoon praktisch lijkt, is het echter toch ietwat tegen de natuur van de CoVo in om de bevoegdheid van de Commissie af te laten hangen van de nationale bevoegheidsregels. Verder zou het in de pragmatische aanpak passen, de beslissing of een one stop shop bij de Commissie inderdaad te prefereren is boven een aantal – mogelijk eenvoudige – nationale meldingen aan partijen over te laten. Onze suggestie zou derhalve zijn hier een optionele bevoegdheid van te maken. Daarmee zou de alternatieve bevoegdheid van de Commissie pas ontstaan op het moment dat partijen gezamenlijk besluiten hun melding bij de Commissie in te dienen in plaats van bij de betrokken nationale mededingingsautoriteiten.

Een gerelateerd voorstel betreft de mogelijkheid voor de Commissie om op eigen initiatief meldingen naar nationale mededingingsautoriteiten te verwijzen indien de beoogde transactie in het bijzonder in een of meer lidstaten effect sorteert. Hiervoor valt ten aanzien van subsidiariteit weliswaar wat te zeggen, doch alleen als van te voren duidelijk is wanneer.

Een van de voorstellen op het procedurele vlak die de meeste aandacht heeft getrokken, is de mogelijkheid dat de Commissie invallen of verificaties verricht bij ondernemingen die een concentratie hebben gemeld. Een dergelijke uitbreiding van de Commissies bevoegdheden staat uit het oogpunt van rechtsbescherming op gespannen voet met de veel bekritiseerde rol van de Commissie als opsporingsambtenaar, openbare aanklager en rechter. Anderzijds kunnen wij begrip opbrengen voor de wens van de Commissie om de door partijen gepresenteerde feiten te kunnen verifiëren. Men moet niet vergeten dat dit ook in het belang kan zijn van concurrenten, afnemers en andere belanghebbenden die (soms terecht) bezwaren kunnen hebben tegen een bepaalde concentratie. Desalniettemin zou een verdere uitbreiding van de bevoegdheden gepaard moeten gaan met een gelijkwaardige uitbreiding van procedurele waarborgen van partijen en verbetering van de rechtsbescherming.

Een andere procedurele wijziging die de Commissie voorstelt, is het introduceren van een stop-the-clock-bepaling die aan zowel partijen als Commissie meer ruimte geeft voor het onderhandelen over – en goedkeuren van remedies. Ondernemingen kunnen de stop-the-clock inroepen op het moment waar zij onder het huidige regime reeds met kant en klare voorstellen voor verbintenissen moeten komen. Onder het gewijzigde regime zouden zij vanaf dat moment zo'n twee weken hebben om over mogelijke remedies te onderhan-

<sup>11</sup> HvJ EG 31 maart 1998, zaken C-68/94 en C-30/95, Frankrijk e.a. tegen Commissie, Jur. 1998, p. I-1375 en GvEA 25 maart 1999, zaak T-102/96, Gencor Ltd. tegen Commissie, Jur. 1999, p. II-753.

delen en deze aan te passen zodat de kans op goedkeuring van de concentratie wordt vergroot. Gezien de enorme tijdsdruk waaronder partijen nu vaak met oplossingen moeten komen, kan het inlassen van een dergelijke adempauze inderdaad een verademing opleveren. Dit is echter alleen nuttig indien dit gepaard gaat met een hernieuwde inzage in het volledige dossier, zodat duidelijk is op grond waarvan de Commissie bezwaren heeft. Noodzakelijke voorwaarde is vanzelfsprekend ook dat de Commissie werkelijk openstaat voor onderhandelingen en bereid is in de laatste weken van haar onderzoek nog van haar bezwaren af te stappen. In dit opzicht zou er aan kunnen worden gedacht om ook in dit eindstadium van de procedure een rol te geven aan de hearing officer.

Een fundamenteel materieel punt in het Groenboek is de suggestie de huidige economische machtspositietest (EMP-test) op den duur te vervangen door de in de VS gehanteerde SLC-test. De SLC-test is minder rigide en meer geschikt voor situaties waarin bijvoorbeeld een concentratie op zichzelf niet leidt tot het ontstaan van een economische machtspositie doch wel tot een sterk geconcentreerde markt. In het Europees mededingingsrecht is deze situatie gedeeltelijk ondervangen door de ontwikkeling en toepassing van de leer van de collectieve machtspositie. De EMP-test bevatte deze mogelijkheid aanvankelijk niet omdat de Raad hierover bij de opstelling van de CoVo geen overeenstemming bereikte. De Commissie heeft het bereik van de EMP-test en daarmee haar bevoegdheid om concentraties te verbieden in de afgelopen tien jaar dan ook aanzienlijk uitgebreid. Op basis van theorieën zoals het keteneffect, bundling en portfolio power nadert de EMP-test in steeds grotere mate de benadering van de SLC-test. Het verschil tussen de beide tests is derhalve minder groot dan op het eerste gezicht zou blijken, hetgeen ook door de Commissie wordt onderschreven in het Groenboek. Overname van de SLC-test in de Europese concentratiecontrole hoeft daarom geen wezenlijke veranderingen in de benadering van de Commissie teweeg te brengen, maar kan deze wel juridisch zuiverder maken, althans vergt zij minder juridische interpretatiekunsten – met de risico's van dien – om tot hetzelfde resultaat te komen. Dat is een voordeel. Het feit dat alsdan in de VS en de EU dezelfde test wordt gebruikt, wil niet zeggen dat de Federal Trade Commission en de Commissie altijd tot hetzelfde eindoordeel hoeven te komen. Niet alleen kunnen de effecten in de EU anders zijn dan in de VS, ook over de wenselijkheid van een fusie kan verschillend worden gedacht. Voor die situaties kan het politiek te prefereren zijn om een andere toetssteen te gebruiken.

Een tweede voordeel van de introductie van de SLC-test kan zijn dat daarmee duidelijk wordt gemaakt dat voor artikel 82 EG situaties een andere test geldt dan voor concentratiebeoordelingen. In feite is dat naar ons inzicht al deels het geval, maar juridisch heet de test nog altijd hetzelfde. Door te expliciteren dat het om andere toetsstenen gaat kan de beoordeling van concentraties zich onafhankelijk van vrees voor eventuele ongewenste neveneffecten voor de beoordeling van machtsposities ontwikkelen.

De keuze tussen beide toetsstenen hoeft nu nog niet gemaakt te worden. Het veel gehoord bezwaar dat de introductie van de SLC-test aanvankelijk zal leiden tot rechtsonzekerheid, omdat de bestaande, op de EMP-test gebaseerde beschikkingspraktijk haar betekenis zal verliezen, mag hierbij ons inziens echter niet in de weg staan aan een verandering als die algemeen als positief wordt ervaren.