



Artikelen

Het Groenboek over de herziening van de controle op concentraties: efficiëntievoordelen herbekeken

dr P.D. Camesasca en Prof. mr B. van de Walle de Ghelcke

In een relatief klein onderdeel van het Groenboek over de herziening van de Concentratieverordening¹ formuleert de Europese Commissie ('de Commissie') haar voorstel om de materiële toets van de Concentratieverordening te bespreken. De Commissie opent het debat over de vraag of de huidige toets, opgenomen in artikel 2 van de Concentratieverordening, naar de Amerikaanse standaard van substantiële concurrentievermindering ('substantial lessening of competition' of 'SLC') zou kunnen worden omgezet. Bovendien wordt de aandacht gevestigd op rol en reikwijdte van efficiëntievoordelen op het vlak van concentratiecontrole. De Commissie definieert het efficiëntieverweer daartoe als volgt: 'een concentratie kan op grond van efficiëntievoordelen toch doorgang vinden wanneer wordt aangenomen dat de efficiëntievoordelen voor de economie zwaarder doorwegen dan de schade die het gevolg is van een verminderde concurrentie'.

De materiële toepassing van de Concentratieverordening roept de volgende, vrij verwante en soms door elkaar gehaalde, mededingingspolitieke vragen op:

- Is de huidige 'dominantie'-standaard steeds aangewezen of dient het vervangen te worden door de bovengenoemde 'SLC'-norm, waarbij de meningen verdeeld zijn of deze normwijziging een concreet verschil zou uitmaken in het beleid?
- Is het objectief van het concentratiecontrolebeleid in de eerste plaats de bescherming van respectievelijk het voordeel voor de gebruiker of consument, of doelt het

tevens op het behoud van de concurrentiële kansen van andere marktdeelnemers, in de eerste plaats van de concurrenten van de partijen tot de concentratie?

- Is er in dit beleid plaats voor efficiëntieoverwegingen en zo ja, op welke wijze?

In deze bijdrage concentreren wij ons op de efficiëntieproblematiek zelf en onderzoeken we de sporen die efficiëntieargumenten hebben achtergelaten op de Europese concentratiecontrole, en de juridische reikwijdte om de efficiënties voor te stellen in de Concentratieverordening. Daarna hebben we het over de verschillende efficiëntietypes en hun rol in de Europese praktijk. Ten slotte bespreken we de rol die efficiëntieargumenten kunnen spelen onder de Concentratieverordening.

Een doorlopende ontwikkeling

De Concentratieverordening bevat geen expliciet efficiëntieverweer. Toch hebben efficiëntieargumenten hun sporen nagelaten in de juridische ontwikkeling van de Concentratieverordening.

Tijdens de voorbereiding van de Concentratieverordening werd er intens gediscussieerd over de reikwijdte van de toegelaten efficiënties.

- In het **1965 memorandum** van de Commissie over de vraag of het Europese mededingingsrecht een systeem van concentratiecontrole nodig heeft, worden schaalvoordelen, kapitaalmarktvoordelen en aanvullingen in vernieuwende activiteiten aangezien als een voordelig resultaat van concentraties.²

De auteurs zijn respectievelijk advocaat te Brussel bij Howrey Simon Arnold & White, LLP, en Linklaters De Bandt.

¹ COM (2001) 745/6 final, par. 159-172.

² Mémorandum sur le problème de la concentration dans le marché commun SEC (65) 3500, I A 3 en 4.

- De ontwerp-verordeningen van 1973 en 1988 bevatten een expliciete afweging om concentraties met duidelijke anticoncurrentiële resultaten goed te keuren omwille van technische of economische vooruitgang (in de stijl van artikel 81 lid 3 EG-Verdrag).³
- In de eerste ontwerp-verordening van 1989 wordt de bewoording in artikel 2 lid 3 aangepast. In deze versie stelt artikel 2 lid 3 dat concentraties die een dominante marktpositie creëren of versterken toch kunnen 'worden goedgekeurd omdat de bijdrage ervan tot de verbetering van de productie of verdeling der producten, tot bevordering van de technische of economische vooruitgang of tot verbetering van de concurrentiestructuur op de gemeenschappelijke markt, de nadelen die daaraan voor de mededinging zijn verbonden, overtreft'.⁴
- Uit vrees voor op industriebeleid geïnspireerde interventies bevat de Concentratieverordening zoals uiteindelijk aangenomen geen expliciet efficiëntieverweer. Daarentegen bevat ze wel '[...] de ontwikkeling van de technische en economische vooruitgang voorzover die in het voordeel van de consument is en geen belemmering vormt voor de mededinging' als één van de evaluatiecriteria aangaande het ontstaan of de versterking van een machtspositie in artikel 2 lid 1 onder b van de Concentratieverordening. Bovendien stelt punt 13 van de aanhef van de Concentratieverordening dat de Commissie bij haar beoordeling moet uitgaan van het algemene kader van de verwezenlijking van de in artikel 2 van het Verdrag bedoelde fundamentele doelstellingen, daaronder begrepen de versterking van de economische en sociale samenhang van de gemeenschap.

Nadat de Concentratieverordening van kracht geworden is, blijven efficiënties echter opduiken, telkens gevat als argument pro of contra de mededingingsrechtelijke evaluatie.

- Een aantal ambtenaren van de Commissie die nauw betrokken zijn bij de praktijk van de concentratiecontrole hebben (ten persoonlijke titel weliswaar) verklaard dat er moeilijk kan worden beweerd dat de Concentratieverordening geen welvaartsafweging bevat.⁵
- Omdat een juridische interpretatie van artikel 2 van de Concentratieverordening het niet toelaat de precieze reikwijdte van dit artikel te bepalen, besluit het Europees Hof van Justitie in *Kali und Salz* (1998) dat deze bepaling moest worden 'uitgelegd aan de hand van haar doel en algemene opzet'. Dus, 'op basis van een prospectief onderzoek van de referentiemarkt' moet de Commissie bepalen of een concentratie leidt tot een situatie waarin effectieve concurrentie in de betreffende markt duidelijk wordt verhinderd', terwijl de inherente complexiteit van de onderliggende economische argumenten een zekere graad van discretie toelaat.⁶
- Het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen stelt in 1995 in de zaak *Vittel* dat de Concentratieverordening 'de Commissie verplicht een

economische balans op te maken van de betrokken concentratie'.⁷

- Een aantal belangrijke zaken waarover de Commissie heeft geoordeeld, hebben te maken met het probleem van efficiënties, zonder echter een definitieve houding aan te nemen. Vergelijk in het bijzonder *ATR/de Havilland* (1991), *Mercedes-Benz/Kässbohrer* (1995), *ABB/ Daimler-Benz* (1997), *Veba/Degussa* (1998), en *Danish Crown* (2000) als voorbeelden waarin efficiënties een positieve rol hebben gespeeld (vergelijkbaar met een soort efficiëntieverweer, of 'efficiency defence'); en *AT&T/NCR* (1991), *Dräger/IBM/HMP* (1991), *MSG Media Service* (1994), *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/ NOM* (1996), en *GE/Honeywell* (2001) als voorbeelden waarin efficiënties een negatieve rol hebben gespeeld (vergelijkbaar met een soort efficiëntiedelict, of 'efficiency offence').⁸ Tegen deze laatste zienswijze heeft EG Commissaris voor de Concurrentie Monti zich heftig gekeerd door stellig te verklaren 'there is no such a thing as a so-called "efficiency offence" in EU merger control law and practice'.⁹
- Het verband kan worden gelegd met het vaak door de Commissie (en wel in de negatieve zin) gehanteerd begrip 'concurrentievoordeel'. Efficiënties die een 'concurrentievoordeel' verlenen staan haaks tegenover een concurrentiepolitiek die de competitieve kansen van derden wil vrijwaren, minstens aan dat objectief veel gewicht geeft. De dialoog die tussen de Commissie en haar Amerikaanse tegenhangers in het kader van het Groenboek en de naweeën van *GE/Honeywell* (2001) omtrent dit thema is ontstaan, benadrukt verder het belang van een correcte interpretatie van de aan beide kanten gebruikte woordenschat.¹⁰

Uit bovenvermelde punten kunnen we besluiten dat (1) efficiënties een rol moeten spelen onder de Concentratieverorde-

3 *Pb.* 1973, C 92/1, artikel 1 lid 3; en *Pb.* 1988, C 130/4.

4 *Pb.* 1989, C 22/14.

5 Langeheine, Substantive review under the EEC Merger, *Fordham Corp. L. Inst.* 481, 495 en 500 (Hawk ed., 1991); en Kleeman, Enthält Art. 2 der EG-Fusionskontrollverordnung eine wettbewerblische Abwägungsklausel?, in: *Festschrift für Otfried Lieberknecht*, 379, 382 (Niederleithinger, Werner & Wiedemann eds., 1997); Drauz, Unbundling GE/Honeywell: the Assessment of Conglomerate Mergers Under EC Competition Law, *Fordham Corp. L. Inst. (Hawk, ed. 2001)*.

6 Gevoegde Zaken C 68/94 en 30/95 *Kali und Salz*, 1998, in: *ECR I-1375*, par. 164, 178 en 221. De eis van een prospectief onderzoek wordt nogmaals benadrukt in het arrest *Airtours* van 6 juni 2002, zaak T-342/99, n.n.g., zie onder meer par. 63.

7 Zaak T-12/93 *Vittel versus Commission*, 1995, in: *ECR List -1247*, par. 39.

8 Vergelijk de tabel op p. 223, met een selectie van zaken waarin synergieën een rol hebben gespeeld.

9 Monti, 'Roadmap for the reform project', toespraak te Brussel, 4 juni 2002.

10 Vergelijk Monti, 'The Future of Competition Policy in the European Union', toespraak te Londen, 9 juli 2001; en Kolasky, 'North Atlantic Competition Policy: Convergence toward what?', toespraak te Londen, 17 mei 2002.

ning, maar dat (2) het tezelfdertijd helemaal niet duidelijk is wat de juridische implicaties van die rol moeten zijn.

De reikwijdte voor efficiëntieargumenten onder de Concentratieverordening

De eerste stap om de rol te bepalen die efficiëntieargumenten kunnen spelen onder de Concentratieverordening is te kijken naar de achtergrond van het Europese systeem van controle op concentraties.

Concentraties kunnen tezelfdertijd aanleiding geven tot anti-concurrentiële resultaten en synergieën voortbrengen. In wat bekendstaat als de 'welvaartsafweging van Williamson'¹¹, is de bedoeling van het mededingingsrechtelijk bekijken van een concentratie na te gaan hoe een transactie het niveau van meetbare concentratie beïnvloedt, en af te leiden of een versterkte concentratie noodzakelijk leidt tot anticoncurrentiële resultaten. Die kunnen zichtbaar worden door een prijsstijging of een vermindering van de bedrijfsmiddelen om te innoveren. Dit laatste is een belangrijke aanvulling op het model van Williamson omdat het leidt tot een meer dynamische evaluatie van concentraties¹² (zie ook de referentie van de uitspraak in *Kali und Salz* naar een 'prospectief onderzoek van de referentiemarkt').

Op mededingingsrechtelijk beleidsniveau is het volgende van toepassing:

- Een evenwichtige aanpak van de concurrentiële bepaling van antitrustkwesties in het algemeen, en meer specifiek van concentraties, vloeit onmiddellijk voort uit de economische doelstellingen van het Europees Verdrag en de allang bestaande eis van de Europese Gerechtshoven om een **economische analyse** uit te voeren van de concurrentieregels.¹³
- De Europese mededingingswet heeft daartoe geopteerd voor een **standaard op basis van consumentenwelvaart**.¹⁴ Dit betekent niet dat EG concentratiecontrole *uitsluitend* gericht is op 'consumer welfare': het omvat eveneens objectieven die in de praktijk verband houden met de integratie van de gemeenschappelijke markt, maar ook met een gezonde concurrentiestructuur en dus met de vrijwaring van de kansen van concurrenten.¹⁵
- Elk efficiëntieverweer onder deze standaard vraagt dus dat zulke **voordelen de consumenten ten goede komen** (de zogenoemde 'pass on'). Kortstondige prijsverminderingen zijn dus niet te beschouwen als efficiënties omdat zij geen bestendige vermindering uitmaken van de productiekosten van het geconcentreerde bedrijf, die op duurzame wijze ten goede van de consumenten zal komen. Meer in het algemeen zou men kunnen stellen dat, trouwens analoog met de toepassing van artikel 81 lid 3 EG-Verdrag, efficiëntievoordelen die uitsluitend ten goede komen van de concentratieonderneming, zonder ruimere bijdrage tot de economische of technische vooruitgang, reeds om die reden niet als efficiëntieverweer zullen weerhouden worden.
- Vertaald naar de economie zou het vooropstellen van consumentenwelvaart niet mogen betekenen dat de

voordelige impact die concentraties kunnen hebben irrelevant is. We kunnen eerder verwachten dat dergelijke positieve voordelen een rol gaan spelen *tijdens* de mededingingsrechtelijke beoordeling, en dit als ze uiteindelijk de tussenbedrijven en de eindconsumenten ten goede komen. Concentraties in dit kader moeten worden geanalyseerd volgens hun welvaartsresultaten, die **zowel positief als negatief** kunnen zijn (zie ook de referentie van de uitspraak in *Vittel* om een 'economische balans' op te maken).

- De materiële toets in de economie is er een van marktmacht van één bedrijf of meerdere bedrijven, dewelke meet in hoeverre partijen tot een concentratie de prijzen van hun producten zouden kunnen verhogen tot boven het concurrentieel niveau, terwijl er nog altijd voldoende vraag naar de producten behouden blijft om zo'n prijsstijging winstgevend te maken.
- Voor de **Verenigde Staten** is dit aldus opgenomen in Sectie 0,1 van de 1992/1997 Merger Guidelines.
- Voor de **Europese Unie** concludeert de Commissie in paragraaf 163 van het Groenboek dat de materiële toets ook marktmacht meet, en dat artikel 2 van de Concentratieverordening '*voldoende flexibel is om ruimte te bieden voor een op effecten gebaseerde analyse op grond van meer gesofisticeerde micro-economische instrumenten en modellen die [ontworpen zijn] door econometrisch onderzoek en onderzoek naar industriële organisatie*'. Recente verklaringen laten uitschijnen dat 'marktmacht' ten slotte de belangrijkste standaard van concentratiecontrole zou kunnen worden.¹⁶
- Op basis van het voorgaande voorziet het **systeem in de Verenigde Staten een expliciet efficiëntieverweer** om bevindingen van anticoncurrentiële resultaten te weerleggen, vergelijk sectie 4 van de 1992/1997 Merger Guidelines, die zegt dat de antitrustautoriteiten 'een fusie niet in twijfel zullen trekken als er waarneembare efficiënties zijn van die aard en grootte dat de concentratie niet anticoncurrentieel neigt te zijn in één van de betrokken markten' ('will not challenge a merger if cognisable efficiencies are of a character and magnitude

11 Genoemd naar een bijdrage van Williamson, gepubliceerd als Williamson, Economics as an antitrust defense: the welfare trade-offs, in: 58 *AER* 18 (1968).

12 Berry & Pakes, Some applications and limitations of recent advances in empirical industrial organisation: merger analysis, in: 83 *AER*, P&P 247 (1993); Gowrisankaran, A dynamic model of endogenous horizontal mergers, in: 30 *Rand J. Econ.* 56 (1999).

13 Zaak 56/65 STM v. Maschinenbau Ulm, 1966, in: *EHR* 235, par. 3 en 8.

14 Gevoegde zaken 41/73 et al. Sugar, 1973, in: *ECR* 1465, par. 7.

15 Hawk en Depoortere vertalen dit als 'promotion of business rivalry and entrepreneurial opportunity' (zie Hawk & Depoortere, 'Modernization and Enforcement of Merger Control in EC Competition Law, Comparison of EC and U.S. Law', toespraak te Leuven, 7 juni 2002).

16 Monti, 'Roadmap for the reform project', toespraak te Brussel, 4 juni 2002.

such that the merger is not likely to be anticompetitive in any relevant market').¹⁷

Het Europese systeem bevat geen expliciet efficiëntieverweer. De volgende parameters schetsen alvast hun rol:

- De Concentratieverordening bevat een **neutraal systeem** van controle op concentraties, noch tegen, noch voor concentraties.
- Uit de bewoording van artikel 2 van de Concentratieverordening blijkt dat een concentratie moet worden verboden als deze een machtspositie in het leven roept of versterkt waardoor daadwerkelijke mededinging op significante wijze wordt belemmerd.
- Concentraties die zo'n machtspositie niet in het leven roepen noch versterken, zijn toegelaten.
- Binnen dit kader kan er rekening worden gehouden met synergieën tijdens de beoordeling van het effect van de concentratie op de marktmacht, en, afhankelijk van hun effect op de welvaart, kunnen ze positief of negatief zijn. Dit betekent dat elke zaak apart moet worden bekeken.
- Als de synergieën marktmacht versterken (m.a.w. de synergieën hebben een **negatief** effect op de welvaart), kunnen ze als argument tegen de concentratie worden gebruikt. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als de schaalvoordelen zo aanzienlijk zijn dat ze eigenlijk een belemmering voor markttoegang vormen.¹⁸
- Als de synergieën marktmacht niet versterken (bijvoorbeeld omdat effectieve reacties op de markt mogelijk blijven, m.a.w. de synergieën brengen **positieve** welvaartsresultaten met zich mee), dan zouden ze in het voordeel van de concentratie moeten spelen.

Synergieën in de economie kunnen mededingingsrechtelijk dus zowel als efficiëntieverweer alsook als efficiëntiedelict worden gebruikt, afhankelijk van hun resultaat op de welvaart.

Efficiënties in de praktijk

De tweede stap om de rol te bepalen die efficiëntieargumenten kunnen spelen onder de Concentratieverordening, is te kijken naar de impact die ze in de praktijk hebben gehad.

Er bestaan verschillende types van synergieën dewelke aan de grondslag van een efficiëntieargumentatie kunnen liggen:

- Schaalvoordelen ('economies of scale'), waarbij de productiviteit toeneemt door een beter gebruik van de capaciteit en door lagere kosten per producteenheid.
- Voordelen van reikwijdte (breedtevoordelen, of 'economies of scope'), ontstaan door verschillende producten te maken met dezelfde grondstoffen en/of dezelfde productielijnen, met als resultaat een betere bezetting van grondstoffen, productielijnen en/of personeel, en tevens ook een zekere risicospreiding.
- Voordelen bereikt in het samengaan van het bestuur, waarbij overheadkosten en andere inefficiënties kunnen

worden gereduceerd, en tekortkomingen inzake talent en motivatie kunnen worden aangepakt.

- Voordelen op de kapitaalmarkt, ten gevolge van lagere kosten die gepaard gaan met het lenen door grotere bedrijven en gespreide risico's.
- Voordelen in marketing en distributie, dewelke het toelaten om de verkoops- en distributienetwerken samen te voegen, een breder productgamma aan te bieden, en de publiciteitscampagnes te coördineren.
- Voordelen bereikt in O&O en innovatieve activiteiten, zoals het spreiden van kosten en risico's, het bijeenbrengen van aanvullende capaciteiten, de eliminatie van overbodige O&O, en de transfer van technologie en knowhow.

In de Europese concentratiecontrole zijn efficiënties besproken geweest doorheen het functioneren van de Concentratieverordening. De tabel op p. 223 bevat een selectie van belangrijke zaken waarin synergieën een rol hebben gespeeld. Zonder exhaustief te willen zijn¹⁹, kunnen we uit deze tabel enkele algemene conclusies trekken over de impact van efficiënties:

- De verschillende types van synergieën die meestal worden gebruikt om de economische waarde van een transactie in te schatten, namelijk schaalvoordelen, voordelen van reikwijdte, voordelen bereikt in het samengaan van het bestuur, voordelen op de kapitaalmarkt, voordelen in marketing en distributie, en voordelen bereikt in O&O en innovatieve activiteiten, zijn allemaal terug te vinden in de beslissingspraktijk van de Europese Commissie.
- De gepubliceerde beslissingen tonen het belangrijkste nadeel verbonden aan een efficiëntieargumentatie zonder daaraan een afgebakende rol te geven: er is geen **systematische aanpak** terug te vinden in de jurisprudentie van de Europese Commissie. Zoals hoger vermeld ontkent de Commissie, bij monde van Commissaris Monti, dat zoiets als een 'efficiency offence' zou bestaan, alhoewel de meeste commentatoren het anders bekijken. In een eerdere toespraak had de Commissaris reeds verklaard: '...we are not against mergers that create more efficient firms. Such mergers tend to benefit consumers, even if competitors might suffer from increased competition. We are however against mergers that, without creating efficiencies, could raise barriers for competitors and lead, eventually, to reduced consu-

17 Vergelijk inzake het systeem in de Verenigde Staten: Kolasky & Dick, 'The merger guidelines and the integration of efficiencies into antitrust review of horizontal mergers', toespraak te Washington DC, 10 juni 2002.

18 Mankiw & Whinston, Free entry and social inefficiency, in: 17 *Rand J. Econ.* 48 (1986).

19 Vergelijk ook Camesasca, European Merger Control: Getting the Efficiencies Right, 295-311 (2000).

	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11
Type synergie											
Scale			x		x		x	x	x	x	x
Scope	x	x	x		x	x		x	x	x	x
Management		x	x		x	x					
Kapitaalmarkt		x	x		x						x
Marketing	x		x		x			x	x		x
O&O en Innovatie	x		x	x	x			x	x		x
Voorwaarden											
Eigen aan de fusie			nee							nee	
Niet op andere wijze										nee	
Kwantificatie			ja							ja	
Pass on			nee			nee					
Welvaartseffect											
Positief effect			x		x		x	x		x	
Negatief effect	x	x		x		x			x		x
Toestemming	ja	ja	nee	nee	ja	nee	ja	ja	ja	ja	nee

Bron: beslissingen van de Europese Commissie.

1 AT&T/NCR (1991)

2 Dräger/IBM/HMP (1991)

3 ATR/de Havilland (1991)

4 MSG Media Service (1994)

5 Mercedes-Benz/Käss-bohrer (1995)

6 St.Gobain/ Wacker/ NOM (1996)

7 ABB/Daimler-Benz (1997)

8 Veba/ Degussa (1998)

9 Exxon/ Mobil (1999)

10 Danish Crown (2000)

11 GE/ Honeywell (2001)

- mer welfare'.²⁰ Dit houdt echter geen duidelijke erkenning in van het efficiëntieverweer als systematische beoordelingsmethode. Bovendien geldt de waarschuwing dat de Commissie er niet van uitgaat dat concentraties noodzakelijkerwijze tot efficiënties leiden zodat het efficiëntieverweer steeds kritisch, zo niet met 'gezond scepticisme' onthaald zal worden.
- Hierdoor is er **geen rechtszekerheid** over (i) de impact van de verschillende types van synergieën, (ii) of ze specifiek betrekking moeten hebben op de betreffende concentratie, (iii) of ze buiten beschouwing moeten worden gelaten als ze kunnen worden bereikt met andere, minder concurrentie beperkende middelen, (iv) hoe nauwkeurig het bepalen van efficiënties moet gebeuren, en (v) hoe ver en wanneer efficiëntievoordelen consumenten ten goede moeten komen. Voor bedrijven die concurrentieel gezien transacties aanmelden die 'op het randje' zijn, gebeurt de formulering van de efficiëntieargumenten min of meer met de natte vinger. Dit kan mislopen als de Commissie deze synergieën, ondanks recente verklaringen van het tegendeel, aanziet als de eigenlijke oorzaak van negatieve welvaartsresultaten.

Kwantificering en ten goede komen

Uit bovenstaande blijkt dat elk toekomstig debat over de rol van efficiënties onder de Europese concentratiecontrole twee belangrijke aspecten ervan moet benadrukken: de kwantificering en het daarop aansluitend ten goede komen van de consumenten.

In verband met de **kwantificering** van efficiëntieargumenten:

- Economische modellen hebben het welvaartsafwegingsmodel van Williamson verder ontwikkeld, zodat het thans mogelijk is de verschillende 'inputs' te bepalen. Farrell en Shapiro tonen aan hoe een voor de betrokken bedrijven winstgevend concentratie de prijzen zal doen stijgen als er tussen hen geen synergie bestaat, waarbij bedrijven met een hoog marktaandeel indrukwekkende synergieën ('impressive synergies') moeten ontwikkelen als hun concentratie de prijs moet doen dalen.²¹
- Verder onderzoek heeft de economische inzichten uitgebreid zodat er tegenwoordig ook rekening kan worden gehouden met gevallen waarbij marktmacht te evalueren is binnen het kader van één bedrijf of verschillende bedrijven, homogene en gedifferentieerde goederen, en statische en dynamische omgevingen.²²

In het kader van de consumentenwelvaart vereist de grootte van de efficiënties die de welvaart verliezen moeten compenseren, synergieën van 25 tot 60 percent tegenover de productiekost vóór de concentratie om stijgende prijzen (en een mededingingsrechtelijke interventie) te voorkomen.²³

In verband met het **ten goede komen** van synergieën aan consumenten:

20 Monti, 'The Future for Competition in the European Union', toespraak te Londen, 9 juli 2001.

21 Farrell & Shapiro, Horizontal mergers: an equilibrium analysis, in: 80 *AER* 107 (1990).

22 Voor een overzicht, zie Camesasca, European Merger Control: Getting the Efficiencies Right, 67-70 (2000).

23 Werden, A robust test for consumer welfare enhancing mergers among sellers of differentiated products, in: 44 *J. Ind. Econ.* 409 (1996).

- Economische modellen hebben kosten van het voordeelcijfer eigen aan ieder bedrijf ('firm-specific cost pass-through rate') bepaald.²⁴
- Er is hoe dan ook geen duidelijkheid over de tijdsspanne die nodig is om de besparing ten goede te laten komen aan de consumenten.

Synergieën moeten dus aantoonbaar consumenten bereiken. Om zeker te zijn dat de kostenbesparingen hun wel degelijk ten goede komen, moet er een opvolgingsmechanisme worden ontwikkeld.

Efficiëntieargumenten kunnen dus worden gekwantificeerd, ook al vraagt dit complexe modellen en omvangrijke gegevens. Toch zijn de instrumenten aanwezig, en kunnen ze bedrijven aanzetten te investeren in economische expertise – indien het duidelijk is welke rol de efficiëntieargumenten spelen onder de Concentratieverordening. Terwijl dit noodzakelijk zou leiden tot een hoge beoordelingsvrijheid van de Commissie wanneer ze efficiëntieargumenten moet evalueren (een beoordelingsvrijheid die het Europees Hof van Justitie inherent vond aan de economische complexiteit van de controle op concentraties, vergelijk *Kali und Salz*), zou tezelfdertijd een verhoogde begeleiding duidelijk de juridische zekerheid verhogen. Dit kan de Commissie opvangen door een bekendmaking. Deze 'guidelines' worden tegen eind 2002 verwacht.

Conclusies

De lovenswaardige intenties van de Commissie om het debat over de materiële toets van de Concentratieverordening te openen, zijn tweevoudig: aan de ene kant de globale concentratiebeoordeling voor bedrijven en antitrustautoriteiten te vereenvoudigen, en aan de andere kant de economische basisinzichten van de beoordelingsprocedure van de Commissie te verbeteren.

Niet de naam van de materiële toets van de Concentratieverordening is belangrijk, of het nu 'machtspositie' is of de 'substantiële concurrentievermindering', maar de sterkte van de achterliggende economie, zowel de theorie als haar toepassing op de feiten.

De economie heeft aangetoond dat synergieën zowel negatieve als positieve welvaartseffecten kan hebben. Omgezet naar een juridisch jargon, kunnen synergieën zowel leiden tot een efficiëntiedelict ('efficiency offence') als tot een efficiëntieverweer ('efficiency defence'). Op grond van recente verklaringen zou het 'efficiëntiedelict' niet aan de orde zijn, maar dit sluit niet uit dat de hantering van het 'concurrentievoordeel'-criterium tot gelijkaardige resultaten zou kunnen leiden.

Om te bepalen welke rol efficiëntieargumenten spelen in de Concentratieverordening, moeten twee belangrijke aspecten nader worden bekeken en (onder meer in de aangekondigde bekendmaking over marktmacht) begeleid door de Europese Commissie: kwantificering van de efficiëntieargumenten en de reikwijdte om de welvaartswinst ten goede te laten komen aan de consumenten.

Met meer begeleiding zal de economische precisie van de materiële toets van de Concentratieverordening verbeteren, en dit zonder te raken aan de bewoording van de Concentratieverordening, noch aan de economische doelstelling om de consumentenwelvaart te verbeteren. Tezelfdertijd moet de rechtszekerheid over de rol van efficiëntieargumenten worden verhoogd.

De complexiteit en de noodzakelijke beoordelingsvrijheid die betrokken zijn bij efficiëntieargumenten mogen geen afschrikmiddel zijn. Of, om het over de reikwijdte van elke regelgevende kosten-batenanalyse met de woorden van het Britse Cabinet Office te stellen: 'je moet de kosten en baten niet negeren gewoon omdat ze moeilijk te kwantificeren en te waarderen zijn' ('you should not disregard costs and benefits simply because they are difficult to quantify or value').²⁵

24 Ashenfelter, Ashmore, Baker & McKernan, Identifying the firm-specific cost pass-through rate, in: *FTC working paper 217* (1998).

25 Vergelijk <http://www.cabinet-office.gov.uk>.