

# Grote en kleine veranderingen in Europese concentratiecontrole

Mr. P.V.F. Bos

Op 30 juni 1997<sup>1</sup> heeft de Raad van ministers van de Europese Gemeenschappen besloten tot een aantal wijzigingen van de Europese Concentratieverordening van 21 december 1989.<sup>2</sup> Zij treden per 1 maart 1998 in werking. De Concentratieverordening zal twee majeure en vier mineure wijzigingen ondergaan. Spectaculair zijn de verlaagde omzetrempels voor toepassing van de Concentratieverordening teneinde meervoudige nationale aanmeldingen te vermijden en voorts de gewijzigde behandeling van joint ventures. Minder opvallend, maar toch belangrijk voor de dagelijkse praktijk is een aantal technische wijzigingen: 1) de verlenging van de sta-stilperiode, gedurende welke een concentratie niet voltrokken mag worden, 2) flexibelere

regels voor verwijzing van concentraties naar lidstaten, 3) de formele mogelijkheid voor de Europese Commissie om verbintenissen alsmede nevenrestricties aan het einde van eerste fase-onderzoek te aanvaarden en 4) de

- 
- 1 Verordening (EG) Nr. 1310/97 van de Raad houdende wijziging van Verordening (EG) Nr. 4064/89 betreffende de controle concentraties van ondernemingen (PB L 180 van 9 juli 1997, pag. 1 e.v.; hierna 'de Wijzigingsverordening').
  - 2 Verordening (EG) Nr. 4064/89 van de Raad betreffende de con-

trole op concentraties van ondernemingen, PB L 395 van 30 december 1989, pag. 1 e.v., gerectificeerd bij PB L 257 van 21 september 1990, pag. 13 e.v. en gewijzigd bij de Toetredingsakte van 1994 (in verband met de toetreding van Finland, Oostenrijk en Zweden); hierna 'de Concentratieverordening'.

herziening van de speciale regels voor de berekening van de omzet van krediet- en andere financiële instellingen. Deze wijzigingen zullen niet slaan op transacties totstandgekomen vóór 1 maart 1998 en ook niet op transacties, die voor deze datum het voorwerp zijn van een nationale mededingingsprocedure.

### Aanvullende omzetrempels

De Wijzigingsverordening laat de thans geldende omzetrempels voor de exclusieve toepassing van de Concentratieverordening door de Europese Commissie onverlet, maar geeft een aanvullende, ook weer exclusieve toepassingsregel.

De bestaande regel houdt in dat de totale wereldwijde omzet van alle betrokken ondernemingen tezamen meer dan 5 miljard ECU moet bedragen alsmede dat de totale omzet die door ten minste twee ondernemingen elk afzonderlijk in de Gemeenschap wordt behaald, meer dan 250 miljoen ECU bedraagt. De Europese Commissie is desondanks niet bevoegd, indien elk van de betrokken ondernemingen meer dan tweederde van hun omzet binnen één en dezelfde lidstaat behaalt.<sup>3</sup>

De aanvullende competentieregel geldt eerst wanneer aan de drempels van de bestaande regel niet wordt voldaan. Hij behelst een tamelijk ingewikkeld stelsel van – eveneens cumulatief toe te passen – omzetrempels: alle betrokken ondernemingen dienen met elkaar een wereldwijde omzet van meer dan 2,5 miljard ECU en in elk van ten minste drie lidstaten meer dan 100 miljoen ECU te hebben; ook moeten in elk van deze drie lidstaten ten minste twee van de betrokken ondernemingen elk afzonderlijk een omzet van meer dan 25 miljoen ECU hebben; tot slot dient de totale communautaire omzet van ten minste twee van de betrokken ondernemingen 100 miljoen ECU te bedragen. Ook hier geldt de twee-derderegel: als elk van de betrokken ondernemingen meer dan tweederde van haar totale communautaire omzet in eenzelfde lidstaat behaalt, is de Europese Commissie alsnog niet bevoegd. Dan valt de controlebevoegdheid toe aan de nationale mededingingsautoriteiten.

Het zal duidelijk zijn dat een dergelijke byzantijnse regeling alleen de vrucht kan zijn van een zwaar bevochten compromis tussen de Europese Commissie (gesteund door het bedrijfsleven dat aandrang op een aanzienlijke verruiming van *one-stop shopping*) en (sommige) lidstaten met zeer gevestigde mededingingsautoriteiten die met lede ogen de afkalving van hun eigen bevoegdheden zien.

Het zal even duidelijk zijn dat deze verlaging van de omzetrempels niet beantwoordt aan de doelstelling van de Europese Commissie van een 'eenvoudig ... mechanisme ... dat gemakkelijk gehanteerd kan worden ... teneinde te bepalen of (een) transactie een communautaire dimensie heeft en derhalve moet worden aangemeld'.<sup>4</sup> Hiertegenin kan men echter ter verdediging van deze nieuwe drempels aanvoeren dat de nieuwe regeling de eenvoud zelve is vergeleken met de gelijktijdige toepassing van nationale concentratiecontroleregimes: eenieder, die meervoudige aan-

meldingen heeft gedaan, weet wat het betekent om te puzzelen met zeer uiteenlopende toepasselijkheidscriteria.<sup>5</sup>

Desondanks is het jammer dat het succes in de toepassing van de Concentratieverordening door de Europese Commissie toch niet geleid heeft tot een algemene verlaging van de toepassingsdrempels: zij had oorspronkelijk bij de totstandkoming van deze regeling in 1989 als toepassingsdrempels gewenst een wereldwijde omzet van 2 miljard ECU en een communautaire omzet van 100 miljoen ECU.<sup>6</sup> Ongetwijfeld heeft hiertoe ook bijgedragen de aanvaarding in de tussentijd door de lidstaten van eigen concentratiecontroleregelingen, voorzover zij zulks niet al hadden.<sup>7</sup>

Onbekend is, hoeveel aanmeldingen de Europese Commissie meer en de nationale mededingingsautoriteiten (waaronder de Nederlandse Mededingingsautoriteit) verwachten minder te zullen krijgen. Desondanks kan men gevoelig aannemen dat het aantal communautaire aanmeldingen substantieel zal groeien en omgekeerd dat de nationale aanmeldingen evenzeer zullen afnemen. Het is te hopen dat de Merger Taskforce van de Europese Commissie haar tot nu toe voortreffelijke staat van dienst in de afhandeling van concentratieaanmeldingen zal weten voort te zetten.

### Verruiming van het concentratiebegrip tot ook coöperatieve joint ventures

De Europese Commissie onderscheidt tot nu toe in haar administratieve praktijk gestoeld op de Concentratieverordening twee soorten joint venture: de concentratieve joint venture en de coöperatieve joint venture.

3 Volgens artikel 22, lid 1 in samenhang met artikel 1 (omtrent communautaire dimensie), artikel 3 (omtrent de definitie van concentraties) en artikel 4 (omtrent de meldingsplicht bij de Europese Commissie) van de Concentratieverordening is de Europese Commissie exclusief bevoegd concentraties met een communautaire dimensie te beoordelen.

4 Zie punt 5 van de Mededeling van de Europese Commissie over berekening van de omzet (PB C 385 van 31 december 1994, pag. 21 e.v.).

5 Bijvoorbeeld in België en Frankrijk marktaandeelcriteria (soms naast andere criteria zoals omzet en/of personeelsbestand), in Ierland activawaarden (en omzet), in Oostenrijk wereldwijde omzet, in Italië gezamenlijke nationale omzet, in Duitsland totale nationale omzet, in Portugal nationale marktaandeelcriteria of omzet, in Spanje marktaandeelcriteria of omzet, in Zweden wereldwijde

omzet en in het Verenigd Koninkrijk marktaandeelcriteria of activawaarden.

6 Zie ad artikel 1 en ad artikel 22 in de Toelichting betreffende de Concentratieverordening als bijlage bij deze regeling in *Recht inzake de controle op concentraties in de Europese Unie* van de Europese Commissie, Brussel Luxemburg 1995.

7 Dit – overigens niet door het EG-verdrag of communautaire wetgeving afgedwongen – convergentieproces heeft de afgelopen jaren geleid tot de instelling van nationale mededingingsregimes of de aanpassing ervan aan de communautaire standaard in vele landen (Spanje in 1989, Italië in 1990, België en Ierland in 1991, Denemarken, Nederland en (vermoedelijk) het Verenigd Koninkrijk in 1998). Duitsland en Frankrijk hebben al van oudsher eigen mededingingsregimes met goed lopende concentratiecontrole evenals trouwens het Verenigd Koninkrijk.

De eerste soort slaat op gemeenschappelijke ondernemingen, die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullen en niet ertoe leiden dat de moeders hun concurrentiegedrag onderling al dan niet via hun dochter coördineren.<sup>8</sup> Van dergelijke coördinatie is sprake, als twee of meer moederondernemingen vanwege het samenwerkingsverband in de gemeenschappelijke dochteronderneming de eigen prijzen, markten, *output* of innovatie coördineren.<sup>9</sup> Dit kan gebeuren op dezelfde markt als die van de joint venture of op hoger of lager of zijdelings in de bedrijfskolom gelegen markten.<sup>10</sup> Ook geldt voor concentratieve joint ventures het criterium dat zij volwaardig moeten zijn. Anders gezegd moeten zij op een markt werkzaam zijn en hierop alle functies vervullen welke andere op die markt werkzame ondernemingen normalerwijze vervullen. Zij moeten hiertoe over voldoende financiële, personele, materiële en immateriële middelen beschikken om op duurzame wijze hun bedrijfswerkzaamheden te kunnen uitoefenen.<sup>11</sup> Zij zijn niet in deze zin volwaardig, wanneer zij binnen de bedrijfswerkzaamheden van hun moederondernemingen slechts één bepaalde functie overnemen zonder de markt te betreden.<sup>12</sup>

Voldoen gemeenschappelijke ondernemingen niet aan het non-coördinatie- of volwaardigheids criterium, dan vallen zij tot nu toe in de tweede categorie van coöperatieve joint ventures; de Europese Commissie past in dat geval op hen artikel 85, leden 1 en 3 toe aan de hand van de algemene toepassingsregels neergelegd in Verordening 17.<sup>13</sup>

Omdat bepaalde, zogeheten structurele coöperatieve joint ventures met name qua procedurele afhandelingstermijn sterk werden benadeeld ten opzichte van gelijkwaardig te achten concentratieve joint ventures, heeft de Europese Commissie haar beleid terzake enigszins versoepeld: sinds 1994 is zij bereid, maar niet verplicht om binnen twee maanden na aanmelding schriftelijk een eerste analyse in het licht van artikel 85, lid 1 te geven en daarbij aan te geven, hoe zij zich voorstelt, dat zij de zaak verder zal behandelen in termen van nader feitenonderzoek, informatie van derden en termijn van een eindbeslissing.<sup>14</sup>

Vanwege de vele kritiek op dit in de praktijk moeilijk hanteerbare onderscheid tussen concentratieve en coöperatieve structurele joint ventures<sup>15</sup> heeft de Europese Commissie in haar groenboek over de herziening van de Concentratieverordening verschillende alternatieven tot herziening aangedragen.<sup>16</sup> De oplossing van dit probleem neergelegd in de Wijzigingsverordening kan zowel dogmatisch revolutionair als pragmatisch verstandig worden genoemd.

De Concentratieverordening zal straks van toepassing zijn op zogeheten volwaardige structurele joint ventures met een communautaire dimensie (dus die de omzetrempels voor toepasselijkheid hebben gehaald), ook als zij tot doel of gevolg hebben de coördinatie van het concurrentiegedrag van onafhankelijk blijvende ondernemingen. Joint ventures zijn structureel te noemen, als zij een blijvende wijziging in de structuur van de betrokken moeder-

8 Zie punt 7 van de Mededeling van de Europese Commissie inzake het onderscheid tussen gemeenschappelijke ondernemingen met het karakter van een concentratie of een samenwerkingsverband in de zin van Verordening (EEG) 4064/89 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB C 385 van 31 december 1994, pag. 1 e.v.; "de Joint Venture-mededeling").

9 Het moet gaan om de coördinatie tussen ten minste twee onafhankelijk blijvende ondernemingen zoals de Concentratieverordening thans nog in artikel 3 (2, eerste alinea) bepaalt. Deze bewoording is voor de Europese Commissie aanleiding geweest om in de loop van de tijd in haar zienswijze te evolueren: in de beginjaren vond zij, dat er ook sprake was van coördinatie tussen twee onafhankelijk blijvende ondernemingen, als één moeder haar gedrag kon afstemmen op dat van de gezamenlijke dochter. Later heeft de Europese Commissie haar opvatting gewijzigd en geoordeeld, dat dit niet meer het geval is. Dit blijkt uit punt 17 van de – in 1994 met name om deze reden

gewijzigde – Joint Venture-mededeling (weliswaar niet met zoveel woorden, maar wel uit de passage 'De in artikel 3, lid 2, tweede alinea, bedoelde coördinatie tussen de moederondernemingen en de (joint venture) is slechts relevant in zoverre het een middel vormt om tot coördinatie tussen die moederondernemingen te komen of die coördinatie te versterken' (nadruk toegevoegd)). Het informeel in circulatie zijnde ontwerp van de nog te herziene Joint Venture-mededeling handhaaft de notie 'de coördinatie van het mededingingsgedrag van onafhankelijk blijvende ondernemingen', ook al spreekt vanaf 1 maart 1998 artikel 3, lid 2 van de Concentratieverordening niet meer hierover. Het bepaalt dan nog slechts: 'De oprichting van een gemeenschappelijke onderneming die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult, vormt een concentratie in de zin van lid 1, onder b)'; overigens verwijst overweging 5 van de Wijzigingsverordening wel naar 'de mededinging tussen onafhankelijk blijvende ondernemingen', die de

Europese Commissie in het licht van artikel 85, lid 1 en 3 dient te beoordelen.

10 Zie de punten 17–19 van de Joint Venture-mededeling.

11 Zie punt 13 van de Joint Venture-mededeling.

12 Dit is bijvoorbeeld het geval met joint ventures, die zich uitsluitend met onderzoek en ontwikkeling of met productie bezighouden (zie punt 14 van de Joint Venture-mededeling). Zo is een joint venture ook niet volwaardig, indien zij voor langer dan een aanloopperiode voor haar afzet of bevoorrading vrijwel geheel op haar moederondernemingen steunt en uiteindelijk geen actieve, onafhankelijke rol op de markt kan spelen (zie punt 15 van de Joint Venture-mededeling).

13 Verordening Nr. 17 van de Raad betreffende toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, (PB 204 van 1962 zoals nadien meermalen gewijzigd).

14 De Europese Commissie zegt wel dat zij niet gebonden is aan deze informele termijn, maar het is zeer de vraag of de communautaire rechter haar niet ooit hieraan zal houden op basis van gewekte

verwachtingen. Zie voorts onderdeel D van het formulier A/B bij Verordening 3385/94 van de Europese Commissie van 21 december 1994 betreffende vorm, inhoud en overige bijzonderheden van verzoeken en aanmeldingen uit hoofde van Verordening 17 van de Raad (PB L 377 van 31.12.94, pag. 28 e.v.). Deze regeling zal nog kunnen blijven bestaan voor die joint ventures, die wél structureel, maar niet volwaardig (*full function*) zijn, omdat zij niet voldoen aan de terzake in de Joint Venture-mededeling geldende vereisten (zie de punten 12–16 ervan). Een voorbeeld hiervan is een van haar moeders afhankelijke onderzoeks- en ontwikkelingsdochter zonder eigen, zelfstandige rol op de markt.

15 Zie bijvoorbeeld *A bright line shareholding test to end the nightmare under the EEC Merger Regulation* door Hawk en Huser, *Common Market Law Review* 30:1155–1183, 1993.

16 Zie Groenboek over de herziening van de Concentratieverordening, COM (96) 19, punt 98 e.v.

ondernemingen teweegbrengen, zo bepaalt de vijfde overweging van de Wijzigingsverordening.<sup>17</sup> De betekenis hiervan lijkt gezocht te moeten worden in het volwaardigheidsvereiste: in het kort komt dit erop neer, dat een joint venture alle functies van een vergelijkbare, zelfstandige onderneming moet vervullen zoals hierboven al uitvoeriger weergegeven.<sup>18</sup> Kortom, het onderscheid tussen concentratieve en coöperatieve joint ventures verdwijnt; in de plaats hiervan komt het onderscheid tussen volwaardige en niet-volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen. In het eerste geval is de Concentratieverordening, in het tweede geval Verordening 17 van toepassing.

De Europese Commissie zal artikel 85 (1 én 3) binnen het kader van de procedure van de Concentratieverordening dienen toe te passen op de coördinatie van concurrentiegedrag teneinde vast te stellen of de transactie al dan niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Hierbij krijgt zij de opdracht om in haar beoordeling onder meer rekening te houden met twee aspecten:<sup>19</sup> ten eerste, of twee of meer moederondernemingen op dezelfde markt als die van de joint venture of op een bovenstrooms of benedenstrooms van die markt of op een nauw met die markt verbonden aangrenzende markt significant en gelijktijdig actief blijven; ten tweede, of de coördinatie het directe gevolg is van de totstandkoming van de joint venture en zulks de betrokken moederondernemingen de gelegenheid biedt de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten en diensten uit te schakelen.

De vernieuwing is procedureel, nu de Europese Commissie de coördinatie-toets van artikel 85 in het kader van de concentratiecontroleprocedure moet uitvoeren tegelijkertijd met de traditionele machtspositietoets van de Concentratieverordening. Uiteraard vergroot dit de rechtszekerheid en procedurele transparantie voor ondernemingen, die structureel met andere ondernemingen willen samenwerken. Hiermee komt de communautaire wetgever op pragmatische wijze tegemoet aan belangrijke bezwaren tegen de tweedeling tussen vanuit economisch perspectief bekeken gelijkwaardige joint ventures.<sup>20</sup> Het nieuwe artikel 2(4) van de Concentratieverordening spreekt van beoordeling van de coördinatie van het concurrentiegedrag van de moeders 'overeenkomstig de criteria van artikel 85, leden 1 en 3, van het Verdrag teneinde vast te stellen of de transactie al dan niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt'.<sup>21</sup> De Europese Commissie zal géén formele vrijstelling van het kartelverbod in de zin van artikel 6 van Verordening 17 geven. Formeel zal zij beschikken met een verklaring van verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt op de voet van artikel 6 onder b of artikel 8, lid 2 van de Concentratieverordening geven. Dit betekent dat een dergelijke goedkeuring niet alleen voor de concentratieve aspecten, maar ook voor de coöperatieve elementen eens en voor altijd zal gelden (behoudens op te leggen voorwaarden en verplichtingen); dit is in tegenstelling tot een gewone artikel 85(3)-vrijstelling, die indachtig artikel 8 van Verordening 17 steeds voor beperk-

te duur wordt gegeven. Hiermee is eigenlijk al leerstellende sensatie geschapen, want de per definitie beperkte duur van – op Verordening 17 gestoelde – vrijstellingen is van oudsher beschouwd als een van de grote struikelblokken bij de toepassing van artikel 85 op concentraties.<sup>22</sup> Van procedure naar substantie is het maar een kleine stap, want achter procedurele regels steken altijd materiële belangen.

Men kan hier inderdaad gerust spreken van een dogmatische revolutie: zij is gelegen in de ontmanteling van het onderscheid tussen concentratiecontrole aan de ene kant en kartelcontrole aan de andere. De Europese Commissie moet in één en dezelfde procedure twee qua doel en strekking geheel verschillende normen op hetzelfde *Tatbestand* gaan toepassen: verkrijgt of versterkt de joint venture een machtspositie en spannen de moederondernemingen ten gevolge van het ontstaan van de joint venture samen? In wezen gaat het mededingingsautoriteiten uiteindelijk om controle op de graad van concentratie in het bedrijfsleven en willen zij voorkomen, dat er al te veel economische macht in één onderneming of in een groep van samenwerkende ondernemingen wordt geconcentreerd. Hierbij doet het er dan op de keper beschouwd minder of niet meer toe welke materiële toezichtsnorm gehanteerd wordt (artikel

17 Het lichaam van de Wijzigingsverordening zelf zegt er evenwel niets over.

18 De Joint Venture-mededeling behandelt onder het kopje 'Verandering in de structuur van de ondernemingen' in de punten 12 tot en met 16 het volwaardigheidsvereiste en als afgeleide ervan het vereiste, dat een joint venture ook op duurzame basis werkzaam moet zijn. Zij zegt echter niet met zoveel woorden, wat onder structuurverandering van ondernemingen moet worden verstaan. Uit doel en strekking van de Joint Venture-mededeling op dit punt in samenhang met de toelichting van de Europese Commissie op Formulier A/B (voor het doen van gewone aanmeldingen in het licht van artikel 85; zie met name onder D van het Inleidende Deel en voorts voetnoot 14) volgt dat het moet gaan om een blijvende wijziging in de structuur en organisatie van het bedrijfsvermogen van de partijen bij de joint-ventureovereenkomst in deze zin, dat deze bepaalde activiteiten, die zij tot dan toe zelfstandig deden, duurzaam afstoten naar of nieuwe activiteiten onderbrengen in een nieuwe onderneming met eigen bestaansrecht op een bepaalde markt. Het informatie in circulatie zijnde ontwerp

van de nog te herziene Joint-Venturemededeling herhaalt de punten 12 tot en met 16 van de huidige versie woordelijk; de enige toevoeging bestaat uit de verwijzing naar recente concentratiecontrolebeschikkingen, voorzover hier van belang. Een verduidelijking in dit opzicht zou op haar plaats zijn.

19 Het nieuwe vierde lid van artikel 2 van de Concentratieverordening bepaalt in zijn tweede alinea: 'Bij die beoordeling houdt de Commissie *onder meer* rekening met ...' (nadruk toegevoegd). Wat nog meer bij zo'n artikel 85-beoordeling kan komen kijken, zegt de Wijzigingsverordening noch in haar overwegingen noch in haar operationele gedeelte. Hierover straks meer.

20 Zie Hawk en Huser, a.w., noot 15.

21 Zie artikel 1, lid 2 van de Wijzigingsverordening.

22 Zie onder meer het Memorandum van de Europese Commissie aan de Regeringen van de lidstaten *Concentratie van ondernemingen in de Gemeenschappelijke Markt*, EEG Mededinging Serie No 3, 1966 en voorts het Groenboek over de herziening van de Concentratieverordening, COM (96) 19, m.n. punt 104.

86/de concentratiecontrole-norm of artikel 85 dan wel hun nationale equivalenten).<sup>23</sup> Onwennigheid zal voorshands troef zijn bij het gecombineerd toepassen van deze twee normen op concentraties in de vorm van volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen. Dit speelt niet zo zeer terzake van de machtspositie-aspecten van de joint venture, maar veeleer met betrekking tot de eventuele collusieve dimensie aan de samenwerking tussen de moeders ervan. Als al sprake is van beperking van de mededinging tussen twee of meer moeders als rechtstreeks gevolg van de oprichting van de joint venture, zo rijst de vraag, of de redding gelegen mag zijn in een positieve beoordeling op de voet van de vrijstellingsvoorwaarden van artikel 85, lid 3 van de joint venture zelf. Anders gezegd, kunnen de voordelen van de concentratie de nadelen van de coöperatie goedmaken? Het lijkt op het eerste gezicht lastig andere redenen buiten de concentratie om te vinden ter sauvering van de coördinatie van het concurrentiegedrag van de moederondernemingen. Bij nader inzien is dit ook niet nodig: volgens de vijfde overweging van de Wijzigingsverordening moet er een volwaardige toetsing van structurele joint ventures mét concurrentiebeperkingen tussen de moeders als direct gevolg van de oprichting ervan aan de hand van het eerste en derde lid van artikel 85 plaatsvinden.<sup>24</sup> Er vindt dus straks doodgewoon een dubbele beoordeling plaats aan de hand van de machtspositie-maatstaf van de Concentratieverordening (en dus in wezen van artikel 86) en van het collusie-met-afweging-van-voor-en-nadelencriterium van artikel 85. Dit zal natuurlijk in het begin vreemd aandoen, maar op den duur wel wennen. De kern van deze dubbele exercitie zal vermoedelijk gelegen zijn in de beoordeling van de mate van machtsconcentratie in de ene hand van de joint venture en in de gezamenlijke handen van de moederondernemingen. Het nieuwe artikel 2(4) van de Concentratieverordening maakt dit duidelijk. Het draagt de Europese Commissie in het bijzonder op bij haar toetsing aan artikel 85 rekening te houden met de vierde en laatste vrijstellingsvoorwaarde van voldoende overblijvende restconcurrentie, maar dan vertaald naar de taal van volwaardige joint ventures.<sup>25</sup>

De vijfde overweging van de Wijzigingsverordening schept onnodige onzekerheid, of er ooit sprake zal zijn van een zelfstandige artikel 85, lid 3-beoordeling van volwaardige joint ventures: zij stelt immers, dat 'artikel 85, lid 1 in de regel niet van toepassing is wanneer de gevolgen van dergelijke gemeenschappelijke ondernemingen voornamelijk van structurele aard zijn'.<sup>26</sup> In het licht van beschikkingen van de Europese Commissie kan dit niet waar zijn.<sup>27</sup> Neemt men immers structurele gemeenschappelijk joint ventures als de Atlas- en Phoenix-joint ventures tussen Deutsche Telekom en France Télécom (en deels ook Sprint), die in 1996 als coöperatieve joint venture krachtens artikel 85, lid 3 zijn vrijgesteld,<sup>28</sup> dan behoeft er voor deze onzekerheid geen plaats te zijn. In elk geval toen heeft de Europese Commissie de daadwerkelijke en potentiële concurrentiebeperkingen tussen de moederondernemingen niet

voorzien van een verklaring dat artikel 85, lid 1 niet van toepassing is zoals partijen hadden gevraagd. Volgens haar was artikel 85, lid 1 als zodanig wél van toepassing: bepaalde eigen diensten van de drie moeders zouden rechtstreeks concurreren met die van de joint venture en de moeders zouden daarnaast potentiële concurrenten van elkaar blijven op ander gebied dan waarop de joint venture werkzaam zou worden. De Europese Commissie gaf vervolgens een vrijstelling van het verbod van artikel 85, lid 1 op de voet van artikel 85, lid 3, omdat de voordelen van de samenwerking opwogen tegen de nadelen ervan. Zij besliste zo, ook al waren dit soort mededingingsbeperkingen moeilijk anders te bezien dan als een rechtstreeks gevolg van de oprichting van de joint venture en dus als van structurele aard.

De Europese Commissie zou vanaf 1 maart aanstaande dit allemaal anders dan tot nog toe kunnen gaan doen en conform de geciteerde overweging dit soort mededingingsbeperkingen van een negatieve verklaring voorzien. Maar als zij zo zou redeneren, dan zou de Europese Commissie afstand nemen van de speciale opdracht van de Raad in de Wijzigingsverordening om op de aanwezigheid van restconcurrentie te letten; dit op zijn beurt is volgens de opzet van artikel 85 alleen maar te doen in het kader van zijn derde lid. Houdt de Europese Commissie zich niet hieraan, zo leidt dit tot een voortzetting van de met de Wijzigingsverordening ingezette afbraak van het dogmatische onderscheid tussen artikel 85 en artikel 86.

## Overige veranderingen

De sta-stilperiode van thans drie weken zal straks

23 Zie *Droit de la Concurrence et Concentration Economique, Etude comparative* door Louis Vogel, Collection Droit des Affaires et de l'Entreprise, Série Etudes et Recherches, Paris, Economica, 1988, pag. 400 (tevens uitvoerig beschreven in *Concentration Control in the European Economic Community* door Bos, Stuyck en Wytinck, Graham & Trotman, London, 1992, pag. 3 e.v., m.n. pag. 16 en 17).

24 'Dat naast de in artikel 2 van genoemde verordening bedoelde toetsing van de machtspositie bovendien moet worden bepaald dat de Commissie de criteria van artikel 85, leden 1 en 3 van het Verdrag op dergelijke gemeenschappelijke ondernemingen moet toepassen voorzover de oprichting ervan rechtstreeks tot gevolg heeft dat de mededinging tussen onafhankelijk blijvende ondernemingen merkbaar wordt beperkt'.

25 'Bij die beoordeling houdt de Commissie onder meer rekening

met (...) de mogelijkheid die aan de betrokken ondernemingen wordt gegeven om via de coördinatie die het rechtstreekse gevolg is van de oprichting van de gemeenschappelijke onderneming, de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten en diensten uit te schakelen.'

26 Het informeel in circulatie zijnde ontwerp van de nog te herziene Joint Venture-mededeling brengt geen verduidelijking, waar het op dit cruciale punt niet anders doet dan de Wijzigingsverordening herhalen.

27 Het zij toegegeven uitsluitend in het kader van het 'gewone' regime van Verordening 17 genomen beschikkingen, maar dit zou geen verschil moeten uitmaken.

28 Beschikkingen van de Europese Commissie van 17 juli 1996, *Atlas en Phoenix/Global One*, PB L 239 van 19 september 1996, pag. 23 e.v. resp. pag. 57 e.v., m.n. punt 36 e.v. resp. punt 45 e.v.

verlengd zijn tot het einde van de procedure (om het even, of het nu gaat om een eerste- of tweede fase-onderzoek).<sup>29</sup> De Europese Commissie kan deze opschortingsperiode bij formele, gemotiveerde beschikking bekorten. Een dergelijke derogatie kan afhankelijk van voorwaarden en verplichtingen worden gesteld.

De verwijzing naar een lidstaat van een bij de Europese Commissie aangemelde concentratie wordt enigszins vergemakkelijkt. Tot nu toe dient een lidstaat aan te tonen dat een concentratie een machtspositie dreigt te doen ontstaan of versterken, waardoor een daadwerkelijke mededinging op significante wijze wordt belemmerd op een markt binnen deze lidstaat; deze markt moet dan wel alle kenmerken van een afgebakende markt vertonen, ongeacht de vraag, of het al dan niet gaat om een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt. Totdusverre zijn er vier verzoeken om verwijzing toegewezen, namelijk twee aan het Verenigde Koninkrijk en één elk aan Frankrijk en Duitsland.<sup>30</sup> De versoepeling houdt in, dat een lidstaat alleen nog maar zal hebben aan te tonen, dat de concentratie nadelige gevolgen voor de mededinging heeft. Een lidstaat behoeft niet noodzakelijkerwijs meer de dreiging van het ontstaan of de versterking van een machtspositie aan te tonen, hoewel hij nog steeds deze mogelijkheid blijft houden.<sup>31</sup> Ook de zogeheten *Dutch clause* wordt licht aangepast (deze bepaling maakt het mogelijk, dat de Europese Commissie beneden de toepassingsdrempels vallende concentraties toch behandelt). Tot nu toe kon kennelijk maar één lidstaat een dergelijk verzoek indienen. Straks zal de Europese Commissie dit op verzoek van twee of meer lidstaten kunnen doen.<sup>32</sup>

De Europese Commissie zal straks de formele mogelijkheid hebben om verbintenissen van ondernemingen te krijgen bij het verenigbaar verklaren met de gemeenschappelijke markt van concentraties aan het einde van de eerste fase; deze bevoegdheid had zij tot nu toe niet, ook al is een informele praktijk terzake in de loop der tijd ontwikkeld.<sup>33</sup> Hetzelfde geldt ook voor nevenrestricties; dat zijn mededingingsbeperkingen, welke rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van een concentratie.<sup>34</sup>

De bijzondere competentiedrempels voor krediet- en andere financiële instellingen worden gewijzigd om beter overeen te stemmen met ander communautair bankrecht. In plaats van één tiende van de totale activa van banken zal bankinkomen zoals rente en soortgelijke baten, opbrengsten uit waardepapieren, ontvangen provisies en dergelijke als toepassingscriterium gelden.<sup>35</sup>

### Een Nederlandse uitloop?

Al met al betekent dit alles een complexe en soms erg technische wijziging van de Concentratieverordening zoals wij haar thans kennen. Hopelijk zal over enige tijd blijken dat de gebruikersgemeenschap net zo vaardig met deze wijzigingen zal weten om te gaan als tot nu toe met de talrijke informele, vaak pragmatische innovaties aangebracht

door de Europese Commissie in haar administratieve praktijk op concentratiecontrolegebied.

Of Nederland de eigen concentratiecontroleregeling neergelegd in de Mededingingswet zal aanpassen aan de nieuwe communautaire inzichten met betrekking tot volwaardige structurele joint ventures, valt te betwijfelen. Hiervoor zou een wijziging van de Mededingingswet nodig zijn. De belangrijkste reden tot wijziging van het communautaire regime terzake houdt immers verband met de procedurele achterstelling van dit soort tot nu toe coöperatieve joint ventures ten opzichte van de concentratieve variant. Van procedurele achterstelling van coöperatieve joint ventures naar Nederlands mededingingsrecht is minder, maar nog altijd wel sprake. Waar concentratieve joint ventures binnen hooguit vier weken respectievelijk vier + dertien weken na aanmelding beoordeeld dienen te worden,<sup>36</sup> daar dienen coöperatieve joint ventures binnen vier of – na verlenging – acht maanden in totaal te worden behandeld.<sup>37</sup> Als het tegenzit, kan de behandeling van een coöperatieve joint venture dus ongeveer twee keer zolang duren als een concentratieve.<sup>38</sup> Een ander belangrijk verschil is, dat een concentratieve joint venture voor altijd en een coöperatieve joint venture voor bepaalde tijd wordt

29 Volgens de Concentratieverordening binnen één maand in de eerste fase (zie artikel 10, lid 1) en binnen vier aanvullende maanden in de tweede fase (zie artikel 10, lid 3).

30 Respectievelijk *Steetley/Tarmac*, Case No. IV/M.180 (12 februari 1992), *GEHE/Lloyds*, nog niet gepubliceerd, *Holdercim/Cedest*, Case No. IV/M.460 (6 juli 1994) en *McCormick/CPC/Rabobank/Ostmann*, Case No. IV/M.330 (29 oktober 1993).

31 Zie artikel 1, lid 8 van de Wijzigingsverordening ter wijziging van artikel 9, lid 2 van de Concentratieverordening.

32 Zie artikel 1, lid 12 van de Wijzigingsverordening ter wijziging van artikel 22, lid 3 van de Concentratieverordening.

33 Zie artikel 1, lid 5, onder b van de Wijzigingsverordening tot invoeging van een artikel 6, lid 1, bis en ter van de Concentratieverordening.

34 Zie artikel 1, lid 5 van de Wijzigingsverordening ter aanvulling van artikel 6, lid 1, onder b van de Concentratieverordening. Voorbeelden van dergelijke nevenrestricties zijn concurrentiebedingen tussen koper en verkoper; licenties betreffende industriële en commerciële eigendomsrechten en koop- en leveringsovereenkomsten tussen koper en verkoper. Zie hiervoor de Mededinging betreffende

nevenrestricties bij concentraties van de Europese Commissie (PB. C 203 van 14 augustus 1990, pag. 5 e.v.).

35 Het gaat om een aanpassing aan Richtlijn 86/635/EEG van de Raad van 8 december 1986 betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van banken en andere financiële instellingen genoemd in het nieuwe artikel 5(3a) van de Concentratieverordening als voorzien in artikel 1(4) van de Wijzigingsverordening.

36 Zie artikel 37, respectievelijk artikel 44 van de Mededingingswet.

37 Zie artikel 19 van de Mededingingswet.

38 De Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet (Tweede Kamer, vergaderjaar 1995-1996, 24 707, nr. 3, pag. 34 stelt echter hoopvol dat de NMA zal streven 'om de beoordelingsstermijn voor (coöperatieve) joint ventures gelijk te laten lopen aan de termijn, die geldt voor de beoordeling van concentraties. Dit betekent dat op de aanvraag om ontlasting voor dergelijke joint ventures in beginsel binnen vier maanden zal worden beslist (...)'.  
 39 Zie artikel 19 van de Mededingingswet.

goedgekeurd.<sup>39</sup> Nog een verschil is, dat het niet op tijd beslissen terzake van een concentratieve joint venture wordt gelijkgesteld met het verlenen van toestemming,<sup>40</sup> terwijl het niet op tijd behandelen van een coöperatieve joint venture alleen maar leidt tot een voor bezwaar en beroep vatbare fictieve weigering.<sup>41</sup>

Hoe beneden de communautaire toepassingsdrempels vallende concentraties behandeld worden, is overigens een zaak van nationaal recht. Dogmatisch is er naar EG-mededingingsrecht geen bezwaar dat dergelijke benedendrempelige concentraties naar nationaal recht buiten concentratiecontrole om aan de hand van de gewone kartelregels worden beoordeeld. Nederlands-dogmatisch is er echter wel bezwaar tegen, waar de oorzaak van de Mededingingswet juist gelegen is in convergentie met het EG-mededingingsrecht. Een gelijk begrippenapparaat, ook met betrekking tot joint ventures, zou de praktijk alleen maar een dienst bewijzen.

Mr. P.V.F. Bos

De auteur is werkzaam als advocaat bij Trenité Van Doorne te Brussel.

39 Zie artikel 21, lid 1 van de Mededingingswet.

40 Dit geldt voor op de voet van artikel 37, lid 2 van de Mededingingswet vergunningsplichtige concentratieve joint ventures,

gelijk artikel 44 van de Mededingingswet bepaalt.

41 Zie artikel 6:2, sub b Algemene wet bestuursrecht.