

MEDEDINGING

Voorgenomen besluitvorming EU

Commissie herneemt het initiatief na GE/Honeywell en Tetra Laval/Sidel

De conceptrichtsnoeren van de Commissie voor de beoordeling van niet-horizontale concentraties

Mr. S.M. Evers en mr. E. Boerwinkel

Op 13 februari 2007 heeft de Europese Commissie de conceptrichtsnoeren voor de beoordeling van niet-horizontale concentraties gepubliceerd. Deze conceptrichtsnoeren vormen het complement op de in 2004 gepubliceerde 'Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies'.¹ Nadat de Commissie door het Gerecht van Eerste Aanleg was teruggefloten wat betreft haar strikte en controversiële beoordeling van conglomeratiefusies in (met name) de zaken Tetra Laval/Sidel (2002)² en GE/Honeywell (2005)³ is het een tijdlang stil geweest rond de beoordeling van niet-horizontale concentraties. Met de publicatie van de conceptrichtsnoeren lijkt de Commissie de in die zaken geleden 'nederlaag' achter zich te hebben gelaten en heeft zij het initiatief hernomen tot het formuleren van een beleid voor de beoordeling van niet-horizontale concentraties, waarbij zij overigens duidelijk de kritiek van het Gerecht niet uit het oog verliest.

*Draft Commission Notice – Guidelines for the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings.*⁴

Doel en context conceptrichtsnoeren

De conceptrichtsnoeren maken kenbaar hoe de Commissie zal omgaan met de beoordeling van fusies, overnames en structurele samenwerkingsverbanden (hierna: concentraties) die in het kader van de concentratieverordening (CoVo)⁵ aan haar worden voorgelegd.

Deze conceptrichtsnoeren geven uiting aan – zo blijkt uit het begeleidende persbericht van Mededingingscommissaris Kroes⁶ – de wens van de Commissie om op dit punt een helder en duidelijk kader te bieden. Geïnteresseerden worden door Kroes uitgenodigd om hun commentaar op de conceptrichtsnoeren vóór 13 mei 2007 bij de Commissie in te dienen.

De conceptrichtsnoeren hebben als onderwerp: niet-horizontale concentraties. Daaronder vallen volgens de Commissie zowel verticale concentraties als zogenoemde 'conglomeratiefusies'. Verticale

concentraties betreffen ondernemingen die werkzaam zijn op verschillende niveaus in de productie- en distributiekolom, bijvoorbeeld een fusie tussen afnemer en toeleverancier.⁷ Een 'conglomeratiefusie' is een concentratie van ondernemingen die zich noch horizontaal (als concurrenten in dezelfde markt) noch verticaal (als afnemer of leverancier) tot elkaar verhouden, maar die (bijvoorbeeld) op aanpalende markten actief zijn of op een (product)markt voor complementaire producten.⁸

Deze verticale concentraties (in ruime zin) wijken qua mededingingsrechtelijke effecten in de regel af van horizontale concentraties. Zo zullen verticale concentraties, anders dan horizontale concentraties, niet – meteen – leiden tot een vermindering van het aantal op de markt actieve, concurrerende, ondernemingen. Verder betreffen horizontale concentraties veelal één (product)markt en verticale (meestal) twee of meer. Daarnaast wordt aangenomen dat verticale concentraties leiden tot efficiëntiewinsten/schaalvoordelen, die horizontale concentraties meestal ontberen. Gedacht wordt dan aan bijvoorbeeld het verdwijnen van transactiekosten omdat vroegere contractuele banden tussen afnemer en leverancier kunnen worden vervangen door intra-concernafspraken. Een ander veel genoemd positief effect van niet-horizontale (met name verticale) concentraties is het verdwijnen van de zogenoemde 'dubbele marges' doordat een tussenschakel in de productie- en distributieketen wegvalt en daarmee aan de verkoop van de producten in kwestie niet twee, maar

¹ Pb. EG 2004, C31/5.

² GvEA, 25 oktober 2002, zaak T-5/02 Tetra Laval BV/Commissie, Jur. EG 2002 p. II-4381, zie ook de bijdrage J. Hettema in *NTER* 2003, p. 55, bekrachtigd in HvJ EG 15 februari 2005, zaak C-12/03 P Tetra Laval, Jur. EG 2005 p. I-987, zie ook Groen licht voor Tetra/Sidel, K.F.H. Pieters in *NTER* 2005, p. 128.

³ GvEA 14 december 2005, zaak T-210/01 General Electric Company / Commissie, Jur. EG 2005 p. II-5575, zie ook Strijd der Titanen: enige opmerkingen naar aanleiding van General Electric tegen Commissie, H.S.J. Albers in *NTER* 2006, p. 40.

⁴ Online beschikbaar via www.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/draft_nonhorizontal_mergers.pdf.

⁵ Verordening (EG) nr. 139/2004 van 20 januari 2004, Pb. EG 2004 L 24/1.

⁶ <http://europa.eu/rapid, ID/07/178>.

⁷ Conceptrichtsnoeren, randnummer 4.

⁸ Conceptrichtsnoeren, randnummer 5.

Mr. S.M. Evers en mr. E. Boerwinkel zijn beiden advocaat bij Nysingh advocaten - notarissen te Zutphen.

nog slechts één onderneming 'hoeft te verdienen', wat veelal leidt tot een verlaging van de prijs aan het einde van de keten en aldus tot meer concurrentie.

Op basis van deze verschillen wordt wel aangenomen dat de meeste niet-horizontale concentraties eigenlijk geen mededingingsrechtelijke vragen oproepen. Dat ziet de Commissie anders. Maar de benadering van de Commissie gaf weer aanleiding tot uitspraken uit Luxemburg waarin de visie van de Commissie ten aanzien van niet-horizontale concentraties (deels) werd verworpen: de reeds genoemde arresten van het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie in Tetra Laval/Sidel en GE/Honeywell.⁹

Wat voorafging: Tetra Laval/ Sidel en GE/Honeywell

In het arrest Tetra Laval/ Sidel had het Gerecht met name kritiek op het oordeel van de Commissie dat de voorgenomen overname van Sidel door Tetra ertoe zou leiden dat Tetra haar machtspositie op de markt voor aseptische kartonverpakkingen zou gebruiken als 'hefboom' om een machtspositie tot stand te brengen op de (aanpalende) markt voor een bepaald soort verpakkingmachine. De Commissie had geoordeeld dat een machtspositie op de laatstgenoemde markt niet reeds zou voortvloeien uit de voorgenomen concentratie op zich, maar uit de (volgens de Commissie) voorzienbare gedragingen van de door de concentratie ontstane entiteit. Het Gerecht achtte die conclusie van de Commissie onvoldoende onderbouwd, onder meer omdat de Commissie bij haar onderzoek naar de waarschijnlijkheid van mededingingsbeperkende gedragingen van Tetra wél rekening had gehouden met de beweegredenen van Tetra om haar machtspositie te gebruiken ter beperking van de mededinging, maar níet met de factoren die Tetra van dergelijk gedrag zouden (kunnen) weerhouden, zoals de kans van vervolging en bestraffing wegens het schenden van het verbod op misbruik van een economische machtspositie.¹⁰ Bovendien was het Gerecht van oordeel dat de Commissie bij haar beoordeling van de waarschijnlijkheid, dat de nieuwe entiteit mededingingsbeperkend gedrag zou gaan vertonen, de door Tetra aangeboden verbintenissen met betrekking tot haar toekomstige gedragingen ten onrechte niet had meegewogen.¹¹ Het Gerecht kwam tot de conclusie dat de Commissie over het geheel genomen niet haar verplichting was nagekomen om aan te tonen dat conglomerateffecten als gevolg van de gemelde concentratie (in de vorm van het uitoefenen van een hefboomwerking) zouden hebben geleid tot de vorming of versterking van een economische machtspositie op de betrokken markten.¹² In het door de Commissie ingestelde hoger beroep oordeelde het Hof van Justitie dat het gelet op het preventie-

ve karakter van het in de CoVo geregelde concentratietoezicht te vergaan om van de Commissie te vergen dat zij bij iedere voorgenomen concentratie gedetailleerd onderzoekt in hoeverre de onwettigheid van gevreesde gedragingen en het risico van ingrijpen in de diverse relevante lidstaten de nieuwe entiteit van dergelijke gedragingen zou weerhouden (hoewel die onwettigheid op zich wel een relevante factor is), en dat het Gerecht op dit punt dus was uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Het Hof deelde echter wél het oordeel van het Gerecht dat de Commissie de aangeboden verbintenissen wat betreft het toekomstige gedrag van Tetra in haar oordeel had behoren te betrekken, en dat de Commissie dus wat betreft de waarschijnlijkheid van het toekomstige gedrag van Tetra haar beschikking onvoldoende had onderbouwd.¹³

Ook in het arrest GE/Honeywell stelt het Gerecht strenge eisen aan de kwaliteit van het door de Commissie aan te dragen bewijs voor de stelling dat een concentratie van het conglomeratetype (die immers niet leidt tot een horizontale overlap van activiteiten van de betrokken ondernemingen) door toekomstige gedragingen van de uit de concentratie voortkomende entiteit een machtspositie zal ontstaan of worden versterkt waardoor de mededinging op de betrokken markt significant zal worden belemmerd. Met name ten aanzien van de waarschijnlijkheid van conglomerateffecten in de vorm van toekomstige gedragingen van de gefuseerde entiteit benadrukt het Gerecht dat de Commissie met deugdelijk bewijs dient te komen, dat niet uitsluitend mag bestaan uit gegevens betreffende gedragingen in het verleden. De Commissie dient met een voldoende mate van waarschijnlijkheid aan te tonen dat de nieuwe entiteit in de toekomst (na de concentratie) haar machtspositie op de éne relevante markt zal inzetten om ook op een andere relevante markt een machtspositie te verkrijgen of versterken.¹⁴ Het volstaat dus niet dat de Commissie aannemelijk maakt dat de uit de concentratie voortkomende entiteit het *vermogen* heeft om mededingingsbeperkende gedragingen (bijvoorbeeld in de vorm van koppelverkoop) toe te passen. Van de Commissie wordt verlangd dat zij op basis van deugdelijk bewijs aannemelijk maakt dat de onderneming in kwestie na de concentratie dergelijke praktijken waarschijnlijk daadwerkelijk zou toepassen, en dat daardoor in de relatief nabije toekomst een machtspositie op één of meer relevante markten in het leven zou worden geroepen of zou worden versterkt.¹⁵

Kortom, de Tetra- en GE/Honeywell-jurisprudentie legt een aanzienlijke bewijslast op de schouders van de Commissie waar het conglomerateffecten betreft.

De publicatie van de conceptrichtsnoeren lijkt enerzijds een codificatie van genoemde jurisprudentie, maar is tevens bedoeld als een duidelijk en helder kader waarbinnen de Commissie haar beoordeling van niet-horizontale concentraties zal laten plaatsvinden. Daarbij is van belang dat de Commissie in de conceptrichtsnoeren benadrukt dat deze inderdaad complementair zijn aan de in 2004 gepubliceerde 'Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies'. In de ogen van de Commissie zijn ook die richtsnoeren van belang bij de beoordeling van niet-horizontale concentraties. Dat is, om met de Commissie te spreken, omdat concentraties in het algemeen zowel horizontale als niet-horizontale effecten met zich brengen.¹⁶ Met andere woorden: deze conceptrichtsnoeren dienen (na vaststelling daarvan) te worden gebruikt naast de richtsnoeren uit 2004, omdat de werkelijkheid zich niet laat plooiën in het onderscheid horizontaal/niet-horizontaal.

⁹ Reeds aangehaald, noten 2 en 3.

¹⁰ GvEA 25 oktober 2002, Tetra Laval BV/Commissie, reeds aangehaald, rov. 154-160.

¹¹ GvEA 25 oktober 2002, Tetra Laval BV/Commissie, reeds aangehaald, rov. 161.

¹² GvEA 25 oktober 2002, Tetra Laval BV/Commissie, reeds aangehaald, rov. 308.

¹³ HvJ EG 15 februari 2005, Tetra Laval, reeds aangehaald, rov. 37-50.

¹⁴ 14 december 2005, General Electric Company/Commissie, reeds aangehaald, rov. 331-333, 354.

¹⁵ 14 december 2005, General Electric Company/Commissie, reeds aangehaald, o.a. rov. 405.

¹⁶ Conceptrichtsnoeren, randnummers 6-7.

Inhoud conceptrichtsnoeren

Dan de richtsnoeren zelf. De Commissie deelt de mening dat niet-horizontale concentraties in het algemeen tot minder mededingingsrechtelijke zorg aanleiding geven.¹⁷ Niettemin zijn er volgens de Commissie twee manieren waarop ook niet-horizontale concentraties de mededinging kunnen beperken. Zij maakt daarbij een onderscheid tussen zogenaamde 'niet-gecoördineerde effecten' ('non-coordinated effects') en 'gecoördineerde effecten' ('coordinated effects'). Met 'niet-gecoördineerde effecten' doelt de Commissie op niet-horizontale concentraties die leiden tot uitsluiting of markt afscherming. 'Gecoördineerde effecten' zijn die effecten die ontstaan wanneer door de concentratie de mededinging verandert omdat ondernemingen die eerder hun marktgedrag niet afstemden nu in een positie zijn gekomen waardoor markt afstemming met het oog op prijsverhogingen (of andere kwalijke gedragingen) meer voor de hand komt te liggen.¹⁸

De conceptrichtsnoeren gaan met name over de zogenaamde 'niet-gecoördineerde effecten'. Voor wat betreft de niet-gecoördineerde effecten ziet de Commissie twee gevaren. Ten eerste bestaat het risico van uitsluiting van, of markt afscherming ten opzichte van, daadwerkelijke of potentiële concurrenten in de *downstream*-markt die door de concentratie worden beperkt in hun toegang tot een belangrijke input in de vorm van goederen (grondstoffen of onderdelen), diensten, toegang tot infrastructuur of IE-rechten. Dit verschijnsel wordt door de Commissie 'input foreclosure' genoemd.¹⁹ Voorts wijst de Commissie op het gevaar van markt afscherming of uitsluiting ten opzichte van daadwerkelijke of potentiële concurrenten op de *upstream*-markt, omdat de mogelijkheid bestaat dat hun toegang tot een voldoende brede afnemersmarkt wordt beperkt.²⁰

Input foreclosure is volgens de Commissie alleen bezwaarlijk voor de mededinging wanneer de input van wezenlijk belang is voor het product op de *downstream*-markt. Dat kan te maken hebben met de prijs of met de onmogelijkheid zonder die input het product op de *downstream*-markt überhaupt te produceren of te kunnen verkopen. In de ogen van de Commissie kan zich dat probleem alleen voordoen indien de onderneming die het resultaat is van de verticale integratie marktmacht op de *upstream*-markt heeft. Alleen dan heeft die verticaal geïntegreerde onderneming immers een – belangrijke – invloed op de leveringscondities of prijzen op de *downstream*-markt.²¹

Of het verticaal geïntegreerde bedrijf tot uitsluiting of markt afscherming overgaat, hangt volgens de Commissie af van de winsten die dat bedrijf *upstream* en *downstream* kan genereren. Het is tegen die achtergrond dat de Commissie aangeeft bij haar beoordeling rekening te zullen houden met omstandigheden als eigendomsverhoudingen, de businessstrategieën die in het verleden werden gevolgd en/of de inhoud van de actuele businessplannen van het verticaal geïntegreerde bedrijf.²² In overeenstemming met de Tetra Laval/Sidel en GE/Honeywell-jurisprudentie geeft de Commissie aan dat zij in gevallen waar input foreclosure zich slechts kan voordoen mits de geïntegreerde onderneming een bepaald (mededingingsbeperkend) gedrag gaat vertonen, rekening zal houden met zowel de factoren die dergelijk gedrag in de hand werken als met de factoren die dergelijk gedrag zullen ontmoedigen of zelfs uitsluiten, zoals strijdigheid met (met name) het Europese mededingingsrecht en de kans op ontdekking van de mededingingsbeperkende gedragingen.²³

Afscherming van klanten op de *downstream*-markt kan zich voordoen wanneer een leverancier verticaal integreert met een belangrijke afnemer op de *downstream*-markt, waardoor de toegang tot voldoende (grote) afnemers voor de (potentiële) concurrenten van de

leverancier wordt afgesloten en hun mogelijkheden en drijfveren tot effectieve concurrentie worden vermindert. Ook kunnen de kosten voor de *downstream*-concurrenten stijgen doordat het voor hen moeilijker wordt grondstoffen of andere input tegen gunstige voorwaarden te verkrijgen dan in de situatie voorafgaand aan de concentratie, wat de geïntegreerde entiteit weer in staat kan stellen succesvol prijsverhogingen door te voeren op de *downstream*-markt.²⁴ Afscherming van klanten op de *downstream*-markt vormt alleen een probleem voor de mededinging indien bij de verticale concentratie een onderneming betrokken is die een belangrijke klant is op de *downstream*-markt; zijn er voldoende (grote) alternatieve afnemers dan ziet de Commissie geen problemen.²⁵

Zowel in geval van (dreigende) input foreclosure als bij (dreigende) afscherming van klanten op de *downstream*-markt kunnen efficiëntievoordelen ertoe leiden dat de Commissie de voorliggende transactie uiteindelijk toch positief beoordeelt, indien de mededingingsbevorderende effecten van die efficiëntievoordelen opwegen tegen de mededingingsbeperkende effecten die de concentratie zonder deze efficiëntievoordelen zou hebben. Het is aan de meldende partijen om de Commissie attent te maken op de aan de concentratie verbonden efficiëntievoordelen en om aannemelijk te maken dat, en in welke mate, deze zich zullen voordoen. In de conceptrichtsnoeren noemt de Commissie een aantal mogelijke efficiëntievoordelen die kenmerkend zijn voor (sommige) niet-horizontale concentraties, waaronder de hiervoor reeds genoemde voordelen (wegvallen van dubbele marges en transactiekosten).²⁶ Belangrijk is dat de efficiëntievoordelen naar de mening van de Commissie 'concentratiespecifiek' moeten zijn in die zin dat de voordelen niet ook zonder het tot stand brengen van de concentratie te realiseren zouden zijn. Dit vereiste speelt vaak een grote rol in geval van verticale concentraties, aangezien verticale overeenkomsten tussen de fuserende partijen (of met andere marktdeelnemers) in sommige gevallen tot dezelfde efficiëntievoordelen zouden kunnen leiden.²⁷

Voor wat betreft de 'gecoördineerde effecten' ziet de Commissie drie (soorten) aanwijzingen die het ontstaan van dit soort effecten aannemelijk maken. De eerste aanwijzing daarvoor is dat de genoemde bedrijven controle hebben over de vraag of de (mededingingsbeperkende) afspraken worden nageleefd. De gedachte van de Commissie is dat vermindering van het aantal spelers op de markt door de concentratie die controle gemakkelijker maakt. Een tweede aanwijzing is de sanctie die intreedt wanneer de ondernemingen zich niet aan de (mededingingsbeperkende) afspraken houden. De gedachte van de Commissie is dat verticale integratie de naleving van de gemaakte afspraken gemakkelijker maakt omdat de onderneming die zich er niet aan houdt 'gestraft' kan worden, omdat hij door de verticale integratie waarschijnlijk een belangrijke klant of afnemer

¹⁷ Conceptrichtsnoeren, randnummer 6.

¹⁸ Conceptrichtsnoeren, randnummers 17-19.

¹⁹ Conceptrichtsnoeren, randnummers 30-56.

²⁰ Conceptrichtsnoeren, randnummers 57-76.

²¹ Conceptrichtsnoeren, randnummer 33.

²² Conceptrichtsnoeren, randnummer 43.

²³ Conceptrichtsnoeren, randnummer 44.

²⁴ Conceptrichtsnoeren, randnummer 57.

²⁵ Conceptrichtsnoeren, randnummer 60.

²⁶ Conceptrichtsnoeren, randnummers 52-55.

²⁷ Conceptrichtsnoeren, randnummer 56.

is geworden. Een derde aanwijzing voor gecoördineerd gedrag is de mate waarin buitenstaanders kunnen inbreken op de markt waarop het gecoördineerde gedrag plaatsvindt. Door een verticale concentratie neemt het aantal derden dat op de markt kan inbreken af.

Met andere woorden: de kans op gecoördineerd marktgedrag neemt door een verticale concentratie toe.²⁸ Ook bij de conglomeratfusies acht de Commissie dit gevaar daadwerkelijk aanwezig.²⁹

In geval van conglomeratfusies (waarbij de te integreren ondernemingen anders dan in geval van een verticale concentratie veelal niet in een (potentiële) leverancier-klantrelatie tot elkaar staan) zal marktbescherming zich niet zozeer voordoen door het wegvallen van klanten of input voor concurrenten maar veeleer door specifiek mededingingsbeperkend gedrag van de geconcentreerde onderneming, zoals koppelverkoop of 'bundling' van producten of diensten. De Commissie wijst in de conceptrichtsnoeren op het risico dat de uit de concentratie voortkomende onderneming haar marktmacht in de éne markt gebruikt om concurrenten uit te sluiten in een andere, gerelateerde markt.³⁰ Bij de beoordeling van conglomeratfusies onderzoekt de Commissie achtereenvolgens of de gefuseerde onderneming de mogelijkheid zal hebben om markten af te scherm voor haar concurrenten, of er economische drijfveren aanwezig zouden zijn om dergelijk gedrag te vertonen én of een dergelijke marktbeschermingsstrategie een significant anticompetitief effect zou hebben waarvan consumenten de dupe worden.³¹ Op de Commissie rust bij de beoordeling van dit soort fusies, waar niet alleen de inherente gevolgen van de concentratie maar ook het toekomstige gedrag van de gefuseerde entiteit aan de orde is, een behoorlijk zware bewijslast, zoals blijkt uit de hiervoor besproken Tetra Laval/Sidel en GE/Honeywell-jurisprudentie.

Drempels voor inhoudelijke beoordeling: marktaandeel en concentratiegraad

De teneur van de conceptrichtsnoeren is duidelijk: ondanks het feit dat de Commissie de algemene visie deelt dat niet-horizontale concentraties de mededinging minder beperken dan horizontale concentraties, is er ook bij niet-horizontale concentraties voldoende reden tot zorg voor de mededinging. Die zorg is er volgens de Commissie niet wanneer het bedrijf dat na concentratie ontstaat marktmacht ontbeert. Tegen die achtergrond heeft de Commissie in de conceptrichtsnoeren marktaandeeldrempels gedefinieerd. Overschrijdt genoemd bedrijf die drempels niet dan is er voor de Commissie geen reden tot zorg.³²

Wanneer het marktaandeel van het bedrijf dat na concentratie ontstaat op de relevante markten minder dan 30% bedraagt én de concentratiegraad in die markten na de gemelde transactie (gemen volgens de zogenoemde HHI-index) beneden de 2000 ligt, zal de Commissie deze concentraties niet onderzoeken, tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden.³³ De Commissie waarschuwt wél

dat de marktaandeel- en concentratiegraaddrempels zullen gelden als een eerste indicator voor mededingingsrechtelijke bezwaren, en niet mogen worden opgevat als een 'legal presumption'.³⁴

Tot slot

Tot zover een korte samenvatting van de conceptrichtsnoeren. Vraag is natuurlijk hoe en wanneer de richtsnoeren, na afsluiting van de consultatieronde en de beoordeling door de Commissie van de ingekomen standpunten, een meer definitief karakter krijgen. In de tussentijd geven deze conceptrichtsnoeren de jurist in de praktijk echter al wel een stevig handvat voor de beoordeling van niet-horizontale concentraties en de voorbereiding van de melding daarvan.

²⁸ Conceptrichtsnoeren, randnummers 78-89.

²⁹ Conceptrichtsnoeren, randnummers 117-118.

³⁰ Conceptrichtsnoeren, randnummers 94-96.

³¹ Conceptrichtsnoeren, randnummer 93.

³² Conceptrichtsnoeren, randnummers 23-24.

³³ Conceptrichtsnoeren, randnummer 25.

³⁴ Er is dus geen sprake van een 'safe haven' voor ondernemingen naar analogie van – bijvoorbeeld – de Groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten.