
Actualisering van de concentratiecontrole in de Mededingingswet

Inleiding

Het wetsvoorstel tot wijziging van de Mededingingswet is op 31 oktober 2006 door de Tweede Kamer aangenomen.¹ Aan deze wijziging is een omvangrijk traject voorafgegaan met de evaluatie van het functioneren van de Mededingingswet die in het najaar van 2001 is begonnen. Ook de bouwfraude is aanleiding tot dit wetsvoorstel geweest. Het doel van de wijziging van de Mededingingswet is tweeledig. In de eerste plaats is het gewenst de effectiviteit en de doelmatigheid van de handhaving van de Mededingingswet te vergroten door versterking van het handhaving-instrumentarium van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). Het tweede doel is de Mededingingswet aan te passen aan de medio 2004 gewijzigde Europese mededingingsregelgeving. Een aantal aanpassingen is al in 2004 in de Mededingingswet doorgevoerd. Na een langdurig proces met veel amendementen ligt het wetsvoorstel momenteel bij de Eerste Kamer. Er wordt gemikt op inwerkingtreding van de nieuwe wet in de loop van dit jaar.

De Mededingingswet bestaat uit drie belangrijke pijlers: het 'kartelrecht', het verbod van misbruik van een economische machtspositie en de concentratiecontrole. Het kartelrecht verbiedt afspraken en afgestemde gedragingen tussen ondernemingen die de concurrentie wezenlijk beperken. De tweede pijler betreft het verbod op concurrentiebeperkend marktgedrag van een onderneming met een dominante marktpositie. Concentratiecontrole, het onderwerp van deze bijdrage, ziet specifiek op het voorkomen van een ongewenste marktstructuur als gevolg van overnames, fusies en joint ventures. Deze transacties kunnen nadelige gevolgen hebben voor de mededinging en dienen dan ook preventief ter goedkeuring bij de NMa te worden aangemeld indien bepaalde omzeldrempels worden overschreden.

Op het gebied van concentratiecontrole wijkt de huidige Mededingingswet op nogal wat punten af van de nieuwe Europese Concentratieverordening.² Het is ongewenst dat transacties materieel en procedureel anders worden behandeld enkel en alleen vanwege het feit dat zij door de Europese dan wel nationale toezichthouder worden beoordeeld.

Materiële toetsingsnorm

Concentraties (overnames, fusies en joint ventures) worden door de NMa beoordeeld aan de hand van een materiële toets. Aan de hand daarvan bepaalt de NMa of een concentratie toelaatbaar is. Onder de beoordelingstoets in

1. Kamerstukken II 2006/07, 30 071.

2. Verordening (EEG) nr. 139/2004.

de huidige Mededingingswet, die is gebaseerd op de oude Europese Concentratieverordening,³ beoordeelt de NMa of

‘als gevolg van [een] concentratie een economische machtspositie kan ontstaan of worden versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd’. (art. 37 lid 2 Mededingingswet)

Bij deze toets staat het begrip economische machtspositie centraal. Een machtspositie stelt een onderneming in staat de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de markt te verhinderen door de mogelijkheid zich in belangrijke mate onafhankelijk van concurrenten, leveranciers, afnemers of eindgebruikers te gedragen. Een belangrijk punt van kritiek op de huidige Mededingingswet richt zich op een leemte in het bereik van de machtspositietoets. Dit is gelieerd aan het bestaan van een machtspositie, waarvoor in het algemeen een marktaandeel van 50% als uitgangspunt wordt genomen. Op basis van de bestaande norm kan een mededingingsautoriteit in beginsel alleen bij een hoog marktaandeel ingrijpen, waardoor, zo zeggen de critici, niet alle concentraties kunnen worden geblokkeerd die nadelige gevolgen hebben voor de structuur van de markt en daarmee de concurrentieverhoudingen. Deze problemen zouden zich vooral voordoen op oligopolistische markten waarop slechts een beperkt aantal spelers actief is.

Onder de voorgestelde beoordelingstoets, die aansluit bij de nieuwe Europese Concentratieverordening, zal de NMa moeten beoordelen of

‘een concentratie (...) de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zou kunnen belemmeren, met name als het resultaat van het in het leven roepen of het versterken van een economische machtspositie’.

Met de nieuwe norm wil men een meer grondige economische beoordeling van concentraties bevorderen die gebaseerd is op de effecten op de concurrentie; in het bijzonder is het streven effectieve concentratiecontrole toe te kunnen passen in oligopolistische markten. Het grootste verschil tussen de twee toetsen is de plaats die het begrip machtspositie inneemt bij de beoordeling van een concentratie. Onder de nieuwe toets komt de nadruk te liggen op het element significante beperking van de mededinging. Voor het Europese equivalent van de toets wordt dan ook verwezen naar de ‘significant impediment of competition’-toets. Bij de toepassing van de nieuwe norm is de belangrijkste vraag niet langer of een concen-

tratie een bepaalde marktaandeeldrempel haalt voor een machtspositie, maar of een concentratie de daadwerkelijke concurrentie belemmert.

Gelet op de gevolgen die concentraties in oligopolistische markten kunnen hebben, is het des te meer noodzakelijk op zulke markten de concurrentie te handhaven. Immers, concentraties op oligopolistische markten, die gepaard gaan met de uitschakeling van belangrijke concurrentiedruk die de fuserende partijen voor de concentratie op elkaar uitoefenden, en met een vermindering van de concurrentiedruk op de overige concurrenten, kunnen zelfs zonder coördinatie tussen de leden van het oligopolie eveneens leiden tot een significante belemmering van de mededinging.

Efficiencyverweer

In de memorie van toelichting bij de wetwijziging is aangegeven dat de NMa bij beoordeling van een concentratie ook rekening houdt met de ontwikkeling van technische en economische vooruitgang voor zover deze in het voordeel van de consument is; bijgevolg vormt de concentratie geen significante belemmering voor de mededinging. De beoordelingstoets biedt daarmee ruimte voor een zogenoemd efficiencyverweer, waarmee deze aansluit aan bij de Europese Concentratieverordening. Onder de huidige Mededingingswet heeft over de rol van een efficiencyverweer altijd veel onduidelijkheid bestaan.

In de Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies,⁴ waaruit in de memorie van toelichting wordt geciteerd, wordt gewezen op de mogelijkheid dat uit een concentratie voortvloeiende efficiencyverbeteringen een tegenwicht bieden tegen de negatieve concurrentie-effecten – in het bijzonder tegen de schade voor de consument – die de concentratie zou kunnen veroorzaken. De betrokken partijen zullen de NMa moeten overtuigen dat de door de concentratie gegenereerde efficiencyverbeteringen de mogelijkheid en de prikkel voor de fusieonderneming waarschijnlijk zullen versterken om concurrentiebevorderend op te treden. Verder zullen ze moeten aantonen dat de efficiencyverbeteringen de negatieve effecten op de mededinging tegengaan. Last but not least moeten de ondernemingen aantonen dat het efficiencyvoordeel in overwegende mate aan de gebruiker wordt doorgegeven.

De Europese Commissie wijst erop dat efficiencyverbeteringen voor de beoordeling van een concentratie pas relevant zijn wanneer zij een direct resultaat zijn van de concentratie. Dit is niet het geval indien efficiencyverbeteringen in dezelfde mate kunnen worden bereikt met minder concurrentiebeperkende middelen. Verder moeten effi-

3. Verordening (EG) nr. 4064/89.

4. Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, PbEU C 31/5 van 5 februari 2004.

ciencyverbeteringen voldoende verifieerbaar zijn en daarom voldoende nauwkeurig gedocumenteerd, gekwantificeerd en voldoende substantieel zijn om de potentiële schade voor de verbruikers te compenseren. Het is aan partijen om de NMa ervan te overtuigen dat sprake is van de hiervoor aangeduide omstandigheden en daartoe bewijs aan te dragen.

De NMa zal richtsnoeren opstellen die duidelijkheid moeten scheppen welke specifieke criteria in het kader van het concentratietoezicht zullen worden toegepast bij de beoordeling van efficiencyverbeteringen.

Coöperatieve joint ventures

Van een coöperatieve joint venture is sprake als de oprichting van de joint venture de coördinatie beoogt van het concurrentiegedrag van moederondernemingen. Coördinatie zal met name kunnen optreden wanneer de moederondernemingen daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn op de markt waarop de joint venture actief is. Een (coöperatieve) joint venture moet echter wel steeds 'volwaardig' zijn. Van een volwaardige joint venture is sprake indien de joint venture werkzaam is op een markt en daar alle functies vervult die een andere op die markt werkzame onderneming normalerwijze vervult.

Onder de huidige Mededingingswet wordt een (volwaardige) coöperatieve joint venture niet aangemerkt als een concentratie die ter goedkeuring bij de NMa aangemeld dient te worden. Wil er namelijk sprake zijn van een concentratie, dan mag onder de huidige Mededingingswet de oprichting van een joint venture er niet toe leiden dat de moederondernemingen hun marktgedrag coördineren. Volgens de bestaande Mededingingswet wordt een coöperatieve joint venture als een samenwerkingsverband gezien waarop uitsluitend het kartelrecht van toepassing is, dat afspraken verbiedt tussen ondernemingen die de concurrentie beperken. De evaluatie heeft uitgewezen dat dit in de praktijk niet goed werkt, omdat het niet wenselijk is dat transacties die de concurrentie kunnen beperken, zonder voorafgaande goedkeuring door de NMa tot stand gebracht kunnen worden. Bovendien wijkt het Nederlandse regime op dit punt al sinds de inwerkingtreding van de Mededingingswet per 1 januari 1998 af van het Europese regime.

In het wetsvoorstel vallen coöperatieve (volwaardige) joint ventures onder de concentratiecontrole, waarmee de Mededingingswet in lijn wordt gebracht met de Europese Concentratieverordening. De NMa zal bij coöperatieve joint ventures de mogelijk concurrentiebeperkende effecten tussen de moederondernemingen voortaan binnen de concentratieprocedure toetsen aan de criteria uit het kartelrecht. In aansluiting met de Europese Concentratieverordening zal de NMa bekijken of de moederondernemingen actief blijven op dezelfde markt als de joint venture, of de coördinatie rechtstreeks het gevolg is van de oprich-

ting van de joint venture, en of de coördinatie de mogelijkheid aan de moederondernemingen geeft om de mededinging voor een wezenlijk deel uit te schakelen.

Boetes

Uit de evaluatie van de Mededingingswet is gebleken dat wat betreft concentratiecontrole de boetes op formele overtredingen over het algemeen aan de lage kant zijn, waardoor er onvoldoende preventieve werking van uitgaat. De NMa kan bijvoorbeeld als een onderneming gevraagde inlichtingen over haar bedrijfsgegevens die voor de beoordeling redelijkerwijs nodig zijn, niet verstrekt, een maximumboete opleggen van EUR 4.500. Indien een onderneming onjuiste of onvolledige gegevens verstrekt, kan de NMa een boete opleggen van maximaal EUR 22.500. Onder de voorgestelde wet worden de boetes op formele procedurele overtredingen verhoogd tot maximaal EUR 450.000 of, indien dat meer is, maximaal 10% van de totale omzet van de onderneming waaraan de overtreding kan worden toegerekend. Deze verhogingen moeten ervoor zorgen dat er voldoende afschrikwekkende werking uitgaat van de boetes.

Bij materiële inbreuken gaat het voornamelijk om het tot stand brengen van een concentratie zonder deze te melden bij, of zonder goedkeuring door, de NMa. Voor deze overtredingen kan de NMa thans boetes opleggen van respectievelijk maximaal EUR 4.500 en EUR 22.500. Deze boetes staan, zo vindt de regering, in geen verhouding tot de zwaarte van de overtredingen. Immers, het tot stand brengen van een concentratie die gemeld had moeten worden, kan leiden tot hetzelfde negatieve concurrentie-effect als kartelafspraken of misbruik van een machtspositie. Daarom wordt de boete voor overtreding van de materiële bepalingen verhoogd tot maximaal EUR 450.000 of, als dat meer is, maximaal 10% van de omzet van de onderneming aan welke de overtreding kan worden toegerekend.

Meldingsprocedure

Het is verboden een concentratie tot stand te brengen voordat deze aan de NMa is gemeld en vervolgens vier weken zijn verstreken. Onder het huidige regime begint deze beoordelingstermijn van de meldingsprocedure te lopen zodra de melding is ingediend. In de praktijk wordt de NMa echter geconfronteerd met onvolledige meldingen en mededelingen waarvan niet duidelijk is of het een concentratiemelding is. Een onvolledige melding verzwaart de werklast van de NMa en leidt tot meningsverschillen over het tijdstip van aanvang van de meldingsprocedure.

Uit de evaluatie is naar voren gekomen dat de beoordelingstermijn voor de NMa kort is, en dat het daarom van belang is dat bij onvolledige meldingen de klok pas begint te lopen op het moment dat de melding compleet is. In het wetsvoorstel is dan ook opgenomen dat de termijn van de meldingsprocedure niet aanvangt voordat

alle voor de melding vereiste gegevens zijn aangeleverd die nodig zijn voor de NMa. Uit het Besluit gegevensverstrekking Mededingingswet⁵ blijkt limitatief welke gegevens het hier betreft. De NMa heeft deze informatie nodig om de materiele beoordelingstoets (zoals hiervoor beschreven) te kunnen uitvoeren.

De NMa moet echter wel binnen vijf werkdagen na de dag van ontvangst van de melding aangeven welke gegevens ontbreken. Doet de NMa dat niet, dan vangt de beoordelingstermijn aan op de dag waarop de melding is gedaan. Ontbrekende gegevens kunnen dan overigens alsnog door de NMa worden opgevraagd, wat onder de huidige Mededingingswet ook mogelijk is, waarbij de termijn wordt opgeschort zolang de door de NMa gevraagde aanvulling van de melding nog niet is overgelegd.

Conclusie

Indien de Eerste Kamer het wetsvoorstel tot wijziging van de Mededingingswet vlot aanneemt, kan de nieuwe wet in de loop van 2007 in werking treden. In grote lijnen blijft de concentratiecontrole uit de Mededingingswet onveranderd, al zullen er belangrijke wijzigingen worden doorgevoerd wat betreft de materiële toetsingsnorm, het efficiencyverweer, de beoordeling van coöperatieve joint ventures, de meldingsprocedure en de hoogte van de boetes. Met deze wijzigingen sluit het Nederlandse regime aan bij de medio 2004 gewijzigde Europese Concentratieverordening, wat de rechtszekerheid van fuserende ondernemingen ten goede komt. Verder komt de nieuwe wet tegemoet aan de belangrijkste punten die tijdens de evaluatie naar voren zijn gekomen.

*Mr. drs. M.R. Driedonks
Allen & Overy*

5. Besluit van 17 oktober 1997, houdende uitvoering van de artikelen 18, eerste lid, 35, eerste lid, en 42, tweede lid, van de Mededingingswet.