

## Mededinging

# Zaak C-440/07 P, Commissie/Schneider Electric

## Niet-contractuele aansprakelijkheid van de Europese Commissie in fusiecontrole

Mr. M.F. Van Wissen\*

In zijn arrest van 16 juli 2009 in de zaak *Schneider Electric / Legrand* heeft het Hof van Justitie van de EG zich voor de eerste keer uitgesproken over de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Europese Commissie bij de beoordeling van concentraties onder de Europese Concentratieverordening. In het arrest wordt de mogelijkheid om de Commissie aansprakelijk te houden voor schade die het gevolg is van haar optreden bij de beoordeling van concentraties zonder meer aanwezig geacht. De voorwaarden voor deze aansprakelijkheid van de Commissie zijn echter strikt.

*EHvJ 16 juli 2009, zaak C-440/07P, Schneider/LeGrand, Pb.EU 2009, C 220, p. 4.*

## Inleiding

In oktober 2002 heeft het Gerecht in de zaak *Schneider Electric / Legrand* de beschikking van de Europese Commissie ('Commissie') vernietigd waarin het totstandbrengen van de aangemelde concentratie tussen Schneider Electric SA (hierna: Schneider) en Legrand SA (hierna: Legrand) werd verboden. Daarop stelde Schneider een ongekende schadevergoedingsactie tegen de Commissie in om de schade die zij had geleden door het handelen van de Commissie te verhalen. De belangrijkste schade bestond uit de waardevermindering van de over te nemen onderdelen, voor ongeveer 1,7 miljard euro.

Zoals beschreven in de bijdrage van Van Dam in dit tijdschrift twee jaar geleden heeft het Gerecht in 2007 geoordeeld dat de Commissie aansprakelijk kan worden gehouden voor niet-contractuele schade in concentratiezaken (*Schneider III*). In het geval van Schneider meende het Gerecht dat er een causaal verband bestond tussen het handelen van de Commissie en de door Schneider geleden schade en het kende aan Schneider tweederde van de door

Schneider geleden schade toe. Naar aanleiding van dit arrest zijn vele commentaren verschenen. Sommige auteurs zagen in de uitspraak een doorbraak voor niet-contractuele aansprakelijkheid van de Commissie in fusiecontrolezaken.<sup>1</sup> Anderen waren kritischer en uitten hun bedenkingen bij de door het Gerecht getrokken conclusies.<sup>2</sup>

Meer dan acht jaar na de bekendmaking van het openbare overnamebod door Schneider heeft het Europese Hof van Justitie van de EG (hierna: Hof) op 16 juli 2009 het oordeel van het Gerecht bevestigd dat de Commissie niet-contractueel aansprakelijk kan worden gehouden voor schade die het gevolg is van kennelijke en ernstige onrechtmatigheden bij de beoordeling van concentraties onder de Europese Concentratieverordening (*Schneider IV*). De vordering tot vergoeding van de schade die Schneider stelde te hebben geleden als gevolg van de verbodsbeschikking van de Commissie werd echter door het Hof grotendeels afgewezen. Volgens het Hof bestond er geen causaal verband tussen de door Schneider gestelde waardevermindering van haar aandelen in Legrand en het optreden van de Commissie. Hiermee heeft het Hof een strikte toetsingsmaatstaf aangelegd voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Commissie in fusiecontroleprocedures, waarbij de concrete omstandigheden van het geval een doorslaggevende rol spelen.

\* Mr. M.F. van Wissen is advocaat te Amsterdam bij De Brauw Blackstone Westbroek N.V.

1. Zie bijvoorbeeld P. Amador Sanchez, 'Schadeaansprakelijkheid van de Commissie in fusiecontrole', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2007, p. 129-130 en C.C. van Dam, 'Aansprakelijkheid van de Europese Commissie en de NMa voor falend toezicht op fusies en overnames', *NTER* 2007/12.
2. Zie bijvoorbeeld D. Bailey, 'Damages Actions Under the EC Merger Regulation', *CMLRev* 2007, p. 101-139 en P. Alexiadis, 'Studying Schneider', *European Lawyer* 2007, 9.

## Achtergrond

Op 15 januari 2001 maakte Schneider bekend een openbaar ruilaanbod uit te brengen op de aandelen van haar Franse rivaal Legrand. Schneider, zelf een van de grootste producenten van elektrische transmissieapparatuur, dacht met deze overname haar positie op de markt voor laagspanningsapparatuur te verstevigen. Gelijk aan de huidige Europese Concentratieverordening, was het destijds mogelijk een concentratie tot stand te brengen door middel van een openbaar bod zonder voorafgaande goedkeuring van de Commissie, mits de verkrijger de aan de deelneming verbonden stemrechten niet uitoefende dan wel enkel uitoefende om de waarde van zijn investering te handhaven op basis van een ontheffing van de Commissie.<sup>3</sup> Onder toepassing van deze bepaling verkreeg Schneider ongeveer 98 procent van de aandelen in Legrand.

Nadat de Commissie naar aanleiding van het eerste fase-onderzoek had geoordeeld dat er ernstige bedenkingen bestonden over de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt, startte de Commissie een uitgebreid tweedefase-onderzoek naar de mogelijke gevolgen van de transactie voor de mededinging op de relevante markten. Na Schneider in de gelegenheid te hebben gesteld zich te verweren tegen de door de Commissie geformuleerde punten van bezwaar, kwam de Commissie op 10 oktober 2001 tot het oordeel dat de concentratie tussen Schneider en Legrand onverenigbaar was met de gemeenschappelijke markt. Volgens de Commissie zou de fusie een machtspositie scheppen en in aanzienlijke mate een daadwerkelijke mededinging op bepaalde nationale markten belemmeren. De door Schneider voorgestelde remedies zouden volgens de Commissie de in de verbodsbeschikking geconstateerde belemmeringen niet oplossen.

Aangezien Schneider al over meer dan 98 procent van de aandelen in Legrand beschikte en dus feitelijk een concentratie tot stand had gebracht die achteraf onverenigbaar was met de gemeenschappelijke markt, gelastte de Commissie op 30 januari 2002 Schneider haar belang in Legrand binnen een termijn van negen maanden, eindigend op 5 november 2002, af te stoten en zo er voor te zorgen dat weer een daadwerkelijke mededinging tot stand zou worden gebracht.

Schneider is vervolgens tegen zowel de verbods- als scheidingsbeschikking in beroep gegaan bij het Gerecht. Ondertussen had zij echter ook voorbereidingen getroffen voor de overdracht van Legrand, voor het geval haar twee beroepen verworpen zouden worden en zij alsnog verplicht zou zijn haar belang te verkopen. Met het oog daarop sloot zij op 26 juli 2002 een verkoopovereenkomst met het consortium Wendel/KKR. Op basis van deze overeenkomst zou Schneider uiterlijk op 10 december 2002 haar aandelen in Legrand overdragen. Deze termijn bood Schneider de mogelijkheid de uitkomst van de procedures bij het Gerecht af te wachten. Hiertegenover stond echter

een korting op de koopprijs ter compensatie van het risico op waardevermindering dat Wendel/KKR in de tussentijd liep.

Uiteindelijk vernietigde het Gerecht op 22 oktober 2002 zowel de verbodsbeschikking (*Schneider I*) als de scheidingsbeschikking (*Schneider II*). Het Gerecht constateerde dat de Commissie Schneiders rechten van verdediging, neergelegd in artikel 18 lid 3 Concentratieverordening, had geschonden door in haar verbodsbeslissing voor het eerst het bezwaar naar voren te brengen dat Schneiders machtspositie op het gebied van de distributie van onderdelen van tussen- en eindverdelers in Frankrijk versterkt werd door de overheersende positie van Legrand in de sector eindapparatuur (*'reciprocal buttressing'*). Hierdoor was Schneider niet in de gelegenheid gesteld de volle omvang te onderkennen van de door de Commissie geconstateerde mededingingsproblemen en schond de verbodsbeschikking haar rechten van de verdediging. Zij was met name niet in de gelegenheid gesteld een voldoende vergaande afstoting van vermogensbestanddelen voor te stellen of andere maatregelen om de mededingingsproblemen te kunnen oplossen. Indirect was haar daarmee de mogelijkheid ontnomen om goedkeuring van de Commissie te verkrijgen.<sup>4</sup>

Daarop besloot de Commissie het onderzoek naar de concentratie tussen Schneider en Legrand te heropenen. Op 29 november 2002 informeerde zij Schneider dat de door haar voorgestelde remedies (wederom) onvoldoende waren om de door de Commissie geformuleerde bezwaren tegen de concentratie weg te nemen. Op dat moment leek Schneider er niet langer van overtuigd dat er een gerede kans bestond dat zij goedkeuring voor de transactie zou krijgen. Op 11 december 2002 informeerde zij de Commissie dat zij haar aandelen in Legrand op 10 december 2002 aan Wendel/KKR had overgedragen, waarmee tevens het onderzoek van de Commissie werd afgesloten. Bijna een jaar later, op 10 oktober 2003, heeft Schneider een vordering bij het Gerecht ingesteld tot vergoeding van de schade die zij stelt te hebben geleden als gevolg van de vernietigde verbodsbeslissing van de Commissie. De door Schneider gevorderde schade bestond voornamelijk uit het verschil tussen de door Schneider voor de aandelen in Legrand betaalde koopsom en de prijs die zij uiteindelijk van Wendel/KKR heeft ontvangen.

## Vereisten voor niet-contractuele aansprakelijkheid in fusiecontrole

De primaire vraag waarvoor het Hof zich gesteld zag, was of en onder welke voorwaarden de Commissie aansprakelijk kan worden gehouden voor schade die het gevolg is van haar optreden onder de Europese Concentratieverordening. Dit is een novum in het Europese mededingingsrecht. De toekenning van de door Schneider geleden

3. Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. EG 1989, L 395.

4. GvEA 22 oktober 2002, zaak T-310/01, *Schneider I*, r.o. 454-461.

schade zou mogelijk invloed hebben op het beleid van de Commissie in concentratiezaken en zou tot een terughoudender opstelling van de Commissie kunnen leiden, hetgeen de effectiviteit van het toezicht zou kunnen beperken.<sup>5</sup> Of zoals A-G Colomer het formuleerde:

‘Het belang van deze zaak schuilt meer dan in het enorme bedrag van de vordering, bijna 1 700 miljoen euro, in de eventuele invloed van de uitspraak van dit Hof op het economische beleid van het gemeenschapsorgaan dat over de mededinging moet waken.’<sup>6</sup>

De mogelijkheid tot het instellen van een schadevergoedingsactie tegen de Commissie bij fusiecontrole is niet voorzien in de Europese Concentratieverordening. Hiervoor dient te worden aangeknoopt bij artikel 288 EG-Verdrag (art. 340 VWEU) waarin uitdrukkelijk een mogelijkheid is gecreëerd de Gemeenschap aan te spreken op onrechtmatig handelen jegens personen en/of ondernemingen. In zoverre biedt de *Schneider*-zaak ook geen nieuwe ontwikkeling. De door het Hof gehanteerde criteria voor aansprakelijkheid van de Commissie voor haar handelen in concentratiezaken sluiten aan bij de eerder door haar ontwikkelde jurisprudentie in onder meer de zaken *Brasserie du Pêcheur* en *Factortame III*.<sup>7</sup> Uit deze jurisprudentie vloeit voort dat niet-contractuele aansprakelijkheid voor instellingen van de gemeenschap kan bestaan indien aan drie cumulatieve voorwaarden is voldaan, te weten (1) dat de geschonden rechtsregel ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen, (2) dat er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending en, (3) dat er een direct causaal verband bestaat tussen de schending van de op de staat rustende verplichting en de door de benadeelde personen geleden schade.

## 14 Ertoe strekken rechten toe te kennen

Dat er in het geval van *Schneider* sprake was van een geschonden rechtsregel die ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen, werd door de Commissie niet bestreden.<sup>8</sup> Dit is ook niet verwonderlijk gezien het feit dat het geschil zich toespitst op de toepassing van artikel 18 lid 3 van de Europese Concentratieverordening. Hierin is bepaald dat de Commissie haar beschikkingen uitsluitend op bezwaren baseert waarover de betrokken ondernemingen hun opmerkingen kenbaar hebben kunnen maken, en dat de Commissie de rechten ter zake van verdediging van die ondernemingen bij het verloop van de procedure ten volle dient te waarborgen. Hiermee rust uitdrukkelijk een plicht op de Commissie om het recht op

verdediging van ondernemingen, die een concentratie bij de Commissie melden, te waarborgen. De onderhavige zaak richt zich dan ook op de overige twee voorwaarden die aan de niet-contractuele aansprakelijkheid van de gemeenschap worden gesteld.

## Voldoende gekwalificeerde schending

Het is vaste rechtspraak van het Hof dat bij het vaststellen van een voldoende gekwalificeerde schending van het Gemeenschapsrecht dient te worden onderzocht of de Gemeenschapsinstelling de grenzen waarbinnen haar beoordelingsvrijheid dient te blijven, kennelijk en ernstig heeft overschreden.<sup>9</sup> Daarbij dient tevens rekening te worden gehouden met de complexiteit van de aan haar opgedragen taak. Wanneer de Gemeenschapsinstelling echter slechts een zeer beperkte of in het geheel geen beoordelingsmarge heeft, kan de enkele inbreuk op het Gemeenschapsrecht voldoende zijn voor de vaststelling van een gekwalificeerde schending.<sup>10</sup>

In het door de Commissie ingestelde beroep stond allereerst de vraag centraal of de Commissie de grenzen van haar bevoegdheid had overschreden door *Schneider* haar recht op verdediging te ontnemen. Volgens de Commissie had het Gerecht ten onrechte geoordeeld dat sprake zou zijn geweest van een voldoende gekwalificeerde schending van het Gemeenschapsrecht.

Het Hof laat echter geen onduidelijkheid bestaan over de beoordelingsmarge van de Commissie bij toepassing van artikel 18 lid 3 Europese Concentratieverordening. Deze is volgens het Hof zeer beperkt, of zelfs non-existent. Volgens het Hof impliceert artikel 18 lid 3 Concentratieverordening dat indien de Commissie een mededingingsprobleem heeft geconstateerd dat niet in de punten van bezwaar is genoemd of onduidelijk is geformuleerd, de Commissie dit bezwaar niet in haar beschikking kan betrekken ofwel de onderneming in staat dient te stellen hierop te reageren, inclusief de mogelijkheid om remedies voor te stellen. Met andere woorden: op de Commissie rust een uitdrukkelijke plicht om voorafgaand aan haar beschikking na te gaan of de betrokken ondernemingen in voldoende mate in de gelegenheid zijn gesteld om zich tegen de bezwaren van de Commissie te verweren.

Het verweer van de Commissie dat de te beoordelen concentratie zeer complex was, waardoor de kans op fouten in de juridische beoordeling van de feiten werd vergroot, wordt door het Hof afgewezen. Hetzelfde geldt voor het argument van de Commissie dat deze procedurele fout minder ernstig was omdat *Schneider* in de melding van de concentratie de mogelijkheid van ‘*reciprocal buttressing*’ had geadresseerd en zich dus bewust was van het mogelijke mededingingsrisico. Het Hof oordeelt dat deze omstandigheden niet tot het oordeel kunnen leiden dat

5. Zie ook D. Bailey, ‘Damages Actions Under the EC Merger Regulation’, *CMLRev* 2007, p. 101-139.

6. Conclusie van A-G Colomer van 3 februari 2009 in HvJ EG 16 juli 2009, zaak C-440/07P, *Schneider IV*, Pb. EU 2009, C 220, p. 4, r.o. 2.

7. HvJ EG 5 maart 1996, zaken C-46/93 en C-48/93, *Brasserie du Pêcheur* en *Factortame*, *Jur.* 1996, p. I-1029.

8. HvJ EG 16 juli 2009, zaak C-440/07P, *Schneider IV*, r.o. 162.

9. HvJ EG 19 april 2007, zaak C-282/05P, *Holcim (Deutschland)/Commissie*, r.o. 47.

10. *Ibid.*

geen sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van het Gemeenschapsrecht. Volgens het Hof zou de Commissie alleen in zeer bijzondere omstandigheden kunnen afzien van het waarborgen van het recht op verdediging. Dergelijke omstandigheden deden zich klaarblijkelijk in de onderhavige zaak niet voor.

De *Schneider*-zaak is gezien de evidente schending van het recht op verdediging ook uitzonderlijk. Het lijkt aannemelijk dat wanneer een verbodsbeschikking van de Commissie wordt vernietigd, hetgeen reeds uitzonderlijk is, deze vernietiging niet snel (enkel) zal zijn gebaseerd op een evidente schending van procedurele rechten van verdediging, maar betrekking zal hebben op de economische analyse – ofwel de motivering – van de door de Commissie gegeven beschikking. In zoverre bood de *Schneider*-zaak een eenvoudig feitenkader voor de beoordeling van de vraag of sprake was van een voldoende gekwalificeerde schending.

Het voorgaande wordt bevestigd door de uitspraak van het Gerecht in de *MyTravel*-zaak. Ongeveer tegelijkertijd met *Schneider* heeft *MyTravel* in 2003 een schadevergoedingsactie tegen de Commissie ingesteld naar aanleiding van een door het Gerecht vernietigde verbodsbeschikking, waarin de concentratie tussen *Airtours* en *First Choice* door de Commissie was verboden. In tegenstelling tot de *Schneider*-zaak, stond in de *MyTravel*-zaak de economische analyse centraal die de Commissie bij de beoordeling had toegepast en waarvan het Gerecht reeds had geoordeeld dat de Commissie niet rechtens genoegzaam in haar beschikking had vastgesteld dat de concentratie een collectieve machtspositie in het leven zou roepen die de mededinging kon belemmeren.<sup>11</sup> *MyTravel* meende dan ook dat zij recht had op vergoeding van de door haar geleden schade, ongeveer 518 miljoen pond, als gevolg van de door de Commissie ten onrechte gegeven verbodsbeschikking.

Niettemin oordeelde het Gerecht, in overeenstemming met haar eigen, eerder gewezen arrest *Schneider III*, dat de schending van een wettelijke verplichting bij fusiecontrole door de Commissie, hoe betreurenswaardig ook, niet zonder meer een voldoende gekwalificeerde schending van het Gemeenschapsrecht oplevert.<sup>12</sup> Het Gerecht voegde hieraan toe dat het bij fusiecontrole in het algemeen om ingewikkelde economische analyses gaat waarin gemakkelijk bepaalde onvolkomenheden kunnen sluipen. Daar komt nog eens bij dat de analyse voor een deel prospectief is en de Commissie aan korte termijnen is gebonden. In die omstandigheden kan volgens het Gerecht een onjuistheid in de weergave van de feiten of in de redenering niet altijd ernstig genoeg worden geacht om de aansprakelijkheid van de gemeenschap te doen intreden.<sup>13</sup> Daarnaast herinnerde het Gerecht eraan dat de Commis-

sie als communautaire mededingingsautoriteit over een zekere beoordelingsvrijheid beschikt. Op basis van deze overwegingen kwam het Gerecht tot het oordeel dat de Commissie weliswaar fouten heeft gemaakt in haar analyse van de voorgestelde concentratie, maar dat het om eenvoudige beoordelingsfouten gaat die geen niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap met zich kunnen brengen. De vordering van *MyTravel* werd dan ook afgewezen.

## Voldoende causaal verband

Terwijl het Gerecht in *MyTravel* nadere invulling heeft gegeven aan het tweede vereiste voor niet-contractuele aansprakelijkheid van de Commissie bij fusiecontrole, staat in de *Schneider*-zaak met name het derde en laatste vereiste, een *voldoende causaal verband*, centraal. In beroep betoogt de Commissie dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat er een voldoende causaal verband bestond tussen het handelen van de Commissie en de schade die *Schneider* heeft geleden als gevolg van de verkoop van *Legrand*.

Het Gerecht heeft zich bij dit oordeel gebaseerd op het gegeven dat *Schneider* zich ingevolge de verbodsbeschikking genoodzaakt zag om een potentiële koper voor *Legrand* te zoeken, maar tegelijkertijd de mogelijkheid open hield de effectieve overdracht van *Legrand* uit te stellen tot 10 december 2002 (deze datum lag ruimschoots na de verwachte datum van de uitspraak in beroep). Dit was volgens het Gerecht een direct gevolg van het handelen van de Commissie. Bijgevolg moest, volgens het Gerecht, worden aangenomen dat er een voldoende rechtstreeks oorzakelijk verband bestond tussen de door het Gerecht vastgestelde gekwalificeerde schending van het Gemeenschapsrecht en de schade die *Schneider* heeft geleden doordat zij de voor *Legrand* te betalen prijs heeft moeten verlagen in ruil voor het uitstel van de effectieve overdracht van *Legrand* aan *Wendel/KKR*.

Het Hof gaat met deze redenering van het Gerecht niet mee. Volgens het Hof is het evident dat *Schneider*'s beslissing om *Legrand* te verkopen primair is ingegeven door haar angst dat de Commissie, op basis van een nieuw onderzoek, wederom zou concluderen dat de transactie onverenigbaar was met de gemeenschappelijke markt. Volgens het Hof is het risico dat een concentratie onverenigbaar wordt verklaard echter inherent aan iedere fusiecontroleprocedure. Dat geldt zowel voor de primaire procedure als in de situatie dat de verbodsbeschikking van de Commissie is vernietigd en de administratieve procedure is hervat. Onder deze laatste omstandigheden zouden er volgens het Hof twee mogelijke uitkomsten zijn geweest: of (1) de Commissie zou de concentratie alsnog verenigbaar hebben geoordeeld, of (2) de Commissie zou wederom hebben geoordeeld dat de concentratie onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, in welk geval *Schneider* alsnog verplicht zou zijn geweest *Legrand* te verkopen. Ook dit laatste is volgens het Hof inherent aan de geboden mogelijkheid in artikel 7 lid 3 Europese Con-

11. GvEA 9 september 2008, zaak T-212/03, *MyTravel*, Pb. EU 2005, C 106, r.o. 11.

12. GvEA 9 september 2008, zaak T-212/03, *MyTravel*, r.o. 43 en GvEA 11 juli 2007, zaak T-351/03, *Schneider III*, r.o. 123.

13. In *MyTravel* diende de Commissie te oordelen over de eventuele toestandbrenging van een collectieve machtspositie, die oligopolide en niet slechts duopolistisch van aard is, een buitengewoon complexe economische situatie.



concentratieverordening een concentratie te implementeren door een openbaar bod uit te brengen voordat de Commissie hierover een besluit heeft genomen.

Het Hof komt dan ook tot het oordeel dat het Gerecht een fout heeft gemaakt bij de juridische beoordeling van de feiten, aangezien de gevorderde schade het directe gevolg was van de beslissing van Schneider om Legrand aan Wendel/KKR te verkopen, waartoe zij onder de gegeven omstandigheden niet verplicht was. Het feit dat Schneider een boete van 180 miljoen euro aan Wendel/KKR verschuldigd was bij niet-nakoming van de koopovereenkomst doet hier volgens het Hof niets aan af. Deze boete was volgens het Hof een direct gevolg van de koopovereenkomst die Schneider had gesloten, waartoe zij volgens het Hof dus niet verplicht was.

## Niet-contractuele aansprakelijkheid in fusiecontroles, maar onder uitzonderlijke omstandigheden

Het arrest van het Hof vormt in zekere zin een anticlimax voor diegenen die na *Schneider III* in de veronderstelling verkeerden dat de Commissie eenvoudig aansprakelijk kan worden gehouden voor fouten in een fusiecontroleprocedure en de daaruit voortvloeiende schade. Niettemin biedt het arrest een aantal duidelijke criteria waaraan het handelen van de Commissie kan worden getoetst.

De belangrijkste conclusie die uit het arrest kan worden getrokken is dat de Commissie ook in fusiecontrolezaken – zoals door het Gerecht in *Schneider III* in 2007 reeds was aangenomen – niet-contractueel aansprakelijk kan worden gehouden voor schade die het gevolg is van onrechtmatig handelen. De beoordeling van de Commissie van concentraties dient op zorgvuldige wijze plaats te vinden, met inachtneming van de procedurele vereisten die aan deze beoordeling worden gesteld. Indien naderhand komt vast te staan dat de Commissie onzorgvuldig heeft gehandeld, bestaat de mogelijkheid dat zij hiervoor aansprakelijk wordt gehouden. De beoordelingsmaatstaf die door het Hof en het Gerecht voor niet-contractuele aansprakelijkheid van de Commissie wordt aangelegd is echter zeer hoog en zal niet snel tot een verplichting tot schadevergoeding door de Commissie leiden.

Allereerst volgt uit *MyTravel*, en meer impliciet uit *Schneider IV*, dat het zeer lastig is om aan te tonen dat de Commissie in haar beoordeling van de concentratie zodanige fouten heeft gemaakt dat sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending. Een enkele onjuistheid in de weergave van de feiten of in de redenering van de Commissie zal in het algemeen niet ernstig genoeg worden geacht om de aansprakelijkheid van de Gemeenschap te doen intreden. Dit is echter anders in een situatie waarin de Gemeenschapsinstelling slechts een zeer beperkte of in het geheel geen beoordelingsmarge heeft, zoals in het geval van *Schneider*. In dat geval kan de enkele inbreuk

op het Gemeenschapsrecht voldoende zijn voor de vaststelling van een gekwalificeerde schending.

Daarnaast volgt uit *Schneider IV* dat zelfs wanneer een partij weet aan te tonen dat het handelen van de Commissie in een concentratiezaak een voldoende gekwalificeerde schending oplevert, een beroep op deze schending in veel gevallen niet noodzakelijk tot niet-contractuele aansprakelijkheid van de Commissie zal leiden wegens het ontbreken van een voldoende causaal verband tussen de laakbare handelingen van de Commissie en de door de betrokken partij(en) geleden schade. Voor deze beoordeling heeft het Hof een strikte beoordelingsmaatstaf aangelegd. Uitgangspunt is dat de risico's die zijn verbonden aan de fusiecontroleprocedure uitdrukkelijk door het Hof bij de meldende partij(en) worden neergelegd. Dit geldt voor zowel de situatie waarin een onderneming voor een eerste maal een concentratie bij de Commissie meldt, als de situatie waarin een eerdere verbodsbeschikking wordt vernietigd en de Commissie een nieuw onderzoek instelt. Eventuele tussentijdse waardeverminderingen gedurende de fusiecontroleprocedure kunnen in beginsel de Commissie niet worden aangerekend en blijven voor rekening van partijen. Dat geldt ook als de Commissie gedurende deze procedure fouten heeft gemaakt bij de beoordeling van de transactie. Een schrale troost is de toewijzing aan *Schneider* door het Gerecht – en in stand gelaten door het Hof – van een vergoeding van de uitgaven die zijn gedaan in het kader van het hervatten van de concentratieprocedure na de vernietiging van de verbodsbeschikking en de scheidingsbeschikking.<sup>14</sup> Maar dat is uiteraard slechts een pleister op de zere wond in een situatie zoals die van *Schneider* waarin deze kosten in het niet vallen bij de schade die zij heeft geleden als gevolg van de waardevermindering van de aandelen in *Legrand*.

*Schneider IV* onderstreept de noodzaak voor partijen en hun (juridische) adviseurs vooraf een nauwkeurige inschatting te maken van de mededingingsrechtelijke risico's die aan een voorgenomen transactie zijn verbonden. Naarmate het risico op een afwijzende beschikking meer aanwezig is, dienen zij zich de vraag te stellen of dit risico aanvaardbaar is en welke partij onder omstandigheden daadwerkelijk het risico draagt. Aangenomen moet worden dat *Schneider*, met de huidige kennis van zaken, nooit een openbaar bod op *Legrand* had uitgebracht vanwege de daaraan verbonden risico's.

14. Dit zijn slechts de kosten die verband houden met de hernieuwde administratieve procedure en niet (1) de kosten voor de gevoerde beroepsprocedures, (2) kosten voor adviseurs in verband met de verkoop van *Legrand* en/of (3) kosten die *Schneider* zou hebben gemaakt met betrekking tot mogelijke remedies die verband houden met de mogelijkheid tot *buttressing* wanneer de Commissie *Schneiders* recht op verdediging niet zou hebben geschonden.