

Fusiecontrole in de EG

In *ESB* van vorige week is het mededingingsbeleid in de EG beschreven. Het beleid ten aanzien van fusies verdient aparte aandacht omdat een echte Europese fusiewetgeving nog niet gerealiseerd is. In de artikelen 85 en 86 zijn de principes vastgelegd voor het Europese mededingingsbeleid om beperking en versterking van de concurrentie te bestrijden. Artikel 85 richt zich met name op afspraken tussen ondernemingen; kartels en onderling afgestemde gedragingen. Artikel 86 verbiedt misbruik van een dominante positie. Een artikel om fusies te controleren ontbreekt echter in het EEG-verdrag¹, in tegenstelling tot de antitrust-wetgeving in bijvoorbeeld de VS, het VK en West-Duitsland.

Dit gemis deed zich reeds vroeg voelen. Enerzijds ontwikkelde de Commissie een fusiebeleid op basis van artikel 86. Dit gevoerde beleid zal eerst worden beschreven. Anderzijds heeft de Commissie sinds 1973 pogingen ondernomen wetgeving voor fusiecontrole aangenomen te krijgen. Deze voorstellen voor een verordening zijn tot op heden gestrand in de Raad.

Fusiecontrole en artikel 86

De Commissie en het Hof van Justitie van de EG hebben een brede uitleg gegeven aan het begrip misbruik. Artikel 86 biedt niet alleen bescherming aan de direct benadeelden, tegen 'unfair' of 'onbehoorlijk' gedrag van dominante ondernemingen, maar treedt ook op tegen vermindering of beperking van de concurrentie door een dominante onderneming, daar dit laatste indirect een slecht effect kan hebben.

De Commissie opteerde voor deze brede uitleg mede om de mogelijkheden te creëren fusies te controleren. Daarvoor moet vermindering of beperking van de concurrentie door aantasting van de marktstructuur als misbruik worden gezien. In haar concentratiememorandum verklaarde de Commissie reeds in 1966 dat zij artikel 86 in principe toepasbaar achtte op fusies².

De opvatting van de Commissie dat artikel 86 van toepassing is op fusies werd voor het eerst getest in de Continental Can-zaak (1973). Continental Can, een grote Amerikaanse producent van blikjes, ander verpakkingsmateriaal

en machines voor de productie van blikjes, had een meerderheidsbelang in Schmalbach-Lubeca-Werke (SLW), een grote Duitse producent van licht metalen verpakkingen. Nadat een overeenkomst met de Nederlandse onderneming Thomassen & Drijver-Verblifa (TDV) door de Commissie was afgekeurd, nam Continental Can TDV over. De Commissie keurde deze fusie af, met als argument dat Continental Can door SLW al een dominante positie bezat op de Westduitse markt en dat de overname van TDV een misbruik van deze dominante positie vormde omdat het de actuele en potentiële concurrentie vrijwel elimineerde. Het Hof stemde in met de Commissie dat artikel 86 kan worden toegepast op fusies. Als artikel 86 niet op fusies toepasbaar zou zijn, dan zou dit betekenen dat een concentratie in de vorm van een kartel verboden onder artikel 85 wel kan worden gerealiseerd door een fusie. Om deze sluiproute te dichten stemde het Hof in met de Commissie.

Sinds de Continental Can-zaak heeft de Commissie geen formele beschikkingen meer genomen om een fusie te verbieden. Maar dit wil niet zeggen dat zij zich niet met fusies heeft beziggehouden. Informeel heeft de Commissie verschillende malen geïntervenieerd. De verslagen over het mededingingsbeleid laten zien dat meer dan 20 zaken onderzocht zijn door de Commissie. Soms kijkt de Commissie naar een fusie op verzoek van de bij de fusie betrokken ondernemingen zelf. In andere gevallen intervenieerde de Commissie na eigen onderzoek of bij klachten. In sommige gevallen bleven de betrokken ondernemingen zelf de fusie af, in andere gevallen werden fusieplannen geamendeerd³. Zo pasten onlangs Douwe Egberts en Van Nelle hun samengaan aan op verzoek van de Commissie.

Artikel 86 wordt echter niet beschouwd als een optimaal instrument voor fusiecontrole. Omdat aanmelding niet verplicht is, is het vaak niet mogelijk vooraf te controleren. Dit is wel zeer gewenst omdat het moeilijk is ondernemingen weer te ontwarren nadat de fusie heeft plaatsgevonden. Bovendien is artikel 86 alleen van toepassing als een dominante positie reeds bestaat voor de fusie, terwijl het gewenst kan zijn de totstandkoming van dominante posities te voorkomen. Om dit mogelijk te maken bood de Commissie reeds in 1973 aan de Raad – op diens uitdrukkelijke ver-

zoek – een voorstel voor een verordening betreffende de controle op concentraties aan. Sindsdien heeft de Commissie diverse malen herziene en geamendeerde voorstellen naar voren gebracht, voor het laatst in 1988⁴.

Eerste voorstel

Het voorstel voor een verordening uit 1973 betreft "de controle op concentraties van ondernemingen". De definitie van concentratie is opgesteld naar het voorbeeld van de definitie in artikel 66 EGKS: in termen van (gemeenschappelijke) beheersing van een onderneming. Artikel 1(1) van het voorstel verklaart elke concentratie, waardoor de deelnemende ondernemingen "de macht verwerven of versterken om een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan te verhinderen", onvermijdelijk met de gemeenschappelijke markt, als tevens door de concentratie "de handel tussen de lidstaten ongunstig kan worden beïnvloed". Het is dus niet alleen de versterking van een dominante positie maar ook de verwerving van zulk een positie waar de verordening zich op richt. Wat bedoeld wordt met "de macht om een daadwerkelijke mededinging te verhinderen", wordt niet uitgelegd. Om deze macht te beoordelen "moeten met name de keuzemogelijkheden van leveranciers en verbruikers, de economische en financiële macht van de betrokken ondernemingen, de structuur van de betrokken markten alsmede de ontwikkeling van vraag en aanbod bij de betrokken producten en diensten in aanmerking worden genomen". De woorden "met name" geven aan dat het hier een niet-limitatieve opsomming van factoren betreft.

Artikel 1(2) stelt vervolgens dat 1(1) alleen van toepassing is wanneer de totale omzet van de fuserende ondernemingen meer dan 200 miljoen ecu bedraagt of wanneer het marktaandeel meer is dan 25% in een van de lidstaten. Als aan geen van beide eisen is voldaan, valt de fusie buiten het bereik van de voorgestelde verordening. Deze de minimis-regel werd ingebracht omdat beneden deze grenzen vermindering van mededinging uitgesloten werd geacht.

1. In het EGKS-verdrag is in de mededingingsartikelen 65-67 wel een controle op concentraties expliciet opgenomen. Het EGKS blijft hier echter buiten beschouwing.
2. Commissie van de EG, *Concentratie-memorandum*, Serie Concurrentie, nr. 3, 1966.
3. Zie voor meer informatie: I. van Bael en J.F. Bellis, *Competition law of the EEC*, 1987, blz. 213-217, en de jaarlijkse *Verslagen over het mededingingsbeleid* van de Commissie van de EG.
4. Pb C 92/1, 1973; COM(81) 763 final; COM(84) 59 final; COM(86) 675 final; COM(88) 97 final; COM(88) 734 final.

In het derde lid van het eerste artikel is een mogelijkheid tot vrijstelling geformuleerd voor de fusies en overnemingen die onder 1(1) vallen en onverenigbaar worden geacht. Een vrijstelling kan worden verleend "voor concentraties die onmisbaar zijn voor de verwezenlijking van een doel dat in het algemeen belang van de Gemeenschap van hoger belang wordt geacht". Deze vrijstellingsregel is nogal vaag en opent de mogelijkheid overwegingen van industriepolitieke, regionale en sociale aard bij de besluitvorming te betrekken.

De toepassing van de verordening is in het voorstel aan de Commissie toevertrouwd. Haar bevoegdheden om te beslissen, onderzoeken, informatie te vergaren en te beboeten zijn op soortgelijke wijze geregeld als voor de uitvoering van artikel 85 en 86. Een nieuw element is de voorafgaande aanmelding voor concentraties, geregeld in het vierde artikel. Fusies waarvan de betrokken ondernemingen een totale omzet van 1 miljard ecu of meer vertegenwoordigen moeten, voordat zij worden uitgevoerd, bij de Commissie worden aangemeld, tenzij de over te nemen onderneming een omzet van minder dan 30 miljoen ecu heeft⁵. Deze drempel van 1 miljard ecu verschilt van die in artikel 1(2). Hierdoor behelst het voorstel van 1973 een combinatie van ex ante-aanmelding en beoordeling van fusies boven de 1 miljard ecu en ex post-beoordeling van kleinere fusies die nog wel binnen het bereik van de verordening vallen (tussen de 200 en 1000 miljoen ecu). Deels vanwege deze ex post-controle, deels om optreden mogelijk te maken wanneer de fusie is geëffectueerd voordat de beoordeling van de Commissie is afgerond, bevat de voorgestelde verordening uit 1973 de bevoegdheid om reeds samengevoegde ondernemingen weer te scheiden, ofwel de fusie op te breken.

Na aanmelding is de Commissie verplicht de procedure binnen drie maanden aan te vangen. Doet zij dit niet dan is de concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt. In het voorstel uit 1973 wordt daarna geen limiet gesteld aan de tijd die de procedure kan nemen nadat zij is geopend. De lidstaten spelen alleen een adviserende rol bij de procedures en het besluitvormingsproces.

De bezwaren

Nadat het voorstel van 1973 naar voren was gebracht werd het duidelijk dat er vele bezwaren leefden bij de lidstaten. Deze bezwaren vallen in twee groepen uiteen⁶. De eerste groep bezwaren betreft de bevoegdheidsverdeling tussen nationale en EG-verordeningen. Dit richt zich vooral op de

draagwijdte van de verordening; welke fusies wel en welke niet onder de verordening vallen. In het algemeen wensen de lidstaten de drempels te verhogen, alhoewel zij niet altijd overeenstemmen over de omvang van de verhoging. Uit de bespreking van het laatste voorstel blijkt verderop dat dit heeft geleid tot een aanzienlijke verhoging van de drempels.

Italië en, in mindere mate, het VK wilden (en willen dat misschien nog steeds⁷) staatsbedrijven buiten de verordening houden. Dit is niet opgenomen in de voorstellen. De Benelux-landen wilden voor de banken en verzekeringssector een aparte verordening, met speciale regels hoe de omzet te berekenen. De Commissie had reeds speciale regels voor het berekenen van de omzet in deze sectoren opgenomen en hield deze in de verordening.

Frankrijk wilde fusies die slechts ondernemingen uit één lidstaat betreffen buiten de draagwijdte van de verordening houden. Dit werd niet geaccepteerd door de Commissie in haar voorstellen uit 1981, 1984 en 1986. Het relevante criterium bleef de invloed op de mededinging in (een aanzienlijk deel van) de Gemeenschap, ongeacht of de fusie puur nationaal van karakter is. De Commissie verloor geloofwaardigheid door dit standpunt te verlaten in haar voorstellen uit 1988.

Frankrijk, Italië, het VK en Ierland wilden de vrijstellingsmogelijkheden uitbreiden om ook vrijstelling te kunnen verlenen aan fusies vanwege belangrijke nationale redenen. De Commissie, daarin gesteund door West-Duitsland en de Benelux, heeft dit tot nu geweigerd. In plaats daarvan heeft zij de vrijstellingsmogelijkheden in haar laatste voorstel gemodelleerd naar artikel 85(3), waar de vrijstellingsvoorwaarden voor kartels zijn beschreven.

De tweede groep van bezwaren betreft de bevoegdheidsverdeling tussen de Raad en de Commissie bij de toepassing van de verordening. In het voorstel uit 1973 was alle macht bij de Commissie gelegd, waartegen alle lidstaten meer of minder bezwaar hadden. De Commissie heeft echter in haar voorstellen de toepassing en besluitvorming aan zichzelf gehouden. Zij heeft slechts toegegeven met het advies van de lidstaten "zoveel mogelijk rekening" te zullen houden.

Laatste voorstel

In het algemeen is het de strategie van de Commissie geweest om haar uitvoerings- en beslissingsrol in mededingingszaken ook bij de voorgestelde fusiecontrole te bewaren. Waar het de bevoegdheid om te onderzoeken en be-

slissen betreft heeft zij slechts cosmetische concessies gedaan. Waar het de draagwijdte van de verordening betreft heeft zij wel concessies gedaan.

In afwijking van het voorstel uit 1973 zal het recentste voorstel van toepassing zijn op "concentraties die... van communautaire dimensie zijn", wat betekent dat de gecombineerde omzet van alle betrokken ondernemingen meer dan een miljard ecu moet bedragen en dat ten minste twee der betrokken ondernemingen ieder meer dan honderd miljoen ecu omzet binnen de EG moeten behalen. Een uitzondering wordt gemaakt wanneer "elk van de betrokken ondernemingen meer dan drievierde van haar totale omzet binnen de Gemeenschap in een zelfde lidstaat behaalt". Deze uitzondering kan worden gezien als een concessie van de Commissie om zogenaamde 'nationale' fusies buiten de toepassing van de verordening te houden. Dit leidt tot een verwatering van de principes die tot nu toe het EG-mededingingsbeleid hebben beheerst; namelijk dat het effect op de mededinging in de gemeenschappelijke markt het beslissende criterium is. Deze nieuwe uitzondering is een slechte concessie aan de reikwijdte van de nationale anti-trustwetten, ten koste van het EG-mededingingsbeleid.

De verhoogde drempel van 1 miljard ecu maakt de verordening mogelijk beter uitvoerbaar⁸, in aanmerking genomen de beperkte capaciteit van DG-IV. Een voordeel is tevens dat nu de drempel voor de toepasbaarheid van de verordening gelijk is aan de drempel voor aanmelding. Dit maakt de moeilijke ex post-controle overbodig.

Deze drempel van 1 miljard lijkt echter niet hoog genoeg om een akkoord in de Europese ministerraad te bewerkstell-

5. Een 'picking the winners'-strategie blijft daarom zeer wel mogelijk voor grote ondernemingen zolang de 'winners' maar klein zijn.

6. Zie voor een uitgebreidere behandeling: H.W. Wertheimer, De Europese concentratiecontrole in de revisie, *Sociaal Economische Wetgeving*, 1988/2. Wertheimer behandelt tevens de bezwaren tegen de juridische basis van het voorstel. De analyse van de bezwaren is deels op dit artikel gebaseerd.

7. Het is moeilijk de verschillende bezwaren van de lidstaten en wijzigingen daarin te achterhalen, omdat de vergaderingen van de Raad niet openbaar zijn.

8. Het is niet makkelijk meer dan een ruwe schatting te maken van het aantal te controleren fusies. In de periode juni 1987 - mei 1988 waren er in de industrie en de dienstensector 342 fusies en overnames waarvan de totale gecombineerde omzet groter dan 1 miljard ecu was en waarbij minstens een van de 1000 grootste ondernemingen van de Gemeenschap betrokken was (*Achttiende verslag over het mededingingsbeleid*). Hier van zou echter een onbekend aantal buiten de voorgestelde verordening zijn gevallen omdat de overgenomen onderneming kleiner dan 100 miljoen ecu was.

gen. Met name het VK en de Bondsrepubliek prefereren een drempel van 10 mrd. ecu, terwijl vooral Nederland, België, Italië en Griekenland de drempel lang niet zover wensen te verhogen. De minister-raad voor de interne markt heeft op 10 oktober jl. geen overeenstemming kunnen bereiken over een compromis-voorstel om de drempel op 5 miljard ecu te leggen en om na 4 jaar de Raad te laten beslissen over een verlaging tot 2 miljard ecu. Vooral de vragen of een besluit over verlaging al of niet unaniem genomen dient te worden en of de Commissie een ex post-controlebevoegdheid moet houden voor fusies kleiner dan 5 miljard ecu, hielden de partijen gescheiden⁹.

Een voordeel van een drempel met uitsluitend een omzetcriterium (en niet meer een marktaandeelcriterium) is dat gemakkelijker en sneller te berekenen valt of een fusie onder de verordening valt. Dit vergroot de juridische zekerheid. Het nadeel is echter dat de grens van 1 miljard ecu voor sommige sectoren erg hoog is vergeleken met de totale omzet of productie in die sectoren en dat deze grens voor andere sectoren erg laag is. Een verhoging van de drempel naar 5 miljard ecu lost dit probleem niet op terwijl het wel meer markten onterecht uitsluit van controle¹⁰.

In het voorstel uit 1973 moest de fusie, om in aanmerking te komen voor vrijstelling, onmisbaar zijn voor de realisatie van een doel dat in het algemeen belang van de Gemeenschap hoger werd geacht. Deze uitzonderingsmogelijkheid is herschapen naar het voorbeeld van artikel 85(3). Een vrijstelling wordt verleend wanneer de fusie bijdraagt aan de verbetering van de productie of distributie, aan de bevordering van de technische of economische vooruitgang of aan de verbetering van de concurrentiestructuur en wanneer deze voordelen de nadelen voor de mededinging overtreffen. Hierbij dient de Commissie rekening te houden met het internationale concurrentievermogen van de ondernemingen en de belangen van de consumenten. Bovendien mag de fusie geen beperkingen opleggen die voor de fusie niet onmisbaar zijn en mag zij niet de concurrentie voor een wezenlijk deel van de betrokken producten of diensten uitschakelen.

De procedures zijn, vergeleken met het voorstel uit 1973, aanzienlijk bekort. Binnen een maand moet de Commissie beoordelen of een concentratie binnen het bereik van de verordening valt en zonodig de procedure starten, tenzij de betrokken ondernemingen instemmen met een verlenging van de periode. Binnen een maand na de opening van de procedure moet de Commissie een beschikking geven als de concentratie verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt omdat geen dominante positie ontstaat of wordt versterkt. Als er wel een dominante positie ontstaat of wordt ver-

sterkt moet de Commissie binnen vier maanden een beschikking geven waarin tot vrijstelling of onverenigbaarheid wordt geconcludeerd. In het algemeen moet een zaak dus binnen vijf maanden na aanmelding zijn afgerond.

Erg weinig kan er worden gezegd over de kans op aanneming van het voorstel. Op het moment lijkt het VK de sterkste opponent. In het algemeen kan worden gezegd dat de oorzaak voor de lange discussie tussen Commissie en Raad en de oorzaak voor de lange vertraging kan worden gevonden in de kwestie van de bevoegdheidsverdeling. Het is niet een economische discussie over welke soort fusiecontrole er moet komen. In principe stemmen alle lidstaten ermee in dat een fusiecontrole, in lijn met de rest van het EG-mededingingsbeleid, dient te worden aangenomen. De strijd speelt zich af over de vraag wie er de bevoegdheid krijgt over welke fusies te beslissen. Dit verklaart waarom het niet zozeer de landen met een zwak of zelfs niet-bestaand fusiebeleid zijn die zich (nog) tegen het voorstel verzetten, maar de landen met de uitgebreidste en striktste fusiepolitiek (het VK en West-Duitsland) of de actiefste industriepolitiek (Frankrijk).

Een probleem waarover nog meer duidelijkheid nodig is, is de kwestie van de paralleliteit van nationale en communautaire concentratiecontrole. De verordening geeft aan dat de lidstaten hun nationale concurrentiewetgeving niet mogen toepassen op concentraties die binnen de verordening vallen. Een van de argumenten van de Commissie voor de verordening is dat de nieuwe verordening een deregulering zal opleveren doordat twaalf, mogelijk conflicterende, nationale wetgevingen worden vervangen door één Europese regeling. Dit vergroot de zekerheid en bekort de procedures voor grote fusies omdat die nog slechts met één autoriteit te maken zullen hebben. Het probleem ligt niet zozeer bij de gevallen waar de Commissie een fusie verbiedt terwijl nationale autoriteiten die goedkeuren; hier prevaleert duidelijk het EG-recht. Het probleem ligt bij de gevallen waar de Commissie niet ingrijpt maar de nationale autoriteiten wel willen ingrijpen. Alhoewel de verordening dus aangeeft dat de lidstaten hun regels niet mogen toepassen nadat de Commissie verenigbaarheid constateert of vrijstelling heeft verleend, zal dit toch spanning geven. De inperking van de reikwijdte van de verordening, door fusies buiten de verordening te houden wanneer alle betrokken ondernemingen meer dan drievierde van hun omzet binnen de EG in hetzelfde land behalen, is een gedeeltelijk antwoord op dit probleem. Maar dit was klaarblijkelijk nog niet genoeg om aan alle nationale ambities te voldoen. Want in het laatste voorstel krijgt de Commissie de bevoegdheid

om in gevallen waar zij zelf verenigbaarheid van de fusie met de gemeenschappelijke markt concludeert (en er dus geen dominante positie ontstaat of wordt versterkt), de bij de fusie betrokken lidstaten bevoegd te verklaren hun nationale mededingingswetten toe te passen om concurrentie op lokale markten te waarborgen. Maar zo worden de beoogde deregulering en zekerheid wel ondermijnd.

Conclusie

De uitvoering en handhaving van het EG-mededingingsbeleid voor ondernemingen, gebaseerd op de artikelen 85 en 86, is voornamelijk een taak van de Commissie en het Hof van Justitie. Dit verklaart in sterke mate haar succesvolle ontwikkeling, ook in de jaren zeventig toen de EG in een politieke impasse verkeerde. Omdat het mededingingsbeleid voornamelijk binnen het administratieve en juridische circuit vorm krijgt, is het grotendeels beschermd tegen de vertragende en complicerende (nationale) politiek in de Raad.

Indien een regeling voor fusiecontrole ook vanaf het begin in het Verdrag was opgenomen, dan zou deze zich hoogstwaarschijnlijk hebben ontwikkeld als de rest van het mededingingsbeleid. Omdat het echter niet in het Verdrag zit, moet de Raad een besluit nemen en dit geeft problemen die samenhangen met de beperkte besluitvormingscapaciteit van de Raad en de unanimitétsregel in de Raad die voor alle belangrijke onderwerpen een snelle besluitvorming verhindert.

De noodzaak van een Europese fusiecontrole krijgt extra reliëf in het licht van 1992 en de (verwachte) Europese fusiegolf. Tussen juni 1983 en juni 1988 is er in de industrie, naast een verdubbeling van het aantal nationale fusies, bijna een verviervoudiging opgetreden in het aantal Europese fusies (ondernemingen uit verschillende lidstaten)¹¹. Een fusiecontrole om er voor te zorgen dat dit herstructureringsproces geen concurrentiebeperkende dominante posities oplevert is noodzakelijk, opdat de voordelen van de interne markt aan de consumenten worden doorgegeven.

Luc Peeporkorn

9. *Europa van morgen*, 27-9-1989 en 18-10-1989.

10. Voor een uitgebreidere behandeling van het omzetcriterium en meer cijfers van sectoren in de EG: A. Jacquemin, P. Buigues en F. Ilzkovitz, *Horizontal mergers and competition policy in the European Community*, *European Economy*, nr. 40, mei 1989.

11. De cijfers gelden voor de fusies en overnemingen waar minstens een van de 1000 grootste ondernemingen in de EG bij betrokken waren. Zie: 14e - 18e verslag over het mededingingsbeleid..