

Fusietoezicht: derde pijler van het mededingingsbeleid

A.C.N. Bruin*

Fusies kunnen, evenals kartels, leiden tot minder concurrentie, gebrekkig kostenbewustzijn bij ondernemingen en hogere prijzen voor consumenten. De herziening van de Nederlandse mededingingswetgeving is dan ook niet voltooid met het verbod van kartels en van het misbruiken van economische machtsposities: effectieve toetsing van voorgenomen fusies is de noodzakelijke derde pijler.

De huidige Wet Economische Mededinging dateert uit 1958 en gaat uit van het misbruikstelsel. De hoofdregel daarvan is dat mededingingsbepurende afspraken in beginsel zijn toegestaan. Slechts strijdigheid met het algemeen belang kan leiden tot een verbod van de desbetreffende afspraak.

In de afgelopen jaren is het Nederlandse mededingingsbeleid flink gerenoveerd. De zwaarste concurrentiebeperingen – horizontale prijsbindingsafspraken, marktverdelings- en aanbestedingsregelingen – vallen inmiddels onder een generiek verbod en er wordt gewerkt aan het ontwerp van een geheel nieuwe wet¹. Het misbruikstelsel van de huidige wet gaat plaats maken voor een verbodstelsel, zoals dat geldt volgens artikel 85 van het EG-verdrag². Daarnaast zal misbruik van een economische machtspositie door ondernemingen overeenkomstig artikel 86 van het EG-Verdrag, zijn verboden.

Naar zich aanvankelijk liet aanzien zou de analogie met het Europese mededingingsbeleid hier ophouden. Terwijl de Europese Commissie – evenals de meeste lidstaten – beschikt over wettelijke mogelijkheden om concentraties te toetsen op de gevolgen voor de mededinging³, werd invoering van deze 'derde pijler' van het mededingingsregime door de toenmalige staatssecretaris Van Rooy niet wenselijk geacht. Onlangs heeft de Minister van Economische Zaken aangekondigd de plannen van het oude kabinet op dit punt te willen herzien⁴. De concentratievorming in het omroepbedrijf lijkt hem tot de slotsom te hebben gebracht dat voor een goede marktwerking een fusiebepaling in de WEM nodig is. Deze bijdrage beoogt de juistheid van deze conclusie aan te tonen met behulp van de theorie van de industriële organisatie.

Nadelige gevolgen van concentraties

De argumenten voor fusietoetsing laten zich als volgt samenvatten⁵. Het meest directe gevolg van een fusie tussen twee of meer (potentiële) concurrenten is dat een concurrent wegvalt. Zeker op markten die al

enigszins oligopolistisch van aard zijn kunnen de gevolgen daarvan aanzienlijk zijn. In de eerste plaats neemt de kans op kartelvorming toe. Er hoeven immers minder ondernemingen rond de tafel te worden verzameld. In de tweede plaats kan oligopolievorming leiden tot suboptimale allocatie, omdat de prijzen de marginale kosten zullen overschrijden. Voor de omvang van het 'dead-weight loss' dat daarvan voor de Verenigde Staten het gevolg is, komen Scherer en Ross tot een schatting van tussen de 0,5 en 2 procent van het bnp⁶.

Verder werken concentraties X-inefficiënties in de hand. Dit zijn inefficiënties die voortvloeien uit een gebrekkig kostenbewustzijn, als gevolg van een vermindering van de noodzaak tot kostenefficiënt produceren. Deze kunnen niet alleen een bron zijn voor (soms vermakelijke) anekdotes over verspillingen in

* De auteur is werkzaam bij de Directie Economische Zaken van de SER. Hij dankt Marko Bos en Edwin Oskam voor commentaar op een eerste proeve. Het artikel is op persoonlijke titel geschreven.

1. Over de inhoud van die nieuwe wet hebben zowel de SER als de Commissie Economische Mededinging het afgelopen najaar advies uitgebracht.

2. Op grond van artikel 85 zijn zowel afspraken als onderling afgestemde feitelijke gedragingen die een ongunstige invloed kunnen hebben op de handel tussen lidstaten in beginsel verboden. Van dit verbod zijn ontheffingen mogelijk. Ook zijn er groepsvrijstellingen voor bijvoorbeeld franchise- en R&D-overeenkomsten.

3. Dit geldt voor concentraties met een bepaalde minimum-omzet. Niet alleen is daarbij de lat erg hoog gelegd, ook is het gebruik van een omzetcriterium vanuit mededingingsoogpunt niet gelukkig. Zo kan in een reeks van industriële sectoren de vorming van een zuiver monopolie nog niet worden bestreden omdat de totale omzet onder de drempel ligt. Zie Europese Commissie, *Competition and integration; community merger control policy*, European Economy nr. 57, 1994, blz. 35.

4. *Het Financieele Dagblad*, 31 maart 1995.

5. Zie ook OESO, *Economic Survey The Netherlands*, Parijs, 1993, blz. 86.

6. F.M. Scherer en D. Ross, *Industrial market structure and economic performance*, Boston, 1990, blz. 667.

de bedrijfsvoering, maar komen eveneens tot uiting in kostenstijgingen. Die drukken de winstmarges van ondernemingen op geconcentreerde markten, waardoor een vertekend beeld kan ontstaan van de daadwerkelijke mededinging. Oligopolistische markten lenen zich ook uitstekend voor 'rent seeking' en daarmee verbonden uitgaven. Het gaat dan om uitgaven die voortvloeien uit de behoefte een machtspositie te behouden of te verstevigen zoals excessieve advertentie-uitgaven, leidend tot 'overexposure', en het opbouwen van een strategisch inzetbare overcapaciteit.

Hiermee zijn vooral de statische effecten getypeerd; de betekenis van concentratievorming voor de economische dynamiek is betrekkelijk onzeker. Aannemelijk is dat concentraties – zeker op stagnerende markten – tot uitdrukking komen in een verstarring van de aanbodstructuur en een verminderde prikkel tot innovatie. Maar dat valt niet of nauwelijks te bewijzen⁷. Overigens behoeft een fusie in een hoog technologische sector met korte productlevenscycli niet direct ernstige gevolgen voor de mededinging te hebben. Een machtspositie op zo'n markt garandeert immers zelden of nooit een rustig leven.

Argumenten tegen fusietoezicht

In de discussies over concentratietoezicht voert een tweetal tegenargumenten de boventoon.

Efficiency

Het eerste gaat uit van de internationale dimensie: concentratietoezicht met uitsluitend de nationale markt als beoordelingskader gaat voorbij aan het belang dat (Nederlandse) ondernemingen hebben bij voortgaande integratie. Doordat fusies de mogelijkheid bieden via schaalvergroting de efficiency te verbeteren vormen ze een goed instrument om de positie van de betrokken ondernemingen in de internationale concurrentiestrijd te versterken. Schaalvergroting kan van betekenis zijn in het kader van sectorale herstructureringsprocessen, ter vergroting van het aanpassingsvermogen of in verband met de omvang van investeringen die nodig zijn voor het bijhouden van snelle technologische ontwikkelingen.

Een 'laissez faire'-benadering voor fusies en overnames wordt dan ook wel verdedigd op efficiencygronden. Niet zo zeer de marktmacht van ondernemingen met een belangrijk marktaandeel is nadelig voor de concurrentie op een specifieke markt, maar hun superieure efficiency⁸. Bij gegeven prijsniveaus zullen ze dus sneller kunnen groeien. Grote marktaandelen van ondernemingen, of ze nu wel of niet het gevolg zijn van fusies, weerspiegelen in deze zienswijze dan ook vooral efficiencyvoordelen. Deze kunnen tot uitdrukking komen in betere prestaties in de vorm van lagere productiekosten, betere producten, meer effectieve managementstructuren en superieure marketing- en distributiemethoden. Op hun beurt vormen die een verklaring voor hogere rentabiliteit.

Een meer dan gemiddelde winstgevendheid kan leiden tot toetreding van andere ondernemingen tot de markt. Daarmee corrigeert de markt zichzelf. Toetredingsbarrières worden nauwelijks relevant geacht

want als er zicht is op voldoende rendement zal het benodigde kapitaal toch wel bijeengebracht kunnen worden. Reeds op de markt actieve ondernemingen hebben de investeringen in productiecapaciteit, schaalvoordelen en produktdifferentiatie immers evenzeer moeten doen⁹.

Het mededingingsbeleid zou zich volgens de tegenstanders van fusietoezicht slechts moeten richten op het tegengaan van inefficiënties als gevolg van kartelvorming. Men moet daarom niet de concentraties zelf verbieden, maar de samenspanning tussen ondernemingen op een geconcentreerde markt, zo luidt het devies. De overheid moet daarbij uiterst terughoudend zijn omdat ingrijpen al snel averechts kan uitpakken en het bereiken van efficiënte marktstructuren kan verhinderen.

De dreiging van toetreding

Het tweede argument tegen concentratietoezicht stelt dat alleen potentiële mededinging al voldoende is om excessieve prijsstelling door aanbieders op geconcentreerde markten te voorkomen. Met het wegvallen van de binnengrenzen boeten toetredingsbelemmeringen aan belang in. Het betreden van de Nederlandse markt door ondernemingen in andere lidstaten wordt daarmee eenvoudiger. Concentraties die gepaard gaan met meer dan gemiddelde winstniveaus zullen als vanzelf concurrentie oproepen van ondernemingen in andere lidstaten. Daarvan gaat een disciplinerende invloed uit en om die reden is nationaal fusietoezicht minder opportuun.

Een theorie waarin dit argument prominent aanwezig is, is die van de betwistbare markten¹⁰. Kern daarvan vormt de dreiging die uitgaat van potentiële mededinging. De mogelijkheid voor ondernemingen van buiten de markt om op betekenisvolle schaal tot een markt toe te treden is van essentieel belang voor de mededinging. Zolang aanbieders op een markt de dreiging voelen die ondernemingen van buiten de geografische of produktmarkt uitoefenen, zuiver en alleen omdat zij toe kunnen treden en zo eventuele overwinsten kunnen afromen, is er nauwelijks een reden om in te grijpen in marktstructuren. In deze gedachtengang kan zelfs een monopolistische markt worden gekenmerkt door een optimale allocatieve efficiëntie. Potentiële toetreders zullen toeslaan indien de vraatzucht van de zittende onderneming(en) te groot wordt. De kans op effectieve toetreding is het grootst indien 'hit and run'-concurrentie mogelijk is. Er zijn dan geen substantiële verzonken kosten, en gepleegde investeringen kunnen bij het verlaten van de markt vrijwel zonder verlies van de hand worden gedaan. In dat geval is sprake van volledige betwistbaarheid van markten, die Pareto-optimale uitkomsten geeft. Voorbeelden van markten die in beginsel betwistbaar zijn kunnen vooral worden ge-

7. Scherer en Ross, op.cit., blz. 682.

8. Dit is de zogenoemde Chicago-school benadering.

9. Stiglers definitie van toetredingsbarrières luidt: "costs that must be incurred by an entrant that were not incurred by established firms".

10. W.J. Baumol, J.C. Panzar en R.D. Willig, *Contestable markets and the theory of industry structure*, New York, 1982.

vonden in de transportsector (luchtvervoer, taxidiensten), waar kapitaalgoederen niet ondernemingsspecifiek zijn en gemakkelijk overgebracht kunnen worden van de ene geografische markt naar de andere.

Voor het mededingingsbeleid mondt de theorie uit in de aanbeveling niet de concentratie zelf te bestrijden, maar de 'betwistbaarheid' van markten te bevorderen. De overheid moet deze verbeteren door de toegangsdrempels voor nieuwe aanbieders – bij voorbeeld vestigingseisen – te verlagen. Ook overeenkomsten tussen ondernemingen die het opwerpen of instandhouden van toetredingsdrempels tot doel hebben, dienen dus energie te worden bestreden.

Beoordeling argumenten contra fusietoezicht

Hoe moeten deze argumenten tegen fusietoezicht worden beoordeeld? Allereerst is de vraag relevant welk belang moet worden gehecht aan *efficiency-overwegingen* als argument tegen invoering van concentratietoezicht in Nederland. De efficiencyvoordelen van fusies zijn niet zelden discutabel. Verschillende studies naar de gevolgen van fusies wijzen in de richting van achterblijvende bedrijfseconomische resultaten van gefuseerde ondernemingen: veel vermeende efficiencyvoordelen worden in de praktijk niet gerealiseerd¹¹. Als er al duidelijke voordelen zijn, zullen deze zich vooral op korte termijn en relatief snel na de fusie voordoen, terwijl de nadelen minder zichtbaar en langduriger van invloed zijn. Een voorbeeld is een fusie die tot schaalvoordelen leidt. De voordelen daarvan zijn vrijwel direct zichtbaar omdat deze zijn geconcentreerd bij de betrokken ondernemingen; de nadelen voor de mededinging op langere termijn zijn echter moeilijker te traceren, want meer diffuus en in de tijd verspreid.

De beleidsmatige conclusie is dat de mededingingsgevolgen van fusies te allen tijde een afzonderlijke afweging verdienen. Niet alleen omdat de claim dat fusies tot efficiencyvoordelen leiden lang niet altijd wordt waargemaakt, maar juist ook omdat waakzaamheid gewenst is voor die situaties waarin efficiencywinst wel aannemelijk is.

De relevantie van het argument dat *potentiële mededinging* in belangrijke mate het feitelijk functioneren van markten bepaalt, valt of staat met de daadwerkelijke mate van openheid van markten. Met de feitelijke realisatie van de Europese interne markt zouden substantiële toetredingsbelemmeringen op nationale markten worden geslecht, aldus tegenstanders van fusiecontrole. Indien er door ruimere mogelijkheden tot toetreding overal voldoende (potentiële) concurrentie zou zijn, zouden gevestigde economische machtsposities op nationale en/of regionale markten weinig overlevingskansen hebben. Het waarborgen van een zo laag mogelijk niveau van toetredingsbelemmeringen zou aldus een volwaardig alternatief voor het controleren van fusies en overnames kunnen vormen.

Of zo'n beleid toereikend is, is evenwel de vraag. De overheid is in de eerste plaats niet in staat het niveau van alle mogelijke toetredingsdrempels vol-

Concentratietoezicht in de praktijk

Het volgende praktijkvoorbeeld geeft enig inzicht in de mogelijke betekenis van een vorm van concentratietoezicht. Naar aanleiding van een onderzoek naar de gevolgen van een bij de Europese Commissie aangemelde fusie op de markt voor papier, karton en verpakkingen tussen KNP, BT en VRG vermeldt de beschikking van de Commissie dat:

"de fusie tussen BT en VRG op de markten voor afzet van en klantenservice voor drukpersen in Nederland en België een machtspositie in het leven (zou) roepen. De structuur van de betrokken markten maakt het onwaarschijnlijk dat deze machtspositie snel zal afbrokkelen. Deze is bijgevolg niet van louter tijdelijke aard en zal de mededinging op significante wijze beperken."

Na een aantal wijzigingen te hebben voorgesteld in de oorspronkelijke fusieplannen hecht de Commissie uiteindelijk haar goedkeuring aan de fusie onder de voorwaarde dat aan alle in de wijzigingsvoorstellen neergelegde voorwaarden en verplichtingen tegenover de Commissie aangegaan is voldaan^o.

Omdat werd voldaan aan de extreem hoge omzetcriteria van de Europese Concentratiecontroleverordening viel deze fusie onder de Europese jurisdictie. Bij een tien procent lagere totale omzet zou de beoordeling van deze fusie in beginsel een Nederlandse aangelegenheid zijn geweest. De Nederlandse overheid zou in dat geval echter over geen enkel wettelijk instrument hebben beschikt om de aantasting van de mededinging te voorkomen.

a. *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen*, nr. L 217/35, 4 mei 1993.

doende te beïnvloeden. Deze zijn niet alleen ondernemingsspecifiek, maar in belangrijke mate ook sectorspecifiek. Zij berusten mede op factoren als produktdifferentiatie, distributienetwerken, benodigde technologische kennis en vereiste startinvesteringen. Hoewel het wegvallen van non-tarifaire handelsbelemmeringen voor veel ondernemingen zal leiden tot expansie van de geografische markt, zullen ook binnen die ene Europese markt altijd regionale en nationale deelmarkten blijven bestaan, die – afgeschermd door toetredingsbelemmeringen van structurele, culturele of strategische aard (zoals marketinginspanningen en distributienetwerken) – moeilijk toegankelijk zijn voor (internationale) concurrentie. Met het wegnemen van handelsbelemmeringen boet immers slechts één van de relevante toetredingsdrempels aan belang in¹². De bank- en verzekeringssector, de dagbladpers, de bouwrijverheid en delen van de zakelijke dienstverlening (denk aan koeriersdiensten of bulkgoederenoverslag in de haven) zijn voorbeelden van 'sheltered' sectoren, die niet of nauwelijks concurrentie van over de grens ondervinden.

Voorts moet worden onderkend dat de disciplinerende invloed van potentiële concurrentie grenzen kent¹³. Zo kunnen oligopolistische aanbieders die de

11. Met name het onderzoek van D.J. Ravenscraft en F.M. Scherer (*Mergers, sell-offs and economic efficiency*, Washington DC, 1987) naar de gevolgen van fusies in de VS heeft bijgedragen aan dit inzicht. Zie ook A. Jacquemin, Horizontal Concentration and European Merger Policy, *European Economic Review* jg. 34, 1990, blz. 539-550.

12. Ook wisselkoersrisico's zullen een negatieve invloed uitoefenen op de concurrentiepositie van importprodukten.

13. Zie: D. Neven, R. Nuttall en P. Seabright, *Merger in daylight*, Londen, 1993, blz. 40-44.

prijs kunstmatig te hoog houden, anticiperen op mogelijke toetredingen door zo kosteneffectief mogelijk te produceren. Zij kunnen een potentiële toetreders vervolgens effectief afschrikken door te dreigen de prijzen te verlagen. De nieuwe concurrent, die veelal hogere kosten heeft, ziet dan de winstmogelijkheden slinken. Toetreding wordt zo minder aantrekkelijk.

De derde pijler

Het definitief afzien van invoering van nationaal concentratietoezicht zou een zekere inconsistentie in het mededingingsbeleid tot gevolg hebben. De controle op de gevolgen van fusies en overnames voor de mededinging is complementair aan het verbod op kartels en op misbruik van economische macht. Zonder een dergelijk toezicht blijven vormen van monopolisering of regionale markten mogelijk waartegen niet effectief kan worden opgetreden. Een overheid die – overigens terecht – een streng regime hanteert voor mededingingsbeperkingen die voortvloeien uit lossere vormen van samenwerking tussen ondernemingen zoals kartels, maar een potentiële ‘vluchtroute’ niet afsluit, wekt de indruk zijn eigen mededingingsbeleid niet serieus te nemen. Economische machtsposities verkregen via fusies en overnames kunnen immers niet alleen tot vergelijkbare concurrentiebeperkingen leiden, zij hebben veelal ook een meer permanent karakter. Concentratietoezicht wordt dan ook in de meeste EG-lidstaten (met uitzondering van Denemarken, Luxemburg en (vooralsnog) Nederland) beschouwd als een essentieel onderdeel van de mededingingswetgeving. Ook voor de Europese Commissie is het fusietoezicht een waardevol instrument. Hoewel tot op heden slechts één maal een voorgenomen fusie door een verbod is getroffen, moet de betekenis van de Concentratieverordening niet worden onderschat. Zowel in de fase vóór de formele aanmelding van een fusie als tijdens het officiële onderzoek daarna worden voorwaarden gesteld aan de fusiepartners – waaronder de gedwongen verkoop van onderdelen aan derden – om de mededingingsgevolgen te beperken.

Zo'n systeem voor fusietoezicht dient zich in beginsel te richten op mededingingsaspecten. Duidelijk bewijsbare efficiencyvoordelen mogen in de beoordeling slechts een rol spelen voor zover aan de uitdrukkelijke voorwaarde is voldaan dat de mededinging niet verregaand wordt uitgeschakeld. De mededingingsinstantie moet dan onderscheid gaan maken tussen fusies met substantiële nadelen voor de mededinging, en overige fusies. Artikel 85 lid 3 van het EG-verdrag kan op dit punt een voorbeeldfunctie vervullen. De bepalingen in dit artikel maken het onmogelijk onthefing te verlenen voor een concurrentiebeperkende overeenkomst als deze de betrokken ondernemingen de gelegenheid biedt de mededinging voor een wezenlijk deel van de produkten uit te schakelen.

Ter beperking van de administratieve lastendruk voor ondernemingen dient het concentratietoezicht vooral pragmatisch te zijn. Het is van belang de bijbehorende procedures zo eenvoudig mogelijk te houden. Dat kan door voor fusies boven een bepaalde

omzetsdrempel in de eerste fase een korte, effectieve toets op de mededingingsgevolgen uit te voeren. De gecombineerde aandelen van de betrokken ondernemingen op de relevante markt zullen daarin de doorslag moeten geven¹⁴. Eventueel kan aanvullende informatie worden opgevraagd om te bezien of goedkeuring kan worden verleend, danwel een tweede fase-onderzoek gewenst is.

De bezwaren van ondernemingen tegen fusietoezicht hebben veelal mede betrekking op de grote inhoudelijke en procedurele verschillen die bestaan tussen de stelsels voor fusietoezicht in de verschillende EU-lidstaten. Met name voor grensoverschrijdende fusies zonder communautaire dimensie vormen aanmelding en informatievoorziening vaak een hordenloop waarin de hordes op verschillende hoogtes staan. Internationale samenwerking tussen toezichthoudende instanties in de vorm van onderlinge afstemming van procedures zou niet alleen de snelheid van afhandeling ten goede komen, maar uiteindelijk ook kunnen bijdragen aan een inhoudelijke convergentie die in overeenstemming zou zijn met het streven naar een echte interne markt¹⁵.

Tot besluit

Nederland had tot voor kort de twijfelachtige reputatie het kartelparadijs van Europa te zijn¹⁷. Met de omschakeling naar een verbodsstelsel wordt daarmee naar verwachting definitief afgerekend. Zonder invoering van een wettelijke concentratietoezicht, zou ons land het risico lopen die reputatie in te ruilen voor die van oase voor fusies. In bedrijfstakken waar toetredingsbelemmeringen van wezenlijk belang blijven, zouden ondernemingen niet gehinderd door wettelijke bepalingen een machtspositie kunnen opbouwen, met alle gevolgen voor de mededinging van dien. Het uitoefenen van informele, zachte dwang – wapen van de minister van Verkeer en Waterstaat in haar strijd tegen de poging van KPN met behulp van een meerderheidsbelang in kabelbedrijf Casema zijn eigen concurrentie op de markt voor telecommunicatie te organiseren – kan slechts bij hoge uitzondering als een volwaardig alternatief worden gezien.

Het opnemen van een derde pijler in het mededingingsbeleid zal dan ook tot gevolg hebben dat met de invoering van de nieuwe mededingingswet niet alleen het kartelparadijs ophoudt te bestaan, maar dat tevens het toegangshek van de naastgelegen fusie-oase van een degelijk slot wordt voorzien.

Kick Bruin

14. In Duitsland wordt, althans met het oog op de selectie van nader te onderzoeken fusies, het ontstaan van marktmacht verondersteld indien één onderneming een marktaandeel krijgt van eenderde, of wanneer de drie danwel vijf grootste ondernemingen een gemeenschappelijk marktaandeel krijgen van 50% resp. tweederde.

15. Zie: M. Bishop, *European or national? The Community's new merger regulation*, in M. Bishop en J. Kay, *European mergers & merger policy*, Oxford, 1993, blz. 294-317.

16. H.W. de Jong, *Nederland: het kartelparadijs van Europa?*, *ESB*, 14 maart 1990, blz. 244-248.