

# Fusietoetsing getoetst

*De toetsing van fusievoorstellen door de Europese Commissie blijkt veel te wensen over te laten. De Commissie werkt weliswaar snel, maar de criteria die zij hanteert laten uit economisch gezichtspunt te wensen over. Het beoordelingssysteem laat ook ruimte voor 'regulatory capture', dat wil zeggen dat de betrokken ambtenaren zich gaan inzetten voor specifieke belangengroepen in plaats van het algemeen belang.*

Op 21 september 1994 is het precies vier jaar geleden dat de Europese Concentratieverordening in werking is getreden. In de tussentijdse periode heeft de Commissie meer dan 200 besluiten genomen omtrent de bij haar aangemelde fusies, concentraties en deelnemingen. Tot op dit moment heeft zij in slechts één geval, de voorgenomen fusie tussen de vliegtuigfabrikanten De Havilland, Aérospatiale en Alenia, een negatief oordeel uitgesproken, terwijl aan zo'n tien beoogde concentraties aanvullende voorwaarden zijn gesteld. Gezien de beperkte middelen van de Merger Task Force is het aantal behandelde beoordelingsverzoeken bewonderenswaardig te noemen. Uit een kritische beoordeling van de inhoudelijke argumentatie en de gevolgde onderzoeksprocedure blijkt echter dat hierop, op basis van economische overwegingen, wel het een en ander valt aan te merken, zoals de schrijvers van *Merger in daylight* aantonen.

Het onderzoek van de auteurs kan worden gesplitst in twee delen. Het eerste deel is gewijd aan de analyse van fusies. Hoofdstuk twee geeft een nauwgezette beschrijving van een theoretisch raamwerk dat geschikt is voor het beoordelen van de economische effecten van fusies. Hierbij staat de vraag centraal welke instrumenten een fusie-autoriteit zou moeten gebruiken bij het analyseren van de invloed van door ondernemingen voorgestelde fusies op het mededingingsproces. In hoofdstuk drie wordt dit theoretische fundament gebruikt voor een onderzoek naar de door de Commissie genomen beslissingen inzake fusievoorstellen. Onderzocht wordt

in hoeverre de door de Commissie in de analyse gebruikte criteria onderling consistent zijn en sporen met resultaten van recent economisch onderzoek.

### Marktmacht

Een analyse naar de economische effecten van fusies start in beginsel met een uiteenzetting van het begrip marktmacht en de eventueel aan het bezit daarvan verbonden negatieve effecten. Marktmacht wordt in dit verband gedefinieerd als de mate waarin de fusiepartners na de fusie in staat zijn de prijzen van hun produkten te

D. Neven, R. Nuttall en P. Seabright,  
*Merger in daylight: the economics and politics of European merger control*,  
Center for Economic Policy Research,  
Londen, 1993, xxii + 296 blz.

verhogen zonder een wezenlijk deel van de vraag naar deze produkten te verliezen, hetgeen in eerste instantie leidt tot het ontstaan of een toename van allocatieve inefficiëntie. Daarnaast is mogelijk dat het bezitten van marktmacht tot stijgende produktiekosten (produktieve inefficiëntie) kan leiden, omdat de tucht van de markt in meer of mindere mate ontbreekt en 'rent seeking' op ondernemings- of werknemersniveau wordt beloond. Het bestrijden van deze potentiële negatieve effecten is het doel, waarvoor een preventieve fusiecontrole is opgezet.

Het bepalen van marktmacht is echter geen eenvoudige zaak, aangezien het bepalen van de directe indicator –

de prijselasticiteit van de vraag naar de produkten van de gefuseerde onderneming – problemen oplevert wegens het ontbreken van voldoende nauwkeurig empirisch materiaal. Dit betekent dat mededingingsautoriteiten slechts met behulp van indirecte indicatoren, zoals de afbakening van de relevante markt, de berekening van marktaandeelen en concentratieindices, de marktmacht van een (gefuseerde) onderneming kunnen vaststellen.

Het uitgangspunt en het meest essentiële onderdeel van de indirecte vaststelling van marktmacht is het bepalen van de relevante markt. Deze wordt gedefinieerd als de markt waartoe de fusiepartners behoren en waarin een hypothetische monopolist of een groep perfect samenwerkende oligopolisten een bepaalde mate van marktmacht kunnen uitoefenen. De mogelijkheid van de hypothetische monopolist om de prijs met succes te verhogen wordt beperkt door de neiging van de consumenten de aankoop van het in prijs gestegen produkt stop te zetten (vraagsubstitutie) en een verandering van het marktgedrag van producenten van concurrerende produkten (aanbodsubstitutie). De aanbodsubstitutie bestaat uit twee elementen, namelijk het concurrerende aanbod van nieuwe produkten en

het toetreden van nieuwe producenten. Alle drie genoemde componenten zijn van belang bij het bepalen van de relevante markt. Iedere onderzoeksprocedure die een component veronachtzaamt geeft aanleiding tot onjuiste afbakening van de relevante markt en leidt daardoor tot een over- of onder-

schatting van de marktmacht van een (gefuseerde) onderneming.

Een ander wezenlijk element is dat de bepaling van de relevante geografische markt gelijktijdig plaatsvindt met die van de relevante produktmarkt. Geschiedt dit volgtijdelijk, zo stellen de auteurs vast, dan bestaat het gevaar dat de relevante markt te eng wordt vastgesteld en de resulterende marktmacht wordt overschat.

Ter bepaling van dominantie op de relevante markt wordt vaak gebruik gemaakt van het berekenen van marktaandeelen en/of concentratieindices. Met behulp van de economische theorie kan worden afgeleid dat er een verband bestaat tussen een stijging van het marktaandeel en een

toename van marktmacht, zij het dat deze relatie afhankelijk is van de reeds op de markt aanwezige prijscoördinatie. Voor uitvoering van een preventieve fusiecontrole is van belang dat een voorgestelde fusie de marktmacht in tweërlei opzicht positief kan beïnvloeden. In de eerste plaats leidt een stijging van het marktaandeel tot een toename van marktmacht, die afhankelijk is van de mate van reeds aanwezige prijscoördinatie. In de tweede plaats leidt een fusie tot een daling van het aantal concurrenten op een relevante markt, hetgeen de totstandkoming van prijscoördinatie kan vergemakkelijken. De ontwikkeling van marktaandelen en concentratie-indices, bij voorbeeld de Herfindahl-Hirschman index en de concentratieratio, kan dus inzicht verschaffen in het ontstaan van marktmacht ten gevolge van een fusie. Hierbij moet overigens worden opgemerkt dat het marktaandeel van een gefuseerde onderneming niet gelijk hoeft te zijn aan de som van de individuele marktaandelen.

### **Werkwijze van de Commissie**

Na deze uiteenzetting van de economische theorie inzake de potentiële effecten van fusies rijst de vraag in hoeverre de Commissie deze heeft toegepast bij het beoordelen van de bij haar ingediende fusievoorstellen. Naar het oordeel van de onderzoekers schiet de analyse van de Commissie in verschillende opzichten te kort.

In de eerste plaats definieert de Commissie de relevante markt als bestaande uit die produkten die door de consument als uitwisselbaar en substitueerbaar worden beschouwd op basis van produktkarakteristieken en beoogd gebruik. Een dergelijke definitie is in onvoldoende mate te kwantificeren. In de tweede plaats houdt de Commissie bij de afbakening van de relevante markt niet of nauwelijks rekening met de invloed van aanbodsubstitutie. Bovendien blijkt dat de Commissie de relevante geografische en produktmarkt niet gelijktijdig maar volgtijdelijk vaststelt. Deze drie factoren leiden gezamenlijk tot een te enge vaststelling van de relevante markt, hetgeen een overschatting van de resulterende marktmacht met zich meebrengt.

Ook de onderbouwing van dominantie aan de hand van de ontwikke-

ling van marktaandelen en concentratie-indices laat in de ogen van de auteurs te wensen over. Een wezenlijke toename van het marktaandeel of een opmerkelijke stijging van de Herfindahl-Hirschman index is voor de Commissie vaak onvoldoende aanleiding tot een blokkade van het fusievoorstel, terwijl dat bij een soortgelijk onderzoek in de VS, onder de aldaar geldende fusierichtlijnen, duidelijk wel het geval zou zijn geweest. De auteurs trekken hieruit de conclusie dat de houding van de Commissie in dit opzicht te soepel is en dat het resulterende beleid als inconsistent kan worden bestempeld. Ook de door de Commissie in sommige gevallen geformuleerde voorwaarden voor instemming met een fusie ondervinden kritiek. Deze dragen volgens de onderzoekers een gekunsteld karakter, bevorderen de concurrentie in onvoldoende mate en zijn rechtens moeilijk afdwingbaar.

### **Regulatory capture**

Het tweede deel van het onderzoek is gericht op een beoordeling van het door de Commissie en haar beleidsambtenaren neergezette beoordelingsstelsel en de gebruikte onderzoeksprocedures in het licht van de economische theorie inzake 'regulatory capture'. Hoofdstuk vier analyseert de onderzoeksprocedure vanuit het gezichtspunt van de ondernemingen die een fusieverzoek hebben ingediend en hun juridische adviseurs. Uit een door de onderzoekers opgestelde enquête, die de inleiding vormt voor het tweede deel van het onderzoek, blijkt dat de ondernemingen zeer ingenomen zijn met de snelheid van de besluitvorming en de flexibiliteit van de door de Commissie gevolgde onderzoeksprocedure. Met name de bereidheid tot een ruime interpretatie van de Concentratieverordening en de bereidwilligheid van de Commissie om, na eventuele geringe aanpassingen, met de fusievoorstellen in te stemmen worden zeer gewaardeerd.

Deze uitkomsten vormen een natuurlijke overgang naar hoofdstuk vijf, waarin de onderhandelingstheorie centraal staat. Gesteld wordt dat de soepele opstelling van de Commissie diens onderhandelingspositie ondermijnt en die van de ondernemingen en hun juridische adviseurs juist versterkt.

Uit de uitkomsten blijkt dat de door de Commissie gevolgde onderhandelingsmethoden en -procedures gevoelig zijn voor 'regulatory capture', hetgeen inhoudt dat de beleidsambtenaren zich gaan inzetten voor de belangen van specifieke pressiegroepen en niet voor het publieke belang. De hoofdstukken zes en zeven houden zich daarom bezig met de vraag in hoeverre de besluitvorming en de procedures kunnen worden verbeterd om de kans op 'regulatory capture' te verminderen. De auteurs leggen daarbij de nadruk op drie elementen, namelijk het afleggen van verantwoordelijkheid over het gevoerde beleid, een grotere onafhankelijkheid van het politieke proces en een verbetering van de transparantie van het besluitvormingsproces. Gesteld wordt dat de in de EU gevolgde procedures vooral lijden aan een gebrek aan transparantie, wat ze gevoelig maakt voor 'regulatory capture' en een deel van de inconsistentie in het door de Commissie gevoerde beleid verklaart. Een verbetering van de transparantie is derhalve niet alleen gunstig voor het algemeen belang, maar ook voor de geloofwaardigheid van het beleid van de Commissie. Uit een tussentijds evaluatierapport blijkt dat ook de Commissie er veel voor voelt aan de behoefte aan grotere transparantie tegemoet te komen.

### **Slot**

In *Merger in daylight* staan nog veel meer interessante en vaak zeer kritische observaties, waaraan deze recensie onvoldoende recht kan doen. Aparte vermelding verdient de zeer nuttige statistische appendix, waarin veel informatie te vinden is over de uitvoering van de Concentratieverordening. Het eindoordeel over deze studie kan niet anders dan positief zijn. De verhouding tussen economische theorie en haar praktische toepassing is optimaal; bovendien is het boek zeer goed leesbaar, ook voor niet-economen. Kortom, het boek is een aanrader voor een ieder die geïnteresseerd is in de uitvoering van het Europese mededingingsbeleid.

### **L.M. Bakker**

De auteur is werkzaam bij de vakgroep Economie aan de Juridische Faculteit van de Erasmus Universiteit Rotterdam.