

Mededinging

Concentratietoezicht en industriebeleid: tussen protectionisme en mededingingstoezicht

Mr. Y. de Vries en mr. E.M.R.H. Vancraybex*

Het besluit van de Commissie om de fusie tussen Siemens en Alstom te verbieden heeft tot veel kritiek geleid. Het concentratietoezicht zou aan het ontstaan van Europese kampioenen op het mondiale speelveld in de weg staan. Verschillende lidstaten hebben opgeroepen tot een hervorming van het concentratietoezicht om beter rekening te houden met belangen van industriebeleid. Gedacht wordt aan een bevoegdheid voor de Raad om door de Commissie verboden concentraties alsnog goed te keuren op grond van overwegingen van industriebeleid dan wel een versoepeling van de analysekaders van de Commissie. In deze bijdrage gaan wij in op de rol van industriebeleid in het concentratietoezicht en de voor- en nadelen van de hervormingsvoorstellen, mede in het licht van de praktijk in de lidstaten. Wij concluderen dat er betere oplossingen denkbaar zijn. Voor zover industriepolitieke ‘correcties’ op de zuivere mededingingstoets toch in het concentratietoezicht worden ingebouwd, gaat onze voorkeur uit naar een goedkeuringsbevoegdheid voor de Raad waarbij de scheidslijn tussen de objectieve mededingingstoets en meer subjectieve politieke beslissingen helder blijft.

Hervorming van het Europese industriebeleid staat hoog op de agenda van de EU. In mei 2019 heeft de Raad een nieuw industriebeleid vastgesteld. De politieke discussie over de invulling van deze agenda is in alle hevigheid gevoerd en ook nog niet geluwd. Een centraal thema in die discussie is het versterken van het concurrentievermogen van de Europese Unie en Europese ondernemingen. De slagkracht van Europese ondernemingen op het mondiale speelveld is namelijk tanende.¹

* Mr. Y. (Yvo) de Vries is advocaat bij Allen & Overy te Amsterdam. Mr. E.M.R.H. (Eline) Vancraybex is advocaat bij Allen & Overy te Amsterdam.

1. Zie bijvoorbeeld Europese Investeringsbank, Restoring EU competitiveness, 2016, www.eib.org/attachments/efs/restoring_eu_competitiveness_en.pdf.

Een groep lidstaten, aangevoerd door Duitsland en Frankrijk, oefent grote politieke druk uit om de regulatoire beperkingen die in de weg staan aan de vorming van nieuwe ‘Europese kampioenen’ weg te nemen. Het concentratietoezicht is daarbij een belangrijk doelwit. Het zou hervormd moeten worden om beter rekening te kunnen houden met afwegingen van industriebeleid. Het besluit van de Commissie om de Siemens-Alstom-fusie te verbieden is een *cause célèbre* gebleken in de strijd om hervorming. Hoewel de discussie over de rol van industriepolitiek in het concentratietoezicht niet nieuw is, lijkt de politieke druk voor hervorming nu groter dan ooit. Het is een belangrijk thema dat op het bord van de nieuwe Commissie is komen te liggen. In deze bijdrage gaan wij in op hervormingsvoorstellen en de voor- en nadelen die daaraan kleven.

Inleiding

Op 6 februari 2019 besloot de Commissie om de fusie tussen het Duitse Siemens en het Franse Alstom te verbieden. Daarmee was de fusie van de baan. Zowel Duitsland als Frankrijk heeft zeer kritisch gereageerd op dat besluit. De kern van die kritiek is dat de Commissie te weinig rekening zou hebben gehouden met de industriële belangen van de Europese Unie. In het bijzonder door het ontstaan van een Europese kampioen te verbieden, die beter in staat zou zijn om de concurrentie aan te gaan op mondiaal niveau. Teleurstelling en kritiek na een verbodsbeschikking zijn niet ongebruikelijk. Meestal waait dat weer over. Deze keer lijkt dat echter anders te zijn. Frankrijk en Duitsland hebben gezamenlijk opgeroepen tot een hervorming van het Europese mededingingsbeleid, waaronder het concentratietoezicht.²

2. Frans-Duits Manifest, Duits Bondsministerie voor Economie en Energie en Frans ministerie voor Economie en Financiën, ‘A Franco-German Manifesto for a European industrial policy fit for the 21st Century’, 19

Polen heeft zich daarbij aangesloten.³ Daarnaast heeft Frankrijk een uitgebreid rapport uitbracht met hervormingsvoorstellen. Deze ontwikkelingen worden door de Commissie – terecht – serieus genomen.⁴

In deze bijdrage gaan wij eerst in op de rol van industriebeleid in het huidige Europese concentratietoezicht en de door Frankrijk en Duitsland geleide hervormingsinitiatieven, die wij in het licht plaatsen van de veranderende Europese industriële politiek. Tegen die achtergrond gaan wij in op twee varianten die naar voren komen in de hervormingsdiscussie. De eerste is het introduceren van de mogelijkheid om een verbodsbeschikking van de Commissie te ‘overrulen’ op grond van overwegingen van industriebeleid. De tweede komt neer op het ‘flexibiliseren’ van bepaalde beginselen van het concentratietoezicht om beter rekening te kunnen houden met overwegingen van industriebeleid. Wij vergelijken dit vervolgens met de praktijk in de lidstaten. Tot slot gaan wij in op de wenselijkheid van de voorgestelde wijzigingen: gaat het hier om een protectionistische reflex die bij voorkeur (net als in het verleden) onderdrukt moet worden, of zitten hier toch elementen in die serieus overwogen moeten worden?

De rol van industriebeleid in het concentratietoezicht

Het Europees mededingingsbeleid staat niet los van, maar is eerder een essentieel onderdeel van het industriebeleid. Mededinging stimuleert een efficiënte productie, innovatie en aanwending van middelen en zorgt ervoor dat Europese ondernemingen ook competitief zijn in het mondiale speelveld.⁵ Het is een van de kernwaarden van de interne markt.⁶ Het mededingingsbeleid kan echter ook gevolgen hebben die, vanuit het oogpunt van industriële politiek, onwenselijk kunnen worden geacht, zoals een verbod van een concentratie die in een ‘Europese kampioen’ op het mondiale speelveld had moeten resulteren. De vraag of met dergelijke belangen rekening moet worden gehouden bij het toepassen van het concentratietoezicht of daarover moeten prevaleren, is een terugkerend thema.

februari 2019, www.gouvernement.fr/en/a-franco-german-manifesto-for-a-european-industrial-policy-fit-for-the-21st-century.

3. Gezamenlijk standpunt van Duitsland, Frankrijk en Polen, Duits Bondsministerie voor Economie en Energie, Frans ministerie voor Economie en Financiën en Pools ministerie van Ondernemerschap en Technologie, ‘Modernising EU Competition Policy’, 4 juli 2019, www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/modernising-eu-competition-policy.pdf.
4. Brochure van de Europese Commissie, ‘EU Industrial Policy After Siemens-Alstom. Finding a new balance between openness and protectionism’, 18 maart 2019, https://ec.europa.eu/epsc/sites/epsc/files/epsc_industrial-policy.pdf.
5. N. Kroes, ‘Industrial Policy and Competition Law and Policy’, *Fordham International Law Journal* 2006, nr. 5, p. 1401.
6. Zo blijkt uit de preambule van het VWEU en Protocol 27 van het VEU.

In de begindagen van de EEG was niet voorzien in concentratietoezicht.⁷ De overheersende gedachte was dat fusies van Europese ondernemingen juist bevorderd moeten worden zodat deze nieuwe Europese kampioenen de concurrentie met hun grotere concurrenten uit de Verenigde Staten en Japan aan zouden kunnen.⁸ Geleidelijk ontstond echter het inzicht dat concentraties ook schadelijk kunnen zijn en werd gedacht aan een systeem van Europees concentratietoezicht. Het eerste voorstel voor een concentratieverordening bevatte een door de Commissie toe te passen verbod op mededingingsbeperkende concentraties.⁹ De Commissie kon dat verbod buiten toepassing verklaren voor concentraties die onmisbaar werden geacht voor de verwezenlijking van een doel dat in het algemeen belang van de Gemeenschap van hoger belang werd geacht.¹⁰ Daarmee werd bewust de mogelijkheid open gelaten om overwegingen van industriebeleid te laten prevaleren over een zuivere mededingingstoets. Bij de totstandkoming van de eerste concentratieverordening heeft de Commissie zich,¹¹ uiteindelijk met succes, verzet tegen het mee laten wegen van industriebeleid bij de beoordeling van concentraties. De toets werd een zuiver mededingingsrechtelijke.¹² Alleen in de preambule was nog een vage verwijzing te vinden naar industriebeleid.¹³

De huidige concentratieverordening gaat ook uit van een zuivere mededingingstoets:¹⁴ of een concentratie de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze zou belemmeren, met name als resultaat van het in het leven roepen of versterken van een machtspositie. De Commissie dient daarbij wel rekening te houden met, onder andere, de ontwikkeling van de technische en economische vooruitgang voor zover deze in het voordeel van de consument is en geen belemmering vormt voor de mededinging: zogenoemde efficiëntiever-

7. In tegenstelling tot het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal, dat in art. 66 wel voorzag in een vorm van concentratietoezicht.
8. R. Joliet, *Monopolization and abuse of dominant position*, Den Haag: Nijhoff 1970, p. 259-268; D. Gerber, *Law and competition in twentieth century Europe: protecting Prometheus*, Oxford: Oxford University Press 2001, p. 347-348.
9. Art. 1 lid 1 Voorstel voor een verordening (EEG) van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEG* 1973, C-92/1.
10. Art. 1 lid 3 Voorstel voor een verordening (EEG) van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEG* 1973, C-92/1.
11. Verordening (EEG) nr. 4064/89 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEG* 1989, L 395/1.
12. N. Levi en C. Cook, *European Merger Control Law: A Guide to the Merger Regulation*, New York: LexisNexis Matthew Bender 2019, par. 2.03.
13. Overweging 12 van Verordening (EG) nr. 4064/89 waarin staat dat ‘de Commissie bij haar beoordeling moet uitgaan van het algemene kader van de verwezenlijking van de in artikel 2 van het Verdrag bedoelde fundamentele doelstellingen, inclusief de versterking van de economische en sociale samenhang van de Gemeenschap als bedoeld in artikel 130 A van het Verdrag’.
14. Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEU* 2004, L 24/1.

beteringen.¹⁵ De Commissie heeft deze toets economisch ingekleurd. Alleen efficiënties in de vorm van kostenbesparingen of innovatie worden meegewogen.¹⁶ Deze benadering laat geen ruimte voor het goedkeuren van concentraties die de mededinging beperken, maar om overwegingen van industriebeleid toch wenselijk kunnen zijn. In het algemeen wordt deze concentratiepraktijk van de Commissie als objectief ervaren. Zaken worden beslist op grond van hun economische merites en subjectieve politieke overwegingen lijken daar geen rol in te spelen.¹⁷ Wat deze beknopte geschiedenis echter laat zien is dat het heel goed anders had kunnen zijn en nog steeds anders kan. De huidige discussie over de rol van industriebeleid in het concentratietoezicht is niet nieuw, maar leeft weer opnieuw op.

Het Frans-Duitse manifest

Op 6 februari 2019 besloot de Commissie de fusie tussen het Duitse Siemens en het Franse Alstom, de grootste Europese treinproducenten, te verbieden.¹⁸ Deze fusie werd in zowel Duitsland als Frankrijk gezien als een noodzakelijke combinatie om op lange termijn de concurrentie aan te kunnen met de grootste Chinese treinproducent ter wereld. Beide lidstaten hebben sterke politieke druk uitgeoefend op de Commissie om de fusie goed te keuren. Andere lidstaten ageerden tegen goedkeuring, tenzij substantiële concessies werden gedaan.¹⁹ Eurocommissaris Vestager verdedigde het verbod als noodzakelijk omdat de fusie de mededinging op de markt voor seinsystemen zou belemmeren.²⁰ De hoofdeconoom van de Commissie beschreef het als 'one of the great moments, where you're doing something that feels right'.²¹ De reacties vanuit Duitsland en Frankrijk waren minder enthousiast: de Commissie werd een grote mate van kortzichtigheid verweten.²² Amper twee weken na het verbieden van de *Siemens-Alstom*-fusie verscheen een Frans-Duits manifest (hierna: het Manifest) waarin, onder andere, werd opgeroepen tot de modernisering van het Europese mededingingsbeleid. Een van de (voorspelbare) kernpunten van

het Manifest is dat het Europese concentratietoezicht moet worden aangepast om beter rekening te houden met de geo-economische belangen van de Unie.²³ Hoewel het Manifest vaak in verband wordt gebracht met de *Siemens-Alstom*-zaak, heeft het een veel bredere betekenis in het kader van de herziening van het Europese industriebeleid. Ten tijde van deze zaak was de strategische meerjarenagenda voor het Europese industriebeleid aan vervanging toe.²⁴ In de politiek werd daarop vooruitgelopen. In december 2018 deden negentien lidstaten al een oproep om het Europese mededingingsbeleid te hervormen.²⁵ Die hervormingen zouden het mogelijk moeten maken om Europese kampioenen te creëren. De vrees bestaat namelijk dat de EU en Europese ondernemingen achterop dreigen te raken in de internationale concurrentieslag. Die vrees is niet ongegrond. De afgelopen tien jaar hebben Europese ondernemingen een behoorlijke stap terug gedaan ten opzichte van hun concurrenten uit met name China en de Verenigde Staten.²⁶

Op 5 februari 2019 deed Duitsland al een voorzet voor een nieuwe strategische agenda voor het Europese industriebeleid.²⁷ Hervorming van het concentratietoezicht om Europese Kampioenen te bevorderen is een belangrijk onderdeel daarvan.²⁸ Het Manifest bouwt daarop voort onder de noemer '*a European industrial policy fit for the 21st Century*'.²⁹ Daarin staan drie thema's centraal: (1) grootschalig investeren in innovatie, (2) aanpassing van de mededingingsregels om beter rekening te houden met overwegingen van industriebeleid en (3) betere bescherming van Europese technologieën, ondernemingen en markten. Wat het concentratietoezicht betreft, worden twee hervormingsopties genoemd. De eerste is het flexibiliseren van bepaalde analysekaders van het concentratietoezicht om meer rekening te houden met internationale concurrentie. De tweede is een bevoegdheid voor de Raad om in specifieke gevallen concentraties die de Commissie heeft verboden alsnog goed te keuren.

15. Art. 2 lid 1 onder b Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEU* 2004, L 24/1.

16. Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEU* 2004, C-31/5, par. 79-81.

17. A. Jones en J. Davies, 'Merger Control and the Public Interest: Balancing EU and National Law in the Protectionist Debate', *European Competition Journal* 2014, p. 453; A. Bradford, R.J. Jackson en J. Zytrnick, 'Is EU Merger Control Used for Protectionism? An Empirical Analysis', *Journal of Empirical Legal Studies* 2018, p. 165.

18. Besluit van de Europese Commissie van 6 februari 2019 in zaak M.8677, *Siemens/Alstom*.

19. B. Thompson en R. Toplensky, 'Competition regulators lobby to halt Siemens-Alstom merger', *Financial Times* 20 december 2018.

20. Persbericht van de Europese Commissie, *Commission prohibits Siemens's proposed acquisition of Alstom* (IP/19/881), 6 februari 2019.

21. T.M. Valletti, 'Valle-dictory Tour Discussion', *MLex* 10 juli 2019.

22. Zie bijvoorbeeld 'Après l'éche de la fusion Alstom-Siemens, Altmaier et Le Maire: "Nous allons proposer une adaptation du droit européen de la concurrence"', *Le Monde* 7 februari 2019.

23. Frans-Duits Manifest, 19 februari 2019, par. 2.

24. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, 'Een geïntegreerd industriebeleid in een tijd van mondialisering Concurrentievermogen en duurzaamheid centraal stellen' (COM/2010/0614), 28 oktober 2010.

25. J. Valero, '19 EU countries call for new antitrust rules to create European champions', *Euractiv.com* 19 december 2018.

26. Tien jaar geleden waren 28 van de honderd meest waardevolle ondernemingen gevestigd in de EU. Dat zijn er nu zeventien en na Brexit slechts twaalf. Zie 'The EU's industrial-policy fans want to go back to the 70's', *The Economist* 22 december 2018. Dat China nu als grootste dreiging wordt gezien volgt onder meer ook uit: M. Acton en K. Del Vecchio, 'EU merger rules must be amended to address Chinese clout, Merkel insists', *MLex* 4 juni 2019.

27. Duits Bondsministerie voor Economie en Energie, 'National Industrial Strategy 2030, Strategic Guidelines for a German and European Industrial Policy', 5 februari 2019, www.bmw.de/Redaktion/EN/Publikationen/Industry/national-industry-strategy-2030.pdf?__blob=publicationFile&v=9.

28. Duits Bondsministerie voor Economie en Energie, 5 februari 2019, p. 11-12.

29. Frans-Duits Manifest, 19 februari 2019.

Op het punt van de herziening van de mededingingsregels hebben Frankrijk, Duitsland en Polen op 4 juli 2019 een nader voorstel gedaan.³⁰ Daarin wordt nader uiteengezet op welke punten de analysekaders zouden moeten worden aangepast. Namelijk, meer flexibiliteit in de wijze waarop potentiële toetreding wordt beoordeeld, het betrekken van de rol van overheidssubsidiëring bij deze beoordeling en meer duidelijkheid op het punt van marktafbakening en de wijze waarop efficiëntieverbeteringen worden beoordeeld. Ook zou de Commissie bij het bepalen van de toepasselijkheid van de concentratieverordening de regels voor de berekening van omzet van staatsondernemingen nauwgezet(ter) moeten toepassen.³¹ Opvallend is dat dit voorstel niet meer rept van een goedkeuringsrecht voor de Raad. Wel wordt geopperd dat het adviescomité van de lidstaten waar de concentratieverordening in voorziet de Commissie actiever moet gaan adviseren.³²

De Commissie heeft op het Manifest gereageerd met een soort tegenmanifest.³³ Daarin wordt gesteld dat versoepeling van het mededingingsbeleid en het concentratietoezicht geen oplossing is voor de eigenlijke problemen die ten grondslag liggen aan het relatief zwakke concurrentievermogen van de Europese industrie. Daar zouden andere maatregelen geschikter voor zijn. In de eerste plaats door eerlijke concurrentie in de internationale handel na te streven. Met name door aanscherping van de regels van de WTO en het versterken van het vermogen van de Unie om defensieve handelsmaatregelen te nemen,³⁴ zoals screening van directe investeringen door investeerders uit derde landen in de Europese Unie. In de tweede plaats door te investeren in innovatie en strategische sectoren, wat een renaissance van de interne markt zou moeten opleveren.³⁵ In een aantal lidstaten, zoals Nederland,³⁶ Zweden, België,

Finland, Denemarken en Portugal,³⁷ heeft het Manifest op dit punt weerklank gekregen. De President van het Gerecht heeft zich ook uitgesproken tegen de ‘onterechte’ Frans-Duitse kritiek en de ‘extreme’ optie van een goedkeuringsrecht voor de Raad.³⁸ Toch is het momentum voor een hervorming van het concentratietoezicht nog niet afgenomen. In mei 2019 heeft de Raad zijn visie geschetst voor het industriebeleid van de toekomst: de Europa 2030 Strategie.³⁹ In deze visie staan externe handelsbedreigingen centraal. Een van de thema's in die visie is dat de interne markt ondernemingen in staat moet stellen om te groeien en te concurreren en dat onnodige regulatoire beperkingen dienen te worden weggenomen.⁴⁰ Dat is koren op de molen voor de voorstanders van een hervorming van het concentratietoezicht. Het is nu aan de Commissie om deze strategische visie nader uit te werken.

Het rapport van het Franse ministerie van economische zaken

Het Franse ministerie van economische zaken heeft op 30 april 2019 een rapport gepubliceerd waarin de hervormingsopties nader worden beschouwd (hierna: het Rapport).⁴¹ In het Rapport wordt een (nadere) stap teruggenomen van het voorstel om de Raad een goedkeuringsrecht te geven. De rapporteurs spreken zich uit tegen een goedkeuringsrecht voor de Raad omdat het tot politieke verdeeldheid zou kunnen leiden, rechtsonzekerheid oproept en een dergelijke hervorming waarschijnlijk niet op voldoende steun van de Commissie en andere lidstaten kan rekenen. Een andere optie die wordt genoemd, is het oprichten van een onafhankelijk mededingingsorgaan binnen de Commissie dat een dergelijk goedkeuringsrecht zou kunnen uitoefenen. Voor beide mogelijkheden erkennen de rapporteurs dat dit wijzigingen van zowel de concentratieverordening als het VWEU vereist, waarvoor op dit moment onvoldoen-

30. Gezamenlijk standpunt van Duitsland, Frankrijk en Polen, Duits Bondsministerie voor Economie en Energie, Frans Ministerie voor Economie en Financiën en Pools Ministerie van Ondernemerschap en Technologie, 4 juli 2019.

31. Gezamenlijk standpunt van Duitsland, Frankrijk en Polen, Duits Bondsministerie voor Economie en Energie, Frans Ministerie voor Economie en Financiën en Pools Ministerie van Ondernemerschap en Technologie, 4 juli 2019, p. 1-3.

32. Art. 23 lid 2 Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEU* 2004, L 24/1; Gezamenlijk standpunt van Duitsland, Frankrijk en Polen, Duits Bondsministerie voor Economie en Energie, Frans Ministerie voor Economie en Financiën en Pools Ministerie van Ondernemerschap en Technologie, 4 juli 2019, p. 3.

33. Brochure van de Europese Commissie, 'EU Industrial Policy After Siemens-Alstom. Finding a new balance between openness and protectionism', 18 maart 2019, https://ec.europa.eu/epsc/sites/epsc/files/epsc_industrial-policy.pdf, p. 10-12.

34. Brochure van de Europese Commissie, 'EU Industrial Policy After Siemens-Alstom. Finding a new balance between openness and protectionism', 18 maart 2019, p. 10-12. Waarmee met name wordt bedoeld dat China de status van 'developing economy' verliest.

35. Brochure van de Europese Commissie, 'EU Industrial Policy After Siemens-Alstom. Finding a new balance between openness and protectionism', 18 maart 2019, p. 13-17, zie in vergelijkbare zin directeur-generaal mededinging, J. Laitenberger, 'Die Weltwirtschaft im Umbruch – Herausforderungen für die EU-Wettbewerbspolitik', toespraak van 19 juni 2019.

36. *Kamerstukken II* 2018/19, 30821, nr. 73.

37. N. McNelis, 'EU merger law overhaul finds few friends among smaller governments', *Mlex* 27 mei 2019.

38. M. Jaeger, 'Le droit de la concurrence en danger?', toespraak tijdens het 4^{ème} Journée Luxembourgeoise du Droit de la Concurrence bij de Luxemburgse Kamer van Koophandel op 11 juni 2019.

39. Conclusies van de Raad van 27 mei 2019, 'An EU Industrial Policy Strategy: a Vision for 2030 – Council conclusions (adopted on 27/05/2019)', 9706/19 COMPET 433 IND 185 MI 476.

40. Conclusies van de Raad van 27 mei 2019, 'An EU Industrial Policy Strategy: a Vision for 2030 – Council conclusions (adopted on 27/05/2019)', 9706/19 COMPET 433 IND 185 MI 476, punt 5.

41. Blonde e.a., 'La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE' van de Inspection Générale des Finances en Conseil Général de l'Économie in opdracht van de Franse minister van Economie en Financiën en de staatssecretaris, april 2019, www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cge/Rapports/Rap2018/CGE_Rapport_M-105-03-UE.pdf, tevens in het Engels beschikbaar: www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cge/Rapports/Rap2018/CGE_Rapport_M-105-03-UE_English.pdf.

de politieke steun lijkt te bestaan onder de lidstaten.⁴² In plaats daarvan borduurt het Rapport voort op de voorstellen om de bestaande analysekaders van het Europese concentratietoezicht op bepaalde punten te flexibiliseren. Dit wordt gepresenteerd als een relatief eenvoudig te implementeren alternatief dat geen grote institutionele wijzigingen vereist. De voorstellen hebben zowel een inhoudelijk als organisatorisch karakter.

De Commissie zou moeten worden 'aangemoedigd' om bij de beoordeling van concentraties beter rekening te houden met langetermijfactoren. Meer concreet zou bij de beoordeling van markttoetreding verder in de tijd moeten worden gekeken dan de nu geldende norm van twee jaar.⁴³ De Commissie zou daarbij meer rekening moeten houden met de dynamiek van de markt en de specifieke mogelijkheden van potentiële toetreders. Dit voorstel, dat ook wordt genoemd in het Manifest, sluit aan bij de kritiek op het besluit in de *Siemens/Alstom*-zaak. Namelijk, dat de Commissie te weinig rekening zou houden met het concurrentievermogen op de langere termijn van ondernemingen uit derde landen. Bij deze beoordeling zou de Commissie ook moeten betrekken of potentiële toetreders op grote schaal subsidies ontvangen die toetreding zouden kunnen vergemakkelijken en bespoedigen. Omdat de gevolgen van een concentratie moeilijk te voorzien zouden zijn, wordt in het Rapport ook voorgesteld om vaker gebruik te maken van gedragsremedies in plaats van onomkeerbare structurele remedies. Dat zou betekenen dat de voorkeur van de Commissie voor structurele remedies zou moeten komen te vervallen.⁴⁴ Daarnaast zou de mogelijkheid om gedragsremedies te herzien niet meer beperkt moeten zijn tot uitzonderlijke omstandigheden.⁴⁵

Verder zouden de regels rond efficiëntieverbeteringen verduidelijkt moeten worden. Onder de concentratieverordening moet de Commissie bij de beoordeling van concentraties rekening houden met de ontwikkeling van de technische en economische vooruitgang, voor zover deze in het voordeel van de consument is en geen belemmering vormt voor de mededinging.⁴⁶ In het Rapport wordt voorgesteld om de laatste voorwaarde te vervangen door 'de mededinging niet uitschakelt'. De voorgestelde tekst sluit aan bij de tekst van artikel 101 lid 3 VWEU en vergroot ogenschijnlijk de mogelijkheid om een concentratie op grond van efficiëntieverbeteringen goed te keuren. Naast deze inhoudelijke voorstellen

bevat het Rapport organisatorische voorstellen. Volgens de rapporteurs zou er te weinig overleg plaatsvinden tussen DG concurrentie en de andere departementen. De rapporteurs doen daarom enkele voorstellen voor het verbeteren van het intra-institutionele overleg. Daarnaast zou een team van industrie-experts de *case teams* moeten gaan ondersteunen bij het beoordelen van remedievoorstellen.⁴⁷

Vergelijking met de praktijk in de lidstaten

In het Manifest wordt niet uiteengezet hoe een goedkeuringsrecht voor de Raad zou moeten worden ingericht. Er wordt enkel gesproken van een '*right of appeal to the Council*'.⁴⁸ Kenmerkend is dat de uiteindelijke beslissing niet bij de Commissie ligt, maar bij een politiek orgaan: de Raad. In het Rapport wordt geopperd dat de lidstaten een concentratie voor zouden kunnen leggen aan de Raad. Daarnaast wordt in het Rapport ingegaan op een scenario waarbij een onafhankelijk orgaan binnen de Commissie bevoegd zou zijn om concentraties opnieuw te toetsen op gronden van algemeen belang.⁴⁹ Beide modellen komen niet uit de lucht vallen. Het spanningsveld tussen industriebeleid en concentratietoezicht bestaat namelijk niet alleen op Unieniveau, maar ook op het niveau van de lidstaten. Een aantal lidstaten kent al een mechanisme waarmee corrigerend kan worden opgetreden als het concentratietoezicht tot uitkomsten leidt die vanuit het oogpunt van industriepolitiek onwenselijk zijn.⁵⁰ Daarbij vallen globaal twee varianten te onderscheiden. In de eerste plaats die waarbij een politiek orgaan bevoegd is om een concentratiebeschikking van een mededingingsautoriteit te *overrulen* op gronden van algemeen belang, waaronder industriebeleid. In de tweede plaats de mogelijkheid van een mededingingsautoriteit om al bij het nemen van een concentratiebeschikking rekening te houden met dergelijke overwegingen.⁵¹ Wij gaan hierna op beide varianten in.

In Duitsland kan de minister van Economische Zaken en Energie, op verzoek van partijen, een door het Bundeskartellamt verboden concentratie alsnog goed-

42. Blonde e.a., 'La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE' van de Inspection Générale des Finances en Conseil Général de l'Économie in opdracht van de Franse minister van Economie en Financiën en de staatssecretaris, april 2019, p. 30-35.

43. Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEU* 2004, C-31/05, punt 74.

44. Mededeling van de Commissie betreffende op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad en Verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie aanvaardbare corrigerende maatregelen, *PbEU* 2008, C-267/1, punt 15, 22 en 61.

45. Mededeling van de Commissie betreffende op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad en Verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie aanvaardbare corrigerende maatregelen, *PbEU* 2008, C-267/1, punt 71-76.

46. Art. 2 lid 1 onder b Verordening (EG) nr. 139/2004.

47. Blonde e.a., 'La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE' van de Inspection Générale des Finances en Conseil Général de l'Économie in opdracht van de Franse minister van Economie en Financiën en de staatssecretaris, april 2019, p. 30.

48. In het gezamenlijk standpunt van Duitsland, Frankrijk en Polen wordt deze optie niet genoemd, waarmee niet is gezegd dat deze optie van tafel is.

49. Blonde e.a., 'La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE' van de Inspection Générale des Finances en Conseil Général de l'Économie in opdracht van de Franse minister van Economie en Financiën en de staatssecretaris, april 2019, p. 30, p. 34.

50. Duitsland, Frankrijk, Nederland, Oostenrijk, Portugal en Spanje. België en Noorwegen hebben deze bevoegdheid afgeschafte.

51. Naar het voorbeeld van Polen en Italië; Hongarije kent een derde variant: de mogelijkheid om het concentratietoezicht buiten toepassing te verklaren voor een bepaalde concentratie.

keuren wanneer de concurrentiebeperkende effecten van de concentratie worden gecompenseerd door de voordelen voor de economie als geheel of als de concentratie wordt gerechtvaardigd door een groter publiek belang. Daaronder valt ook het concurrentievermogen van de betrokken ondernemingen op markten die buiten het bereik van de wet (lees: in het buitenland) liggen. De minister kan voorwaarden verbinden aan zijn besluit.⁵² In de afgelopen twintig jaar is drie keer een dergelijke goedkeuring verleend. In twee zaken gingen concurrenten met succes in beroep tegen het ministeriële besluit (vanwege procedurele fouten van de minister) en werd uiteindelijk een schikking bereikt. Het laatste besluit dateert van vorig jaar.⁵³ In slechts een van die zaken speelde overwegingen van internationaal concurrentievermogen een rol.⁵⁴ Andere belangen die werden meegewogen waren bescherming van de werkgelegenheid,⁵⁵ bescherming van de gasvoorziening⁵⁶ en het belang van de energietransitie en de daarmee verbonden klimaatdoelinden.⁵⁷

Nederland en Portugal kennen een systeem dat vergelijkbaar is met het Duitse. In Nederland kan de minister van Economische zaken op aanvraag, nadat de ACM een vergunning heeft geweigerd, alsnog een vergunning verlenen indien naar zijn oordeel gewichtige redenen van algemeen belang, die zwaarder wegen dan de te verwachten belemmering van de mededinging, daartoe nopen.⁵⁸ Voorbeelden van zwaarwegende maatschappelijke belangen zijn staatsveiligheid (defensie) of zeer substantiële werkgelegenheid die ook op korte termijn doorwerkt of het efficiëntiebelang van schaalvergroting om de concurrentie op markten buiten Nederland aan te kunnen.⁵⁹ Tot dusver is twee keer een beroep gedaan op de minister. Eén verzoek werd afgewezen en het andere werd toegewezen.⁶⁰ In het laatste geval – de door de ACM verboden fusie tussen PostNL en Sandd – verleende de minister voorwaardelijke goedkeuring op grond van het belang van een goede en betaalbare postdienstverlening en bescherming van de arbeidsvoorwaarden van mensen met een zwakkere positie op de arbeidsmarkt. Portugal kent een vergelijkbare ministeriële goedkeuringsbevoegdheid, waar tot dusver slechts één keer met succes, zij het onder strenge voorwaarden, een beroep op is gedaan. In dat geval prevaleerden de

belangen van de ontwikkeling van een strategische sector en versterking van de internationale concurrentiekracht over het mededingingsbelang.⁶¹

Frankrijk en Spanje kennen een ruimere ministeriële bevoegdheid om in te grijpen nadat de mededingingsautoriteit een concentratiebesluit heeft genomen. De Franse minister van Economische Zaken kan zich op eigen initiatief bevoegd verklaren ten aanzien van een concentratie waarin de Autorité de la concurrence een besluit heeft genomen. De minister kan een besluit nemen op grond van afwegingen van algemeen belang, waaronder industriële ontwikkeling, het internationale concurrentievermogen en het creëren dan wel behouden van werkgelegenheid.⁶² Deze bevoegdheid is niet beperkt tot zaken waarin een verbodsbeschikking is afgegeven. De minister kan ook ingrijpen bij een goedgekeurde concentratie, bijvoorbeeld door de voorwaarden aan te passen. Tot dusver is dat één keer gebeurd met het oog op het behoud van werkgelegenheid.⁶³ Spanje kent een vergelijkbare interventiebevoegdheid. De minister van Economische zaken kan een concentratie die is verboden of die onder voorwaarden is goedgekeurd, doorverwijzen naar de ministerraad. De ministerraad kan de concentratie al dan niet onder (andere) voorwaarden, goedkeuren op gronden van algemeen belang. Deze bevoegdheid is laatstelijk in 2012 toegepast: de voorwaarden van een goedkeuringsbeschikking werden gematigd in het belang van het behoud van de pluriformiteit van de media.⁶⁴

In de hiervoor genoemde lidstaten is een politiek orgaan bevoegd om een concentratiebeschikking van een mededingingsautoriteit te ‘overrulen’. In enkele andere lidstaten, zoals Polen en Italië, is de mededingingsautoriteit zelf bevoegd om een concentratie die op mededingingsbezwaren stuit alsnog goed te keuren om redenen van algemeen belang. In Polen kan de voorzitter van de Poolse mededingingsautoriteit een dergelijke goedkeuring verlenen als de concentratie kan bijdragen aan de algemene belangen van de technische en economische vooruitgang en positieve invloed op de nationale economie.⁶⁵ Tot dusver zijn weinig concentraties goedgekeurd op deze grond en er zijn geen recente voorbeelden van een dergelijke goedkeuring.⁶⁶ De Italiaanse

52. Art. 42 Duitse Mededingingswet.

53. Besluit van de Duitse Bondsminister voor Economie en Energie van 19 augustus 2019, IB 2-20302/14-02 (*Zollern-Miba*).

54. Besluit van de Duitse Bondsminister voor Economie en Energie van 18 september 2002, IB 1-220840/129 (*E.ON-Ruhrigas*).

55. Besluit van de Duitse Bondsminister voor Economie en Energie van 17 maart 2016, IB 2-220850/01 (*Kaiser's Tengelmann-EDEKA*).

56. Besluit van de Duitse Bondsminister voor Economie en Energie van 18 september 2002, IB 1-220840/129 (*E.ON-Ruhrigas*).

57. Besluit van Duitse Bondsminister voor Economie en Energie van 19 augustus 2019, IB 2-20302/14-02 (*Zollern-Miba*).

58. Art. 47 lid 1 Mededingingswet.

59. *Kamerstukken II 1996/97*, 24707, nr. 6, p. 69; *Kamerstukken II 1995/96*, 24707, A, p. 19.

60. Minister van EZ, 22 juni 1999, ES/MW-M 99039903-b17 (*Jaarbeurs/RAI*); EZK, 'Besluit inzake aanvraag tot toepassing van artikel 47 van de Mededingingswet', *Kamerstukken II 2019/20*, 29502, nr. 174, Bijlage 903548.

61. Besluit van de Portugese minister van Economie en Innovatie van 7 juni 2006, zaak 22/2005 (*AEO-Brisa*).

62. Dit recht werd geïntroduceerd in Wet Nr. 2008-776 van 4 augustus 2008 (modernisering van de economie), zie art. L. 441-7-1 II *Handelswetboek*.

63. Besluit van de Franse minister van Economie en Financiën van 19 juli 2018, n° 602 (*Agripole-Financière Cofigeo SAS*).

64. Besluit van de Spaanse Ministerraad van 27 augustus 2012 (*Antena 3/La Sexta*).

65. Art. 20 lid 2 Poolse wet inzake concurrentie en consumentenbescherming van 16 februari 2007.

66. Het merendeel van die buitengewone goedkeuringsbesluiten betreft procedures waarbij de staatskas is betrokken of een overheidsprogramma wordt gerealiseerd. Zie bijvoorbeeld het besluit van het Pools Bureau voor Mededinging en Consumentenbescherming van 8 juni 2002, DDI-61/02, betreffende de verkrijging van zeggenschap door *Zagranicznego Bumar Sp. z o.o.* over vijftien andere ondernemingen, dat een onderdeel vormde van een overheidsprogramma in de defensie-industrie. De voorzitter van de Poolse mededingingsautoriteit heeft daarnaast in 2011 nog de test van algemeen belang toegepast, maar

mededingingsautoriteit kan een mededingingsbeperkende concentratie goedkeuren op grond van het algemeen belang van de nationale economie, voor zover de mededinging niet volledig wordt weggenomen of dermate wordt beperkt dat dit niet kan worden gerechtvaardigd door het algemeen belang.⁶⁷ Voor de toepassing van deze uitzondering moet de Italiaanse regering voorafgaand richtsnoeren hebben verstrekt. Dit is tot op heden nog niet gebeurd zodat deze bevoegdheid (nog) geen praktische betekenis heeft. De mogelijke toepassing van het mechanisme werd wel in 2008 overwogen tijdens een poging om Alitalia te redden. Uiteindelijk ging de voorkeur uit naar een alternatieve urgentiemaatregel: *ad hoc* decreet nr. 134/2008 op grond waarvan concentraties die grote publieke belangen dienen, worden vrijgesteld van het concentratietoezicht.⁶⁸ De Italiaanse mededingingsautoriteit werd met het decreet gedwongen om de transactie goed te keuren, zij het met gedragsremedies.⁶⁹

De hiervoor beschreven praktijk in de lidstaten laat zien dat een bevoegdheid om concentratiebesluiten van een mededingingsautoriteit te *overrulen* op verschillende manieren kan worden ingericht. Deze bevoegdheid kan beperkt zijn, in de zin dat alleen concentraties die door een mededingingsautoriteit zijn verboden op verzoek kunnen worden goedgekeurd, tot zeer verstrekkend, in de zin dat alle concentratiebesluiten voorwerp kunnen zijn van een interventie op eigen initiatief van de bevoegde autoriteit. Het Manifest lijkt uit te gaan van de beperktere variant. Daarnaast zijn er verschillen in welke autoriteit bevoegd is: de mededingingsautoriteit zelf of een politiek orgaan. Het Manifest gaat uit van het laatste: toetsing door de Raad.

Voorts blijkt uit de nationale praktijk dat bescherming van internationaal concurrentievermogen tot nu toe zelden een doorslaggevend overweging is geweest om ministeriële goedkeuring te verlenen. Dat zou op Europees niveau uiteraard anders kunnen zijn. Het Europese concentratietoezicht is immers juist gericht op grensoverschrijdende concentraties waarbij overwegingen van internationaal concurrentievermogen naar verwachting eerder een rol zullen spelen. Tot slot blijkt uit de Duitse praktijk dat een politiek besluit tot goedkeuring voorwerp kan zijn van rechterlijke toetsing, wat

schorsing en/of vernietiging tot gevolg kan hebben. Het ligt in de rede dat een besluit van de Raad tot goedkeuring van een door de Commissie verboden concentratie ook voorwerp kan zijn van een beroep tot nietigverklaring.

Weging van de hervormingsvoorstellen

De hervormingsvoorstellen die worden gedaan om het concentratietoezicht te kunnen bijsturen op grond van overwegingen van industriële politiek zijn dus niet zonder precedent in de lidstaten. Maar hoe wenselijk is het om op Europees niveau in een dergelijk interventiemiddel te voorzien, en welk model zou dan gekozen moeten worden? Wij gaan hierna in op de twee opties die in de hervormingsvoorstellen naar voren komen: een ministerieel goedkeuringsrecht en aanpassing van de bestaande analysekaders van het concentratietoezicht. De praktijk in de lidstaten laat zien dat zich situaties voor kunnen doen waarbij het wenselijk is om een concentratie die onder het concentratietoezicht is verboden (of onder voorwaarden is goedgekeurd) alsnog (onder andere voorwaarden) goed te keuren. Wat is er dan op tegen om een vergelijkbare bevoegdheid in te voeren op Europees niveau? Wij zien hier twee complicerende factoren.⁷⁰

In de eerste plaats het inherente gebrek aan transparantie en het risico van subjectiviteit van een dergelijke goedkeuring. Het is op voorhand moeilijk te voorzien welke beleidsafwegingen in een concreet geval kunnen nopen tot goedkeuring van een verboden concentratie. De goedkeuringsgronden zouden, net als in de lidstaten die een dergelijke bevoegdheid kennen, zeer ruim omschreven moeten worden om voldoende flexibiliteit te behouden. Dat komt de transparantie van een dergelijk oordeel niet ten goede en wekt al snel de indruk van subjectiviteit. Die subjectiviteit is vrijwel gegeven als een mededingingsbeperkende concentratie van een 'Europese kampioen' wordt goedgekeurd op grond van politieke overwegingen terwijl tegen concentraties van ondernemingen uit derde landen wel nog streng wordt opgetreden. Hierbij ontstaat het gevaar dat concentratietoezicht zal worden ingezet als een instrument van handelspolitiek. In dat geval moet er ook rekening mee worden gehouden dat derde landen zouden kunnen reageren met represailles, bijvoorbeeld door (als de concentratie ook daar is aangemeld) goedkeuring te weigeren of eigen nationale kampioenen voor te trekken onder het eigen concentratietoezicht.⁷¹ Het Europese concentratietoezicht wordt hiermee niet alleen onvoorspelbaarder,

constateerde dat er onvoldoende rechtvaardiging bestond om een fusie tussen twee grote energiebedrijven goed te keuren (zie Besluit van het Pools Bureau voor Mededinging en Consumentenbescherming van 13 januari 2011, DDK-1/2011 (PGA/Energa)).

67. Art. 25 Italiaanse mededingingswet (wet nr. 287 van 10 oktober 1990).
68. Hoewel het decreet niet specifiek van toepassing was op de luchtvaartindustrie, maar op fusies van grote ondernemingen in financiële nood die tot 30 juni 2009 werden gerealiseerd, viel in de praktijk alleen de fusie van Alitalia en Air One onder de reikwijdte van het decreet.
69. Besluit van de Italiaanse mededingingsautoriteit (*Autorità garante della Concorrenza e del Mercato-AGCM*) van 3 december 2008, zaak C9812 (*Compagnia Aerea Italiana/Alitalia Linee Aeree Italiane – Airone*); omdat het uiteindelijke besluit hier alsnog door de mededingingsautoriteit wordt genomen en niet door de minister, weliswaar op basis van een *ad-hoc*decreet en niet op grond van de mededingingswet, wijkt deze variant af de Hongaarse variant waarbij het concentratietoezicht volledig buiten toepassing kan worden verklaard en de mededingingsautoriteit geen rol toekomt.

70. Zie ook N. Levy, D.R. Little en H. Mostyn, 'European champions – Why politics should stay out of EU merger control', *Concurrentes* 2019, nr. 2, p. 23.

71. Bijvoorbeeld de weigering van China om de overname van NXP door Qualcomm goed te keuren, zie T. Mitchell, T. Bradshaw en D. Weinland, 'China's suffocation of Qualcomm-NXP merger signals new era', *Financial Times* 26 juli 2018.

maar kan dus ook onvoorspelbare tegenreacties uitlokken.

Een tweede complicerende factor is het bereiken van evenwichtige politieke consensus over welke concentraties op welke gronden van industriebeleid alsnog moeten worden goedgekeurd. In het bijzonder onder de kleinere lidstaten die zich verzetten tegen dit voorstel, leeft de vrees dat grotere lidstaten politieke druk zullen uitoefenen om hun eigen nationale kampioenen voor te trekken. Dit lijkt de reden te zijn dat ook Nederland, dat zelf een dergelijke bevoegdheid kent, zich heeft uitgesproken tegen een vergelijkbare bevoegdheid op Europees niveau.⁷² De Oostenrijkse mededingingsautoriteit heeft een vergelijkbaar standpunt ingenomen, terwijl ook die lidstaat een vorm van ministeriële goedkeuring kent.⁷³ De oplossing zou kunnen zijn om deze bevoegdheid te beleggen bij een onafhankelijk orgaan van de Commissie, zoals dat ook was bedacht in het eerste voorstel voor een concentratieverordening.⁷⁴ Het valt echter sterk te betwijfelen of een dergelijke, bij uitstek politieke bevoegdheid, thuishoort bij de Commissie. Indien deze optie wordt doorgevoerd, lijkt de Raad ons een gepaster gremium voor politieke besluiten, met hooguit een adviserende rol voor de Commissie.⁷⁵

Tot slot moeten de institutionele complicaties van een dergelijk goedkeuringsrecht niet worden onderschat. Wij delen de conclusie in het Rapport dat het invoeren van een dergelijke goedkeuringsbevoegdheid waarschijnlijk een verdragwijziging zal vergen. Maar zelfs als dat lukt, dan voorzien wij procedurele uitdagingen. Politieke besluitvorming is kwetsbaar voor *'regulatory capture'*. Om te voorkomen dat het concentratietoezicht een voorwerp van achterkamertjespolitiek wordt, zou in een zorgvuldig proces moeten worden voorzien waarin belanghebbenden de gelegenheid krijgen om hun standpunt naar voren te brengen. De Duitse praktijk laat zien wat er kan gebeuren als daar niet (voldoende) in is voorzien: schorsing of vernietiging door de rechter. Tegelijkertijd laat dit ook zien dat het belangrijk is dat een dergelijk goedkeuringsrecht – ook eventueel op Europees niveau – aan rechterlijke toetsing is onderworpen. Het is echter van belang om zich te realiseren dat deze toetsing zich waarschijnlijk met name zal richten op het proces, nu een politiek oordeel zich doorgaans slechts leent voor zeer marginale rechterlijke toetsing. Gelet op deze complicaties zijn wij er niet van overtuigd dat de voordelen van het invoeren van een ministerieel goedkeuringsrecht op Europees niveau opwegen tegen de hiervoor genoemde nadelen.

De in het Rapport geschetste optie van het versoepelen van de bestaande analysekaders van het Europese con-

centratietoezicht heeft het ogenschijnlijke voordeel van een *'quick fix'*. Er zijn immers geen institutionele wijzigingen nodig. De Commissie hoeft zich alleen maar wat flexibeler op te stellen.⁷⁶ Met name door beter te kijken naar de groepsstructuur en omzet van ondernemingen uit derde landen,⁷⁷ meer rekening te houden met *'langetermijneffecten'* waarmee met name wordt bedoeld markttoetreding van ondernemingen uit derde landen op de middellange termijn en het verduidelijken van de eisen ten aanzien van efficiëntieverbeteringen. Hoewel dit aantrekkelijk klinkt, schuilt in dit voorstel wellicht het grootste gevaar voor het insluipen van subjectiviteit en protectionisme in het concentratietoezicht, ten koste van de rechtszekerheid. Dit is met name een risico indien de huidige kaders worden versoepeld om uitkomsten mogelijk te maken die weliswaar politiek wenselijk zijn, maar die vanuit een mededingingsrechtelijk oogpunt kwetsief zijn. Het Europees concentratietoezicht, dat nu nog als objectief wordt gezien, dreigt dan gepolitiseerd te raken. Ook in dat geval kan gevreesd worden voor tegenmaatregelen onder het concentratietoezicht van derde landen. Wij menen dat deze optie daarom potentieel schadelijker is dan de eerste optie, waar de scheidslijn tussen objectief mededingingstoezicht en subjectieve politieke beslissingen tenminste duidelijk blijft.

Tot slot moet niet vergeten worden dat er altijd nog een derde optie is: namelijk het Europese concentratietoezicht laten zoals het is. De verminderde concurrentiekracht van Europese ondernemingen is het gevolg van verschillende factoren. Een groot deel daarvan houdt verband met de achterblijvende competitiviteit van de interne markt. De oplossing zou hier moeten worden gezocht in maatregelen gericht op het stimuleren van de interne markt. Andere factoren houden verband met de al dan niet vermeende maatregelen van derde landen om eigen ondernemingen oneerlijk te bevoordelen, bijvoorbeeld door het toekennen van staatssteun. De oplossing zou hier moeten worden gezocht in maatregelen om deze oneerlijke bevoordeling tegen te gaan. Deze derde optie is in wezen wat de Commissie voorstelt in haar brochure. Deze optie lijkt steeds meer tractie te krijgen. Zo heeft de Nederlandse regering in een *position paper* voorgesteld dat de Commissie maatregelen moet kunnen nemen tegen ondernemingen uit derde landen die door middel van staatssteun of andere middelen een oneerlijk

72. *Kamerstukken II* 2018/19, 30821, nr. 73.

73. Position Paper van het Oostenrijkse Bundeswettbewerbsbehörde van 26 november 2019, www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/PDFs/Positionspapier_European_Champions_EN.pdf.

74. En ook nogmaals is geopperd in de voorstellen voor een 'European competition agency', zie K. van Miert, 'The proposal for a European competition agency', *Competition Policy Newsletter* 1996, nr. 2.

75. Onder Verordening (EU) 2019/452 heeft de Commissie ook (niet meer dan) een adviserende rol.

76. Dat daarnaast ook het Europees Parlement bij het eventueel flexibiliseren van bestaande regels een rol wil spelen, volgt uit een recent conceptrapport van het Europees Parlement waarin het kenbaar maakt meer betrokken te willen zijn bij onder meer het bepalen en ontwikkelen van het mededingingsrecht en het opstellen van *soft law* instrumenten. Zie Economische en Monetaire Commissie van het Europees Parlement, rapporteur S. Yon-Courtin, *Draft report on the Annual Report on EU Competition Policy (2019/2131(INI))*, 26 november 2019; alsook de voorgestelde amendementen: Economische en Monetaire Commissie van het Europees Parlement, *Amendments 1-335 to Competition policy – annual report 2019 (2019/2131(INI))* (PE641.227v01-00), 10 januari 2020.

77. Wat in de praktijk al gebeurt, zie J. de Kok, 'Chinese SOE's under EU Competition Law', *World Competition* 2017, p. 583.

voordeel genieten op de interne markt.⁷⁸ Dit voorstel is door de Commissie positief ontvangen en wordt terecht serieus onderzocht.⁷⁹ Wij menen dat deze route, die de directe oorzaken van gebrekkige competitiviteit aanpakt, een betere oplossing is dan symptoombestrijding in de vorm van industriepolitieke uitzonderingen op het concentratietoezicht die ten koste gaan van de mededinging.

Conclusie

De *Siemens-Alstom*-zaak was in wezen olie op een smeuwend vuur. De aloude discussie over de plaats van industriebeleid en Europese kampioenen in het concentratietoezicht is daarmee opnieuw opgelaaid. Alleen de bron van de externe dreiging is anders: waar vroeger werd gevreesd voor concurrentie uit de Verenigde Staten en Japan, wordt nu China als de grootste dreiging gezien. Hoewel er vanuit verschillende lidstaten, waaronder Nederland, weerstand bestaat tegen het Manifest, geniet de kernboodschap wel de nodige tractie. De vraag is met name op welke optie de hervormingsgezinde lidstaten zullen inzetten: een goedkeuringsrecht voor de Raad of versoepeling van de analysekaders van de Commissie. Na het Rapport is het laatste het meest waarschijnlijk. De voorzitter van de Commissie, Ursula von der Leyen, zou ook voor een versoepeling openstaan, met name wat betreft de wijze waarop de relevante markt wordt afgebakend.⁸⁰ Ook Eurocommissaris Vestager gaf recent aan de marktafbakening te willen herzien.⁸¹ Wij menen dat de druk om industriepolitieke ‘correcties’ toe te passen op de zuivere mededingingstoets van het concentratietoezicht – net als in het verleden – moet worden weerstaan. Indien toch gekozen zou moeten worden tussen twee kwaden, gaat onze voorkeur uit naar een vorm van ministeriële goedkeuring. In dat geval blijft de scheidslijn tussen de objectieve mededingingstoets en subjectieve politieke beslissingen helder. Per saldo wegen de voordelen van een dergelijke industriepolitieke correctie echter niet op tegen de hiervoor beschreven nadelen. Bovendien zijn er betere, structurelere, oplossingen denkbaar voor het probleem van de achterblijvende concurrentiekracht die men hiermee wil oplossen.

78. S. Fleming en J. Espinoza, 'Brussels urged to rein in state-backed foreign rivals: Dutch call for extra EU powers to defend region's commercial interests', *Financial Times* 4 december 2019.

79. J. Espinoza en S. Fleming, 'Margrethe Vestager examines curbs on non-EU state backed companies', *Financial Times* 16 december 2019.

80. F. Eder, 'POLITICO Brussels Playbook', *Politico Europe* 4 september 2019.

81. M. Vestager, 'Defining markets in a new age', toespraak tijdens de 'Chillin' Competition Conferentie te Brussel op 9 december 2019.