



COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

Brussel, 11.12.2001
COM(2001) 745 definitief

GROENBOEK

over de herziening van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad

(voorgesteld door de Commissie)

INHOUDSOPGAVE

GROENBOEK over de herziening van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad.....	1
GROENBOEK over de herziening van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad.....	4
SAMENVATTING	4
I. INLEIDING	6
II. VRAAGSTUKKEN OP HET GEBIED VAN DE BEVOEGDHEID.....	9
A. Communautaire dimensie	10
1. Achtergrond.....	10
2. Samenvatting van de te behandelen vraagstukken.....	11
3. Beoordeling van de mogelijke opties voor een wijziging van artikel 1, lid 3.....	12
a) Wijzigingen in de vijf constituerende criteria van artikel 1, lid 3 zullen waarschijnlijk niet tot een aanmerkelijke verbetering leiden	13
b) Wijziging van artikel 22 leidt vermoedelijk niet tot een aanzienlijke verbetering (en zou harmonisatie van nationale wetgevingen vereisen).....	17
c) Automatische bevoegdheid van de Gemeenschap in zaken waarin meervoudige aanmeldingen zijn vereist.....	17
d) Conclusie inzake de mogelijke opties voor de wijziging van artikel 1, lid 3.....	19
4. Taakverdeling in een uitgebreide Gemeenschap - een lange-termijnperspectief.....	19
B. Verwijzing naar de lidstaten, artikel 9	20
1. Achtergrond.....	20
2. Overzicht van de te behandelen vraagstukken	21
3. Mogelijke wijzigingen	22
a) Eenvoudiger criteria voor verwijzing.....	23
b) Verwijzing op initiatief van de Commissie.....	24
c) Termijnen	24
C. Gezamenlijke verwijzingen naar de Commissie, artikel 22, lid 3	25
1. Procedurele zwakke punten van artikel 22, lid 3	26
2. Operationele zwakke punten van artikel 22, lid 3.....	27
3. Conclusie inzake artikel 22, lid 3.....	28
D. Het begrip "concentratie": voor herziening vatbare punten.....	28
1. Minderheidsbelangen	29

2.	Strategische allianties.....	31
3.	Artikel 2, lid 4	31
4.	Niet-volwaardige gemeenschappelijke productieondernemingen	32
5.	Meervoudige transacties.....	34
6.	Investerings in risicokapitaal, artikel 3, lid 5	37
7.	Convergentie - "Zeggenschap" vs. "Groep".....	39
8.	Samenvatting van de conclusies.....	40
III.	MATERIËLE VRAAGSTUKKEN	41
A.	De materiële toets.....	41
B.	Specifieke efficiëntievoordelen van concentraties.....	43
C.	De vereenvoudigde procedure.....	44
IV.	PROCEDURELE AANGELEGENHEDEN	46
A.	Feit dat de aanmeldingsverplichting doet ontstaan	46
B.	Opschorting van concentraties	47
C.	Berekening van termijnen	48
D.	Administratieve efficiëntie.....	49
E.	Volledigheid van de aanmelding.....	49
F.	Procedure inzake verbintenissen	51
1.	Wijziging van de toepasselijke procedure.....	53
G.	Artikel 8, lid 4	55
H.	Bepalingen inzake rechtshandhaving.....	56
I.	Indieningstaksen.....	58
J.	Eerlijk proces; controles en waarborgen	59
V.	VERZOEK OM INDIENING VAN OPMERKINGEN	64
	BIJLAGEN.....	66

GROENBOEK

over de herziening van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad

SAMENVATTING

De voorgenomen herziening van de concentratieverordening heeft ten doel ervoor te zorgen dat de concentratieverordening een effectief instrument voor concentratiecontrole blijft in een veranderend economisch en politiek klimaat, zowel in Europa als wereldwijd. Hoewel de voorstellen voortbouwen op de verordening, die gedurende de afgelopen tien jaar met succes is toegepast, trachten zij tevens een antwoord te vinden op de uitdagingen die zich voordoen in de vorm van wereldwijde fusies, monetaire unie, marktintegratie, uitbreiding en de noodzaak om met andere rechtsgebieden samen te werken. De Commissie is van mening dat de herziening moet berusten op de beginselen die aan de concentratieverordening ten grondslag liggen, namelijk de noodzaak *om een doeltreffende, efficiënte, eerlijke en transparante controle op concentraties tot stand te brengen op het daartoe het meest geschikte niveau*, overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel.

Vraagstukken op het gebied van de bevoegdheid

Communautaire dimensie

Uit het onderzoek dat de Commissie heeft verricht naar de werking van de concentratieverordening is gebleken dat de drempelwaarden van artikel 1, lid 2, evenals de 2/3-regel, bevredigend functioneren. Wat artikel 1, lid 3, betreft moet echter worden opgemerkt dat, hoewel het belangrijkste onderliggende beginsel (namelijk dat de Commissie zich moet bezighouden met zaken die drie of meer lidstaten betreffen) nog altijd geldt, de in de bepaling vervatte criteria op het gebied van bevoegdheid het probleem inzake de meervoudige aanmeldingen niet hebben kunnen oplossen, zoals de bedoeling was. Als gevolg hiervan moeten zaken van communautair belang nog altijd in een aantal lidstaten worden aangemeld en onderzocht. Bijzonder zorgwekkend is de toename van meervoudige aanmeldingen in drie of meer lidstaten, en het feit dat de uitbreiding van de Gemeenschap deze ontwikkeling waarschijnlijk nog zal aanscherpen. Het voorstel van de Commissie omvat derhalve een wijziging van artikel 1, lid 3, welke vóór de uitbreiding van de Gemeenschap van kracht moet zijn.

Na een analyse van verschillende numerieke wijzigingen in de combinatie van drempels en andere voorwaarden van artikel 1, lid 3, verzoekt de Commissie de belanghebbenden hun mening te geven over de mogelijkheid om de Gemeenschap een automatische bevoegdheid te verlenen voor zaken die in drie of meer lidstaten moeten worden aangemeld.

De artikelen 9 en 22 inzake verwijzingen blijven van belang omdat zij een zekere mate van flexibiliteit waarborgen bij de verdeling van bevoegdheden op het gebied van de concentratiecontrole. Uit het onderzoek van de Commissie is gebleken dat er over het algemeen positief wordt geoordeeld over een vereenvoudiging van het criterium op grond waarvan uit hoofde van artikel 9 een verwijzingsverzoek kan worden ingediend, bijvoorbeeld door dit verzoek los te koppelen van de verplichting om aan te tonen dat een machtspositie dreigt te ontstaan of te worden versterkt en/of de noodzaak om vast te stellen dat de onderzochte markt geen “substantieel” deel van de gemeenschappelijke markt vormt, te

schrappen. Door een dergelijke wijziging zouden zaken waarvan de gevolgen de nationale grenzen niet overschrijden, gemakkelijker kunnen worden verwezen waardoor de procedures zouden worden versneld. Met het oog op een samenhangende discussie stelt het Groenboek voor om de Commissie de mogelijkheid te bieden op eigen initiatief zaken naar de lidstaten te verwijzen wanneer aan de vastgestelde criteria wordt voldaan. De Commissie stelt tevens voor de bepalingen van artikel 22 met betrekking tot de verwijzing van zaken door de lidstaten naar de Commissie dienovereenkomstig te wijzigen.

Het begrip “concentratie”

In het licht van de opgedane ervaring alsmede van de ontwikkelingen in de handelwijzen van ondernemingen, worden in het Groenboek een aantal mogelijke aanpassingen onderzocht van het begrip “concentratie” dat in artikel 3 van de concentratieverordening wordt gedefinieerd. Met betrekking tot minderheidsdeelnemingen en strategische allianties erkent het Groenboek weliswaar de mogelijk structurele gevolgen van dergelijke transacties, maar zet het tevens uiteen dat het moeilijk is om met voldoende rechtszekerheid de grenzen te bepalen. Wat artikel 2, lid 4 betreft dat betrekking heeft op volwaardige coöperatieve gemeenschappelijke ondernemingen, wordt geconcludeerd dat er eerst meer ervaring moet worden opgedaan alvorens een wijziging te overwegen, terwijl er vooralsnog geen overtuigend argument lijkt te zijn om de concentratieverordening uit te breiden tot niet-volwaardige gemeenschappelijke productieondernemingen. Verder wordt voorgesteld de huidige bepalingen inzake meervoudige transacties te wijzigen om te zorgen voor een meer consequente en doeltreffende toepassing van de regels op het gebied van concentratiecontrole op drie specifieke typen van dergelijke transacties, en wordt de toepasselijkheid van de concentratieverordening op bepaalde soorten risicokapitaaltransacties aan de orde gesteld. Ten slotte wordt in dit hoofdstuk aandacht besteed aan de vraag of het begrip “groep” van artikel 5, lid 4 moet worden geharmoniseerd met het begrip “zeggenschap” van artikel 3, lid 3.

Materiële vraagstukken

Het materiële criterium

Het Groenboek brengt een discussie op gang over de respectievelijke verdiensten van de “machtspositietoets” die in de concentratieverordening is vervat en van de “toets van de substantiële concurrentievermindering” die in sommige andere rechtsgebieden wordt gebruikt. De waarde en doeltreffendheid van de machtspositietoets wordt daarbij erkend en er wordt op gewezen dat er, onafhankelijk van een feitelijke harmonisatie van de wetgeving, reeds een aanzienlijke mate van internationale convergentie tot stand is gekomen. Men zou evenwel kunnen pleiten voor een herziening van de tekst van de verordening terzake, vooral om ervoor te zorgen dat grote rechtsgebieden hetzelfde criterium toepassen of om de inaanmerkingneming van efficiëntieoverwegingen van een duidelijke basis in de wetgeving te voorzien.

Vereenvoudigde procedure

Het Groenboek bevat voorstellen die rekening houden met de succesvolle en soepele toepassing van de mededeling van de Commissie van 2000 betreffende een vereenvoudigde procedure. Voorgesteld wordt om deze procedure te consolideren in een “groepsvrijstellings”-verordening, waardoor de administratieve lasten bij transacties die de concurrentie niet schaden zouden worden verminderd en de beschikbare administratieve middelen worden besteed aan zaken die een grondiger onderzoek vereisen.

Procedurekwesties

Verbintenissen

Het belangrijkste voorstel op het gebied van de procedures betreft de herstructurering van het tijdschema voor de indiening en bespreking van verbintenissen in de eerste en tweede fase van het onderzoek, om de betrokkenen meer tijd te geven om een waardevolle bijdrage te leveren. Met name wordt in het Groenboek een “stop de klok”-bepaling voorgesteld. Deze zou op verzoek van de partijen worden toegepast, waardoor een *ex officio*-verlenging van de procedure zou worden voorkomen.

Eerlijk proces

Verder worden in het document de verschillende mechanismen uiteengezet die van belang zijn voor een eerlijk proces in concentratieprocedures, waaraan de nieuwe regels inzake de behandeling van verbintenissen zouden worden toegevoegd. In dit verband wordt ook het vraagstuk van de doelmatigheid van gerechtelijke toetsing aan de orde gesteld, en wordt verzocht over al deze aspecten opmerkingen in te dienen.

Andere procedurekwesties

Ook andere vraagstukken in verband met de procedure worden in het Groenboek besproken. Zo komen de huidige praktijken inzake "het feit dat de aanmelding doet ontstaan" en het tijdstip waarop aanmelding moet plaatsvinden aan de orde, evenals de verplichting tot inachtneming van een "wachtijd" (artikel 7). Verder worden de belanghebbenden verzocht hun mening te geven over elektronische aanmelding, directe indiening bij de lidstaten van afschriften van de aanmelding door de partijen zelf, aanmeldingskosten en de modaliteiten betreffende onvolledigverklaring. De discussie omvat tevens bepaalde aspecten van de toepassing van artikel 8, lid 4, en een heroverweging van de handhavingsprocedures in het licht van het “moderniserings”-voorstel betreffende de uitvoering van Verordening nr. 17. Tenslotte wordt de invoering van werkdagen voor de berekening van termijnen besproken.

Verzoek om opmerkingen te maken

Belanghebbenden worden verzocht hun standpunt bekend te maken ten aanzien van de in het Groenboek besproken vraagstukken, evenals over andere zaken die van belang zijn voor de uitoefening van concentratiecontrole in Europa. Deze opmerkingen dienen de Commissie uiterlijk op 31 maart 2002 te bereiken.

I. INLEIDING

1. Verordening nr. 4064/89 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (“de concentratieverordening”) werd op 21 december 1989 vastgesteld en trad op 21 september 1990 in werking. Deze verordening bevat de regels die van toepassing zijn op grote concentraties, waarvan de gevolgen geacht worden verder te reiken dan een nationale markt.
2. In de eerste tien jaar dat de concentratieverordening werd toegepast werd zij alom geprezen omdat zij voorzag in een doeltreffende concentratiecontrole op Europees niveau. De invoering van korte en strikte wettelijke termijnen was, en is nog steeds één van de belangrijkste aspecten van de verordening. Volgens de Commissie vormt de verordening nog steeds een passend wetsinstrument met het oog op de

toenemende marktintegratie in Europa, dat zich met name voortdurend kan aanpassen aan nieuwe economische, juridische en politieke ontwikkelingen - zowel in Europa als daarbuiten.

3. De concentratieverordening was gebaseerd op de opvatting dat de totstandbrenging van de interne markt tot een grootscheepse grensoverschrijdende herstructurering van het bedrijfsleven zou leiden, en dat een “*level playing field*” nodig was om te voorkomen dat dergelijke transacties de concurrentie blijvende schade zouden toebrengen. Deze gelijke voorwaarden moesten ervoor zorgen dat dezelfde aanmeldingsverplichtingen, procedure- en wettelijke voorschriften van toepassing zouden zijn op alle concentraties met significante grensoverschrijdende gevolgen.
4. Daartoe kende de concentratieverordening uitsluitende bevoegdheid aan de Commissie toe voor “concentraties met een communautaire dimensie”. Dit one stop shop-beginsel heeft een tweeledig doel. Ten eerste berust het, in de geest van de *subsidiariteit*, op de gedachte dat concentratiecontrole op communautair niveau gerechtvaardigd is gezien het feit dat de lidstaten afzonderlijk niet in staat zijn om dergelijke transacties met grensoverschrijdende reikwijdte en gevolgen in hun geheel aan te pakken. Daarnaast zorgt het one stop shop-stelsel van de verordening voor een vereenvoudiging van de administratieve procedures, waardoor zowel mededingingsautoriteiten als bedrijven de kosten van concentratiecontrole tot een minimum kunnen beperken.
5. Sinds de vaststelling van de concentratieverordening is de Europese Unie uitgebreid van 12 tot 15 lidstaten, en zijn de markten van deze landen steeds sterker geïntegreerd. Bovendien is de exclusieve bevoegdheid van de Europese Commissie op het gebied van concentraties die de omzeldrempels overschrijden na de inwerkingtreding van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER) in 1994 uitgebreid tot het gehele grondgebied van de EER. De grensoverschrijdende herstructurering van het Europese bedrijfsleven is bovendien gestimuleerd door de oprichting van de monetaire unie in 1999.
6. Thans ligt een Europese Unie in het verschiet met, vanaf 2004, een aanzienlijk groter aantal lidstaten, en de voltooiing van de monetaire unie doordat deze, met de invoering van de euro in 2002, de laatste fase bereikt. Tegelijkertijd zet de ontwikkeling in de richting van de internationalisering, en zelfs globalisering, van ondernemingen en markten in steeds hoger tempo door.
7. Deze ontwikkeling gaat gepaard met de invoering in de gehele wereld van een steeds groter aantal controles voorafgaand aan de concentratie (momenteel circa 60), en stijgende kosten in verband met meervoudige-aanmeldingsverplichtingen.
8. Sinds 1990 zijn circa 1 800 concentraties bij de Commissie aangemeld (situatie per juli 2001). Dit cijfer vormt echter slechts een fractie van het totale aantal transacties die in dezelfde periode bij de mededingingsautoriteiten van de lidstaten zijn aangemeld¹. Sinds 1990 hebben veel lidstaten alsook kandidaat-landen, regels op het gebied van concentratiecontrole vastgesteld (of bestaande regels aangepast). Als gevolg daarvan sluiten veel nationale stelsels inzake concentratiecontrole in grote lijnen aan bij de

¹ In 2000 werden in totaal 3 021 zaken bij de nationale mededingingsautoriteiten van de EU aangemeld, tegen 345 aanmeldingen bij de Commissie in hetzelfde jaar.

beginselen van de concentratieverordening. Ondanks deze “zachte harmonisatie” is er nog, in uiteenlopende mate, sprake van verschillen, met name op het gebied van de procedures.

9. Al deze factoren suggereren dat het wenselijk is het volledige wettelijk kader van de Europese concentratiecontrole te herzien, zodat de Commissie en de nationale autoriteiten, zowel afzonderlijk als gezamenlijk, hun middelen optimaal kunnen gebruiken om de mededinging in de Gemeenschap te beschermen terwijl tegelijkertijd een onnodige belasting van het bedrijfsleven in de vorm van nalevingskosten wordt tegengegaan en de rechtszekerheid wordt verbeterd. Dit geldt met name voor middelgrote ondernemingen die door hun beperkte omvang niet onder de geldende omzetzijndrempels van de concentratieverordening vallen, maar die wel verplicht zijn meervoudige nationale aanmeldingen in te dienen.
10. De ervaring die in de eerste tien jaar van toepassing van de concentratieverordening is opgedaan wijst tevens uit dat zowel het toepassingsgebied als de werking van de verordening voor verbetering vatbaar zijn. Wat het toepassingsgebied betreft is een van de grondbegrippen, het begrip “concentratie”, opnieuw vanuit een aantal verschillende gezichtshoeken geëvalueerd. Evenzo is het procedurele kader van de verordening aan een onderzoek onderworpen, en er dienen zich een aantal mogelijkheden aan om zowel de doeltreffendheid van de regels als de rechtszekerheid van degenen op wie zij van toepassing zijn, verder te verbeteren.
11. Sinds de vaststelling in 1989 was de concentratieverordening gebaseerd op het beginsel waarbij concentraties worden beoordeeld op basis van een *machtspositie*-criterium: concentraties die een machtspositie in het leven roepen of versterken dienen onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt (en derhalve onwettig) te worden verklaard. Over het geheel genomen is dit beoordelingscriterium een doeltreffend middel gebleken om potentiële mededingingsproblemen te voorkomen. Veel lidstaten hebben dit voorbeeld namelijk gevolgd en hetzelfde beoordelingscriterium in hun regels vastgelegd. Het voornaamste alternatieve criterium inzake concentratiecontrole, dat in een aantal grote jurisdicties wordt gebruikt en momenteel in sommige lidstaten wordt overwogen, is dat van de *substantiële concurrentievermindering*. Volgens sommige commentatoren leidt het gebrek aan wereldwijde harmonisatie van de beoordelingscriteria voor concentraties tot problemen. Daarom, en omdat thans aanzienlijke ervaring is opgedaan met de toepassing van het machtspositie-criterium, is de Commissie van mening dat dit een goede gelegenheid is om een bredere discussie op gang te brengen over de verdiensten van de twee toetsen, met name gezien de wenselijkheid van een grotere mate van convergentie van de regelgeving op het gebied van concentratiecontrole in de wereld.
12. Het is in dit verband ook zinvol om die bepalingen van de verordening te onderzoeken die van invloed zijn op een eerlijk proces. Hieronder vallen een groter aantal vraagstukken, op het gebied van onderzoek, het geven van beschikkingen en het recht van rechterlijke toetsing. Verder wordt erkend dat het van het grootste belang is dat bij elke fase van de procedure transparantie wordt gewaarborgd.
13. De onderhavige herziening van de concentratieverordening vormt een aanvulling op de reeds aangevangen herziening van Verordening nr. 17 (over de toepassing van de

kartelbepalingen van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag)². Er bestaat niettemin een wezenlijk verschil tussen de twee stelsels: de Commissie heeft exclusieve bevoegdheid inzake concentraties met een communautaire dimensie, terwijl zij de bevoegdheid op het gebied van kartels met de lidstaten deelt. De Commissie stelt voor deze parallelle bevoegdheid te versterken. Ondanks dit verschil wordt ruime aandacht besteed aan de herziening van Verordening nr. 17, zodat de twee herzieningsoperaties deel uitmaken van een omvattende modernisering van de Europese mededingingswetgeving.

14. Concluderend kan worden gesteld dat het om bovengenoemde redenen noodzakelijk is een hervormingsproces op gang te brengen, zowel om de balans op te maken van de opgedane ervaringen als om de Europese regels inzake concentratiecontrole voor te bereiden op de uitdagingen van de komende jaren. De Commissie is van mening dat de hervorming moet worden gegrondvest op de beginselen van de concentratieverordening, namelijk de noodzaak om *een doeltreffende, efficiënte, eerlijke en transparante concentratiecontrole op het daartoe meest geschikte niveau tot stand te brengen*.

II. VRAAGSTUKKEN OP HET GEBIED VAN DE BEVOEGDHEID

CONCENTRATIES MET EEN COMMUNAUTAIRE DIMENSIE

15. De concentratieverordening geeft de Commissie uitsluitende bevoegdheid om *concentraties met een communautaire dimensie* te behandelen. De verordening veronderstelt dat dergelijke concentraties veranderingen teweegbrengen waarvan de gevolgen voor de markt verder reiken dan de grenzen van één lidstaat (overweging 9).
16. De taakverdeling tussen de Gemeenschap en de lidstaten op het gebied van concentratiecontrole berust derhalve op dezelfde beginselen als die welke aan het begrip "subsidiariteit" ten grondslag liggen. Volgens dit begrip moeten maatregelen worden genomen op het daartoe meest geschikte bevoegdheidsniveau, zowel wat de beoogde doelstellingen betreft als ten aanzien van de middelen die de Gemeenschap en de lidstaten ter beschikking staan³.
17. De ervaring heeft aangetoond dat de Commissie over het algemeen beter in staat is concentraties te behandelen waarbij de betrokken partijen actief zijn op markten die de nationale markten overschrijden. Bij transacties die zich op de wereldmarkt of de Europese markt afspelen zijn de onderzoekbevoegdheden van de Commissie en de corrigerende en handhavingsmaatregelen die zij kan nemen duidelijk adequater dan de meer beperkte middelen die de lidstaten ten dienste staan. Hetzelfde geldt dikwijls

² Zie voorstel van de Commissie van 27.9.2000 voor een verordening van de Raad betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag en tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1017/68, Verordening (EEG) nr. 2988/74, Verordening (EEG) nr. 4056/86 en Verordening (EEG) nr. 3975/87, COM(2000) 582 def.

³ Artikel 5 van het EG-Verdrag stelt dat moet worden opgetreden op het niveau waarop de doelstellingen het best kunnen worden verwezenlijkt. Zoals nader werd verduidelijkt in *het verslag van de Commissie aan de Europese Raad over de aanpassing van de bestaande wetgeving aan het subsidiariteitsbeginsel* (COM(93) 545 def. van 24.11.1993), moeten maatregelen worden genomen op het daartoe meest geschikte niveau van bevoegdheid met het oog op de te bereiken doelstellingen en de middelen die de Gemeenschap en de lidstaten ter beschikking staan.

eveneens voor zaken die in verschillende lidstaten mededingingsbezwaren oproepen. Dergelijke zaken kunnen aanzienlijke gevolgen voor de mededinging hebben in andere delen van de Gemeenschap, bijvoorbeeld doordat zij de toegang van concurrenten uit andere lidstaten tot de betrokken landen belemmeren.

18. Een bijzonder aspect van de totstandbrenging van de interne markt in de EU is het feit dat een aantal markten zich in een overgangsfase bevinden. *Pirelli-BICC*⁴ illustreert het resultaat van een proces waarbij de Europese deregulering en harmonisatie daadwerkelijk tot een verruiming van de desbetreffende anti-trustmarkten hebben geleid. In deze zaak werd inderdaad bevestigd dat de markt de gehele EER omvatte omdat afnemers in toenemende mate elektriciteitskabels op Europees niveau aankopen, onder meer als gevolg van de procedures die in de richtlijnen van de Gemeenschap op het gebied van overheidsopdrachten zijn vastgesteld. De zaak Pirelli vormde een tegenstelling met eerdere zaken waarbij dezelfde bedrijfstak betrokken was; in 1992 werden deze markten nog steeds als nationaal beschouwd. De Commissie is gewoonlijk zeer goed in staat om zaken te behandelen waarbij van een dergelijke overgang sprake is, omdat zij alle gevolgen, zowel op nationaal als op Europees niveau, volledig in aanmerking kan nemen.
19. Hoewel de lidstaten deze vraagstukken zelf ter hand kunnen nemen in zoverre zij op hun eigen grondgebied betrekking hebben, is de Commissie duidelijk beter in staat dergelijke transacties in de gehele Gemeenschap in hun totaliteit aan te pakken. De bevoegdheid van de Gemeenschap in deze zaken zou derhalve overeenstemmen met het subsidiariteitsbeginsel omdat zij het meest doeltreffende instrument vormt om te voorkomen dat een verdere Europese integratie door nieuwe obstakels wordt gehinderd. Verder is het streven naar efficiëntie in tegenspraak met een parallelle behandeling van dezelfde zaken in een aantal lidstaten.
20. Daarentegen zijn de lidstaten over het algemeen beter in staat om zaken te behandelen waarvan, gezien de activiteiten van de betrokken ondernemingen, de gevolgen tot één lidstaat beperkt blijven, dus wanneer er bijvoorbeeld geen sprake is van een belangrijk afschermings- of spillover-effect. Voor een doeltreffende behandeling van dergelijke zaken is geen toegang tot de ruimere bevoegdheden van de Commissie noodzakelijk, en de nationale autoriteiten zijn gewoonlijk beter geplaatst met betrekking tot het verzamelen van de relevante marktinformatie.

A. Communautaire dimensie

1. Achtergrond

21. In haar verslag aan de Raad van 28 juni 2000 over de toepassing van de drempels van de concentratieverordening (“Verslag 2000”)⁵ schetste de Commissie haar voorlopige bevindingen met betrekking tot de werking van de drempels van artikel 1 van de concentratieverordening, met inbegrip van “meervoudige aanmeldingen”, d.w.z. concentraties die in ten minste twee lidstaten moeten worden aangemeld. Na de goedkeuring van dat verslag heeft de Commissie aanvullend onderzoek verricht. De resultaten van dit onderzoek worden in bijlage I weergegeven en uitvoerig

⁴ Zaak nr. COMP/M.1882 –Pirelli-BICC. Beschikking van de Commissie van 19.7.2000 ingevolge artikel 8, lid 2, van Verordening (EEG) nr. 4064/89.

⁵ COM(2000) 399 final - 28.06.2000

besproken; deze bijlage vormt een uitgebreide toelichting op de conclusies die in dit hoofdstuk zijn weergegeven.

2. *Samenvatting van de te behandelen vraagstukken*

22. In de loop van haar onderzoek heeft de Commissie opnieuw bekeken of de omzetrempels van artikel 1 nog steeds voldoen, niet alleen met het oog op de doeltreffendheid ervan, maar ook ten aanzien van hun voorspelbaarheid en transparantie. Opgemerkt zij dat indien een transactie niet voldoet aan de criteria van artikel 1 op het gebied van jurisdictie, dit gewoonlijk betekent dat zij onderworpen is aan verplichte aanmeldingsvoorwaarden in één of meer lidstaten.
23. Wat de werking van de huidige drempels betreft heeft het onderzoek, zoals meer in detail in bijlage I wordt besproken, niet aan het licht gebracht dat een wijziging van artikel 1, lid 2 dringend noodzakelijk is. De resultaten van dit artikel stroken nog steeds in grote lijnen met de subsidiariteit, en een herziening van de erin vervatte drempelwaarden zou geen geschikt middel zijn om het probleem van de meervoudige aanmeldingen op te lossen. Evenmin is uit het onderzoek gebleken dat het niveau van de 2/3-regel noodzakelijk moet worden gewijzigd. Deze regel, waarbij de verdeling van bevoegdheid wordt bepaald door het zwaartepunt van de omzet, blijkt resultaten op te leveren die over het algemeen stroken met het subsidiariteitsbeginsel. Bovendien is het, in het beperkte aantal gevallen waarin de regel tot meervoudige aanmeldingen leidt, zeer zeldzaam dat hierbij meer dan twee nationale instanties betrokken zijn.
24. Anderzijds moet worden geconcludeerd dat artikel 1, lid 3 het beoogde doel niet heeft bereikt. Toen zij in 1997 werd vastgesteld was deze bepaling bedoeld om de Commissie bevoegdheid te verlenen in zaken waarbij drie of meer lidstaten betrokken waren. Hoewel het onderzoek de deugdelijkheid van deze doelstelling in grote lijnen bevestigt omdat deze zaken over het algemeen van communautair belang zijn, heeft de bepaling niet aan de verwachtingen voldaan. Slechts een klein deel van deze zaken vielen in het toepassingsgebied van de concentratieverordening. In 2000 werden slechts 20 zaken aangemeld uit hoofde van artikel 1, lid 3, tegen 75 meervoudige aanmeldingen bij drie of meer lidstaten. Ook uit het feit dat in 2000 slechts circa 5% van alle aanmeldingen op grond van dit artikel werden ingediend, een aanzienlijke daling ten opzichte van het reeds lage niveau van 1999, toont aan dat artikel 1, lid 3 niet voldoet⁶.
25. Uit het onderzoek zijn aanwijzingen naar voren gekomen dat bij veel van deze meervoudige aanmeldingen grensoverschrijdende belangen betrokken waren. Een van deze aanwijzingen is alleen al het feit dat er drie of meer nationale aanmeldingen moesten worden ingediend. Verder beoordeelden en/of definieerden sommige of alle betrokken lidstaten in de meeste gevallen de relevante geografische markt als groter dan een nationale markt. Opvallend is eveneens dat de meeste zaken beantwoordden aan het bevoegdheidscriterium wat het communautaire niveau betreft, terwijl zij bij lange na geen nationaal zwaartepunt hadden (d.w.z. de 2/3-regel). Dat bij veel van deze concentraties belangen betrokken waren die verder reikten dan de grenzen van de landen waar de aanmelding had plaatsgevonden bleek eveneens uit het feit dat bij

⁶ In 2000 waren slechts 20 van de 345 aanmeldingen gebaseerd op artikel 1, lid 3. Voor 1999 was het cijfer 12% of 34 van de 292 aanmeldingen.

veel van deze zaken bedrijfsactiviteiten in verschillende lidstaten werden verricht waar de concentratie niet was aangemeld.

26. Vanuit het oogpunt van de betrokken ondernemingen suggereert het onderzoek tevens dat meervoudige aanmeldingen in drie of meer lidstaten tot een aantal extra moeilijkheden leiden wat de lengte van de procedure, de kosten en de rechtszekerheid betreft (zie bijlage 1 voor de gedetailleerde resultaten van het onderzoek).
 27. Deze conclusie wordt nog verder geschraagd door twee bijkomende factoren. Ten eerste kan er een gestage toename worden waargenomen van meervoudige aanmeldingen waarbij drie of meer lidstaten betrokken zijn, zowel in absolute zin als ten opzichte van het aantal zaken dat ingevolge de concentratieverordening wordt aangemeld. Hieruit blijkt dat het probleem groter wordt, zelfs binnen de huidige 15 lidstaten. De op handen zijnde uitbreiding van de Gemeenschap in 2004 zal waarschijnlijk de negatieve gevolgen van meervoudige aanmeldingen waarbij een aanzienlijk aantal lidstaten betrokken is, nog versterken.
 28. De Commissie heeft kennis genomen van het recente initiatief van de mededingingsautoriteiten van de lidstaten om nauwer samen te werken bij de behandeling van, onder andere, concentraties die in meer dan één land zijn aangemeld, en zij ondersteunt dit initiatief van harte. Een dergelijke samenwerking zal zeker gunstige gevolgen hebben in die zin dat de bescherming van de mededinging wordt verbeterd, terwijl tegelijkertijd de efficiëntie van de procedures zal toenemen. Het lijkt evenwel twijfelachtig of deze samenwerking, zelfs indien zij zich aanzienlijk ontwikkelt, als een gelijkwaardige vervanging kan worden beschouwd van de one stop shop-controle bij concentraties met grensoverschrijdende gevolgen.
3. *Beoordeling van de mogelijke opties voor een wijziging van artikel 1, lid 3*
29. De oplossing voor de hierboven beschreven zwakke punten van artikel 1, lid 3 moet gericht zijn op een doeltreffende toepassing van de mededingingsregels van de Gemeenschap op zaken van grensoverschrijdend belang, terwijl de administratieve lasten voor de betrokken ondernemingen op evenwichtige wijze worden verminderd. Deze oplossing, die vóór de toetreding van de nieuwe lidstaten van kracht moet worden, moet bovendien van dien aard zijn dat de onderliggende beginselen van de concentratieverordening, namelijk het bevorderen van een doeltreffende bescherming van de mededinging overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel, worden versterkt.
 30. Om de zwakke punten van artikel 1, lid 3 te verhelpen lijkt het verstandig om na te gaan of de doeltreffendheid van de bepaling zou kunnen worden verbeterd door een of meer van de vijf constituerende criteria te wijzigen. Een diepgaande analyse van de beschikbare informatie wijst evenwel uit dat wijzigingen in de huidige criteria van artikel 1, lid 3 waarschijnlijk niet tot de beoogde resultaten zullen leiden, hoofdzakelijk omdat er als gevolg van de complexiteit van deze bepaling, een groot aantal verschillende redenen zijn waarom ondernemingen niet aan de criteria van artikel 1, lid 3 voldoen. Dit wordt in het onderstaande nader uitgelegd.
 31. Verder is de Commissie erop gewezen dat het wellicht niet noodzakelijk is om artikel 1, lid 3 aan te passen omdat het gewenste resultaat mogelijk kan worden bereikt door wijziging van artikel 22. Deze suggestie is eveneens nauwgezet

onderzocht, maar de resultaten van dit onderzoek, die in het onderstaande verder worden uitgewerkt, tonen aan dat deze suggestie waarschijnlijk geen werkbare oplossing oplevert.

32. Vooralsnog is de Commissie daarom van mening dat de gewenste resultaten het beste kunnen worden bereikt door middel van wijzigingen die als effectengericht kunnen worden omschreven. Hiermee zou rechtstreeks moeten worden gestreefd naar een oplossing waarbij zaken met potentieel significante grensoverschrijdende gevolgen onder de bevoegdheid van de Commissie zouden vallen. De Commissie verzoekt belanghebbenden om hun mening te geven over de mogelijkheid om artikel 1, lid 3 te vervangen door een bepaling op grond waarvan aanmelding in drie lidstaten kan worden beschouwd als een betrouwbare indicatie van het kennelijk grensoverschrijdende karakter van een concentratie⁷. Deze mogelijkheid vloeit voort uit de ideeën waarop het voorstel van de Commissie berust dat in het Groenboek van 1996 wordt gedaan.
33. Aan het eind van onderstaand hoofdstuk wordt nader ingegaan op de verdeling van taken op langere termijn in een uitgebreide Gemeenschap. Aangezien de daarin vervatte maatregelen althans een minimumharmonisatie van de nationale regels op het gebied van concentratiecontrole vereisen, blijft deze discussie hier buiten beschouwing.
 - a) Wijzigingen in de vijf constituerende criteria van artikel 1, lid 3 zullen waarschijnlijk niet tot een aanmerkelijke verbetering leiden
 - i) Wijziging van artikel 1, lid 3, door middel van de aanpassing van de verschillende drempelwaarden
34. Het is voor de bespreking van dit onderwerp van belang om op te merken dat de drempelwaarden van artikel 1, lid 3 zijn vastgesteld zonder dat diepgaand is onderzocht of deze wijzigingen wel daadwerkelijk zaken van communautair belang onder de verordening brengen. Het lijkt ook niet waarschijnlijk dat bruikbare gegevens ter zake kunnen worden vastgesteld. De omzet is en blijft een maatstaf voor de vermoedelijke gevolgen van concentraties, maar deze gevolgen lopen uiteen naargelang van, onder andere, de betrokken economische sector. Niettemin is men het er in ruime kring over eens dat de omzet de beste graadmeter is om vast te stellen welke concentraties van communautair belang zijn.
35. Gezien het bovenstaande is het nauwelijks verrassend dat de conclusie van het onderzoek van de Commissie luidt dat er geen eenduidig antwoord kan worden gegeven op de vraag welk niveau de omzetsdrempels van artikel 1, lid 3 zouden moeten hebben om alle zaken van gemeenschappelijk belang onder de verordening te brengen. Bovendien moet worden benadrukt dat artikel 1, lid 3 kan worden omschreven als een "matrijs" van bepalingen, die een onbepaald aantal combinaties kan opleveren. Het is derhalve betrekkelijk eenvoudig om het effect te vermelden

⁷ Opgemerkt zij dat de beschikbare informatie geen grond oplevert voor een voorstel inzake een gewone verlaging van de mondiale drempels of van de omzet in de Gemeenschap overeenkomstig artikel 1, lid 2. Hoewel dergelijke maatregelen, afhankelijk van de gekozen waarden, uiteraard tot gevolg zouden hebben dat de bevoegdheid van de Commissie zou worden uitgebreid, lijkt het onwaarschijnlijk dat deze maatregelen specifiek zouden kunnen worden gericht op concentraties met grensoverschrijdende gevolgen.

van, bijvoorbeeld, een afzonderlijke verlaging van het criterium van 2,5 miljard EUR in artikel 1, lid 3, onder a) tot 2 miljard EUR. In theorie zou een dergelijke wijziging uiteraard kunnen worden gecombineerd met een onbepaald aantal wijzigingen in de alinea's b), c), en/of d) van artikel 1, lid 3. Het is echter volstrekt onmogelijk (en waarschijnlijk niet bijzonder zinvol) om een overdreven ingewikkelde studie te verrichten naar het ideale niveau en de ideale combinatie van deze criteria.

36. In de onderstaande toelichting wordt derhalve vooral beoogd het uitsluitingseffect van elk van de criteria van artikel 1, lid 3 te bespreken met betrekking tot de meervoudige aanmeldingen die bij drie of meer lidstaten worden ingediend⁸.
37. Uit de beschikbare gegevens blijkt dat 71% van alle zaken die in drie of meer lidstaten zijn aangemeld, niet voldeden aan het criterium van 2,5 miljard EUR van artikel 1, lid 3, onder a). Het uitsluitingseffect zou beperkt zijn tot 58% indien dit criterium zou worden vervangen door een vereiste van 2 miljard EUR. Om te illustreren hoe moeilijk het is om een ideaal niveau te vinden wordt het volgende voorbeeld gegeven. De drempel van artikel 1, lid 3, onder a) zou moeten worden verlaagd tot 500 miljoen EUR of zelfs lager om alle zaken die in drie of meer lidstaten zijn aangemeld, in aanmerking te nemen. Zelfs dan zou echter een aantal van deze zaken niet voldoen aan de alinea's b), c) en/of d).
38. Circa 40% van de zaken die in drie of meer lidstaten zijn aangemeld voldeden niet aan het criterium van een totale omzet van 100 miljoen EUR in tenminste drie lidstaten (artikel 1, lid 3, onder b)). Het uitsluitingseffect zou beperkt blijven tot 31% indien dit criterium zou worden vervangen door een vereiste omzet van 50 miljoen EUR.
39. Van de zaken die in drie of meer lidstaten waren aangemeld, voldeed 68% niet aan het criterium van 25 miljoen EUR van artikel 1, lid 3, onder c). Het uitsluitingseffect zou 38% bedragen indien dit criterium zou worden vervangen door een omzet van 15 miljoen EUR.
40. Circa 35% van alle zaken die in drie of meer lidstaten werden aangemeld voldeden niet aan het 100 miljoen EUR-criterium van artikel 1, lid 3, onder d). Dit uitsluitingseffect zou slechts 25% bedragen als dit criterium werd vervangen door een drempel van 50 miljoen EUR.
41. Benadrukt moet worden dat de bovenstaande *cijfers niet cumulatief moeten worden opgevat*. Dit houdt in dat indien uit een raming blijkt dat door een verlaging van bijvoorbeeld de drempel van artikel 1, lid 3, onder a), 15% van alle meervoudige aanmeldingen onder de concentratieverordening zou vallen, deze verlaging *niet kan* worden gecombineerd met een wijziging van bijvoorbeeld artikel 1, lid 3, onder b), op grond waarvan naar schatting 10% van de meervoudige aanmeldingen onder het desbetreffende toepassingsgebied zouden vallen. Met andere woorden, deze maatregelen kunnen verschillende manieren vormen om sommige of zelfs alle zaken waarop de eerste maatregel betrekking heeft, in de werkingssfeer van de concentratieverordening te brengen.

⁸ Voor een meer uitvoerig overzicht zie bijlage 1, Afdeling B, betreffende de resultaten van de door de Commissie verrichte onderzoeken.

42. Op grond van wat uit de beschikbare informatie kan worden afgeleid lijkt het onwaarschijnlijk dat de vijf criteria van artikel 1, lid 3 op zodanige wijze kunnen worden gewijzigd dat meervoudige aanmeldingen in drie of meer lidstaten onder de bevoegdheid van de Commissie zouden vallen. Uit de beschikbare gegevens blijkt hoogstens dat een verlaging van de omzeldrempel van artikel 1, lid 3, onder a) en c) de meeste kans op verbetering biedt. Een specifieke verlaging van deze criteria lijkt namelijk een grotere impact te hebben op zaken die bij drie of meer lidstaten moeten worden aangemeld. Gebleken is echter dat bij wijziging van de huidige drempelwaarden een aanzienlijk aantal concentraties van bijzonder groot communautair belang (in termen van het aantal betrokken lidstaten) toch nog niet onder de drempels vallen⁹.
- ii) Vervanging van het drielanden-vereiste van artikel 1, lid 3 door een tweelanden-vereiste
43. Een mogelijk alternatief voor een uitgesproken verlaging van de verschillende drempels van artikel 1, lid 3, dat eveneens is voorgesteld is, om het huidige drielanden-vereiste te vervangen door een tweelanden-vereiste. De huidige eis houdt in dat de betrokken ondernemingen een gecombineerde (totale) omzet van tenminste 100 miljoen EUR in drie of meer lidstaten moeten hebben behaald, en dat tenminste twee betrokken ondernemingen elk afzonderlijk in drie van deze lidstaten een omzet van 25 miljoen EUR moeten hebben behaald. Met name het laatste vereiste lijkt een van de meest voorkomende redenen te zijn waarom veel zaken niet voldoen aan de criteria van artikel 1, lid 3, hetgeen er dikwijls toe leidt dat aanmelding in drie of meer lidstaten noodzakelijk is.
44. Toch wordt eraan herinnerd dat het juist de bedoeling van artikel 1, lid 3 was dat deze bepaling niet van toepassing zou zijn op concentraties die slechts in twee lidstaten moesten worden aangemeld. Hoewel duidelijk is dat het drielanden-vereiste zijn oorspronkelijke doel voorbij is geschoten is het niettemin waarschijnlijk dat de vervanging door een "tweelanden-vereiste" slechts een betrekkelijk geringe invloed heeft op het aantal zaken die in drie of meer lidstaten moeten worden aangemeld¹⁰.
- iii) Ontkoppeling van de criteria van de alinea's b) en c) van artikel 1, lid 3
45. Een ander alternatief voor een verlaging van de verschillende drempels van artikel 1, lid 3 zou zijn om de criteria van artikel 1, lid 3, onder b), die moeten verzekeren dat een aanzienlijk gedeelte van de totale bedrijfsactiviteiten in tenminste drie lidstaten plaatsvinden, los te maken van de criteria van artikel 1, lid 3, onder c), die ervoor moeten zorgen dat tenminste twee van de betrokken ondernemingen in die lidstaten sterk aanwezig zijn.
46. In theorie zou kunnen worden betoogd dat het omzetvereiste van 25 miljoen EUR van artikel 1, lid 3, onder c), aan de lage kant is, en dat het vrij onwaarschijnlijk is

⁹ Tegelijkertijd zouden dergelijke wijzigingen naar alle waarschijnlijkheid een aantal zaken die niet in drie of meer lidstaten behoeven te worden aangemeld, onbedoeld onder de bevoegdheid van de Commissie brengen.

¹⁰ Op grond van de beschikbare informatie kan geen uitspraak worden gedaan over de waarschijnlijkheid dat door de omschakeling naar een tweelanden-vereiste ingevolge artikel 1, lid 3, onder b) en c) zaken die thans bij één lidstaat moeten worden aangemeld onder de rechtsbevoegdheid van de Commissie zouden worden gebracht.

dat concentraties die van communautair belang zijn niet aan dit vereiste zouden voldoen. In dit verband moet worden opgemerkt dat uit de beschikbare informatie blijkt dat het percentage zaken dat aan dit vereiste voldoet tot circa 54% zou stijgen indien dit criterium zou worden losgekoppeld van dat van artikel 1, lid 3, onder b). Hoewel de bestaande koppeling tussen de twee criteria bedoeld is om te voorkomen dat de totale omzet die met het oog op artikel 1, lid 3, onder b), in aanmerking wordt genomen, volledig door een van de partijen wordt behaald, blijkt deze koppeling derhalve in bepaalde situaties een al te sterk uitsluitingseffect te hebben.

47. Het is moeilijk te geloven dat de bovengenoemde 54% uitgesloten zaken, die voldoen aan het criterium van driemaal 25 miljoen EUR, toch in de regel slechts een *de minimis*-grensoverschrijdend effect zouden hebben. Het feit dat de in deze categorie vallende zaken dikwijls onderworpen zijn aan de aanmeldingsplicht in drie of meer lidstaten versterkt deze indruk.
48. Ook het feit dat de momenteel toepasselijke voorschriften van de lidstaten dikwijls aanmelding eisen van transacties van ondernemingen waarmee een kleinere omzet is gemoeid dan de 25 miljoen EUR van artikel 1, lid 3, waarmee wordt gesuggereerd dat ook onder dit niveau sprake kan zijn van significante gevolgen, wijst in deze richting.
49. Een wijziging die ertoe zou leiden dat een groter percentage zaken significante gevolgen in tenminste drie lidstaten zou hebben, is de afschaffing van het criterium van artikel 1, lid 3, onder b). Dit zou communautaire bevoegdheid mogelijk maken in alle gevallen waarbij een van de betrokken ondernemingen, en met name de verwervende onderneming, aan alle criteria van artikel 1, lid 3 voldoet, terwijl de andere betrokken onderneming, met name het doelwit, voldoet aan de criteria van artikel 1, lid 3, onder c) en d). De beschikbare gegevens bieden echter geen uitsluitstel over de mate waarin een dergelijke wijziging zaken binnen de werkingssfeer van de verordening zou brengen die momenteel niet onder de vereisten inzake meervoudige aanmelding vallen.
50. Tevens zou het mogelijk zijn het huidige cumulatieve karakter van artikel 1, lid 3, onder b) en c) ongedaan te maken en van de twee hierin vervatte criteria alternatieve criteria te maken. In dit geval zouden er echter, om te voorkomen dat de totale omzet zoals vereist in artikel 1, lid 3, onder b), door één van de betrokken ondernemingen wordt behaald, aanvullende criteria noodzakelijk zijn. Het is niet duidelijk of dit overeenkomstig de strekking van artikel 1 kan worden bereikt zonder te verwijzen naar een drempelwaarde. De simpele eis dat tenminste twee van de betrokken ondernemingen actief zijn in de drie lidstaten waar de omzeldrempel van 100 miljoen EUR wordt behaald, lijkt vanuit het oogpunt van rechtszekerheid een twijfelachtige oplossing.

iv) Conclusie betreffende de mogelijkheden die wijzigingen in de vijf constituerende criteria van artikel 1, lid 3 bieden

51. Uit het bovenstaande valt te concluderen dat wijzigingen in de huidige criteria van artikel 1, 3, waarschijnlijk niet tot de beoogde resultaten zullen leiden. Zij staan vermoedelijk enerzijds niet garant voor een reductie van de meervoudige aanmeldingen in drie of meer lidstaten, en zouden de Commissie anderzijds bevoegdheid verlenen voor een aantal zaken die in de huidige situatie niet in meerdere lidstaten behoeven te worden aangemeld.

- b) Wijziging van artikel 22 leidt vermoedelijk niet tot een aanzienlijke verbetering (en zou harmonisatie van nationale wetgevingen vereisen).
52. Er is geopperd dat het probleem van de meervoudige aanmeldingen zou kunnen worden opgelost door wijzigingen in artikel 22 van de concentratieverordening om van de hierin bedoelde gezamenlijke verwijzing een gemakkelijker te hanteren instrument te maken. Aangezien in het onderstaande hoofdstuk over verwijzingen de moeilijkheden bij de toepassing van artikel 22 uitgebreid aan bod komen zullen de verschillende argumenten hier niet worden genoemd. Voor de discussie over de wijziging van artikel 1, lid 3 hoeft slechts te worden opgemerkt dat de mogelijkheden om van artikel 22 een nuttig instrument te maken dat algemeen kan worden toegepast in meervoudige-aanmeldingszaken, beperkt lijken.
53. Een van de voornaamste redenen waarom artikel 22 niet tot gezamenlijke verwijzingen heeft geleid lijken de nog bestaande materiële verschillen te zijn tussen de nationale procedures op het gebied van concentratiecontrole, met name inzake "het feit dat tot aanmelding aanleiding geeft" en de regels met betrekking tot de aanmeldingstermijnen. Om deze vraagstukken aan te pakken zou waarschijnlijk een zekere harmonisatie van de nationale voorschriften nodig zijn. Dit valt uiteraard buiten het bereik van de onderhavige herziening, en zou in elk geval een betrekkelijk tijdrovende procedure vergen.
- c) Automatische bevoegdheid van de Gemeenschap in zaken waarin meervoudige aanmeldingen zijn vereist
54. Om het probleem van de meervoudige nationale aanmeldingen aan te pakken heeft de Commissie in haar Groenboek van januari 1996 voorgesteld de bevoegdheid van de Commissie uit te breiden tot concentraties waarbij sprake is van een lagere omzet en die derhalve thans onder de bevoegdheid van meer dan één nationale autoriteit vallen.
55. Het voorstel hield in dat de bevoegdheid van de Commissie zou worden uitgebreid tot concentraties waarvoor meervoudige aanmeldingen moeten worden ingediend en die tussen de drempels van artikel 1, lid 2 en bepaalde lagere drempels vallen, die voorlopig werden vastgesteld op 2 miljard EUR (wereldwijd) en 100 miljoen EUR (gehele Gemeenschap). Kortom, het voorstel hield in dat artikel 1 van de concentratieverordening in die zin zou worden gewijzigd dat concentraties die niet voldoen aan de drempels van artikel 1, lid 2, toch van communautair belang zijn wanneer zij onder de bevoegdheid van drie lidstaten vallen.
56. In de daaropvolgende discussies kreeg het voorstel van de Commissie evenwel niet de vereiste steun. De belangrijkste bezwaren hadden betrekking op vraagstukken zoals de wijze waarop de bestaande verschillen tussen de nationale wetgevingen inzake, bijvoorbeeld, de definitie van een concentratie en verplichte/vrijwillige aanmelding moeten worden aangepakt. Deze verschillen, zo was het oordeel, veroorzaakten niet alleen problemen op het gebied van de rechtszekerheid, maar maakten het voor de Commissie ook uiterst moeilijk om te beoordelen of nationale regels op een bepaalde zaak moesten worden toegepast.
57. Sinds de bespreking van het voorstel van de Commissie van 1996 heeft, *de facto*, een aanzienlijke harmonisatie van de nationale voorschriften op het gebied van concentratiecontrole plaatsgevonden. Hierdoor zouden de moeilijkheden om het

voorgestelde systeem toe te passen die destijds zijn vastgesteld, moeten zijn afgenomen. Het lijkt derhalve zinvol de discussie over de verdiensten van dit voorstel te heropenen. Daartoe zou de Commissie de algemene strekking van het Groenboek van 1996 handhaven, dat wil zeggen dat de wijziging zich richt op zaken die drie of meer nationale aanmeldingen met zich brengen. Op basis van de meer gedetailleerde gegevens die zijn verzameld met betrekking tot de werking van artikel 1, lid 3, lijkt er evenwel geen empirische basis te zijn voor een beperking van de toepasselijkheid van een dergelijk stelsel tot zaken die aan bepaalde omzetrempels voldoen.

i) Procedure

58. Wanneer de bevoegdheid van de Commissie op basis van de meervoudige-aanmeldingsvereisten eenmaal is vastgesteld zouden haar bevoegdheden en de te volgen procedure dezelfde zijn als voor zaken die onder artikel 1, lid 2 vallen. Afgezien van de normale vereisten voor de vaststelling van de bevoegdheid van de Commissie zou het evenwel nodig zijn om na te gaan of de concentratie aan de aanmeldingsdrempels van tenminste drie lidstaten voldoet.
59. Op basis van de discussies die naar aanleiding van het Groenboek van 1996 hebben plaatsgevonden kan worden gesteld, dat een dergelijk systeem gebaseerd zou moeten zijn op het beginsel dat de desbetreffende lidstaten de interpretatie van de nationale drempels door de partijen aan de Commissie zouden moeten meedelen¹¹.
60. In een systeem waarbij aanmelding bij de Commissie van zaken die voldoen aan de aanmeldingsvereisten van drie of meer lidstaten verplicht is, zouden de partijen zeker, en niet later dan in de officiële aanmelding, moeten aantonen dat de transactie binnen de aanmeldingsdrempels van drie lidstaten valt. Er is echter geen reden waarom de partijen de Commissie en de desbetreffende lidstaten deze informatie niet in een eerder stadium zouden kunnen meedelen. Hoe dan ook zou een systeem moeten worden ingevoerd waarbij de betrokken lidstaten de analyse van de partijen binnen een bepaalde termijn bij de Commissie zouden bevestigen. Om geen rechtsonzekerheid te scheppen zou dit binnen een betrekkelijk korte periode moeten gebeuren (bijvoorbeeld binnen één of twee weken). Het systeem zou bijvoorbeeld de vorm van een non-oppositieprocedure kunnen aannemen, wat inhoudt dat indien de betrokken lidstaten zich niet binnen de vastgestelde termijn tegen de analyse van de partijen verzetten, de Commissie terzake bevoegd wordt.
61. In de raadpleging die naar aanleiding van het Groenboek van 1996 werd gehouden, werd betoogd dat het moeilijk zou kunnen zijn om snel te bepalen of een concentratie de nationale aanmeldingsdrempels haalt, met name in lidstaten waar andere criteria dan de omzet worden gebruikt (bijvoorbeeld marktaandeel). Hoewel de toepassing van sommige nationale drempels lastig kan zijn lijkt deze moeilijkheid door het voorstel niet te worden verergerd, aangezien een dergelijke beoordeling hoe dan ook zou moeten plaatsvinden indien de concentratieverordening niet van toepassing was. Bovendien kan dit bezwaar, aangezien het aantal lidstaten dat niet op de omzet gebaseerde criteria toepast sinds 1996 is teruggelopen, niet hetzelfde gewicht worden

¹¹ Een andere benadering zou zijn dat de Commissie de nationale concentratiewetgeving zou moeten interpreteren. Aangezien de nationale voorschriften nog niet volledig zijn geharmoniseerd, zelfs wat technische aspecten betreft als de berekening van de omzet, zou dit mogelijkerwijs tot uiteenlopende interpretaties van nationale wetten door de Commissie en de lidstaten kunnen leiden.

toegekend als destijds. Tenslotte zou, indien in dit verband een ernstig probleem op het gebied van de rechtszekerheid zou rijzen, bijvoorbeeld kunnen worden bepaald dat de termijn van één week van artikel 4, lid 1 bij deze categorie zaken niet van toepassing is.

- d) Conclusie inzake de mogelijke opties voor de wijziging van artikel 1, lid 3
62. Het bovenstaande voorstel is een effectengericht model, waarbij het beslissende criterium van artikel 1, lid 3 niet langer rechtstreeks berust op het behalen van bepaalde gespecificeerde omzetniveaus. In tegendeel, het feit dat er voor een concentratie drie of meer nationale aanmeldingen nodig zijn zou als voldoende vermoeden van een communautair belang worden beschouwd. Voor dit model moet een transparante en snelle methode worden vastgesteld waarmee de lidstaten de toepasselijkheid van hun nationale voorschriften op een bepaalde zaak kunnen bevestigen.
63. Belanghebbenden worden verzocht hun standpunt over het hier geschetste voorstel bekend te maken en aan te geven hoe dit het best zou kunnen worden uitgevoerd, alsmede om eventuele andere mogelijkheden onder de aandacht te brengen. Verder worden zij verzocht om opmerkingen te maken over de procedure die het meest geschikt is om de toepasselijkheid van de concentratiecontroleregels in drie of meer lidstaten vast te stellen, alsmede over andere materiële en procedurekwesties. Tenslotte worden eventuele opmerkingen over mogelijke problemen bij de wijziging van artikel 1, lid 3, of in het algemeen over de wenselijkheid daarvan, toegejuicht.
4. *Taakverdeling in een uitgebreide Gemeenschap - een lange-termijnperspectief*
64. De gegevens die voor deze herziening zijn verzameld wijzen er tevens op dat op langere termijn een meer overkoepelende oplossing in overweging zou kunnen worden genomen. Een systeem zoals hieronder wordt geschetst zou uiteraard wijzigingen in communautaire en nationale voorschriften noodzakelijk maken die verder reiken dan het doel van deze herziening. Dit hoofdstuk is daarom toegevoegd om een bredere discussie op gang te brengen over de geschikte vorm en inhoud van concentratiecontrole in Europa in de jaren na de uitbreiding van de Gemeenschap.
65. Een dergelijk debat zou zich moeten richten op de vraag hoe een systeem moet worden ontworpen dat het subsidiariteitsbeginsel het beste dient, terwijl de mededingingsautoriteiten in staat worden gesteld hun beperkte middelen zo goed mogelijk te gebruiken, en dat tegelijkertijd voldoet aan de gerechtvaardigde behoefte van de industrie aan een grotere voorspelbaarheid en een verlaging van onnodige kosten.
66. Hoewel de resultaten die de bevoegdheidscriteria van de concentratieverordening hebben opgeleverd over het algemeen stroken met het subsidiariteitsbeginsel, zouden zij in principe zodanig kunnen worden gewijzigd dat zij een meer rechtstreekse en specifieke toets vormen om het grensoverschrijdend karakter van alle concentraties te beoordelen.
67. Een van de mogelijkheden zou zijn een systeem te creëren waarbij de omzetrempels uit de concentratieverordening worden gehaald, en waarbij het feit dat de zaak in de EU aan een meervoudige aanmeldingsplicht is onderworpen, de aanleiding vormt voor aanmelding bij de Commissie. Aldus wordt de vaststelling van de transacties

die van communautair belang kunnen worden geacht, rechtstreeks gekoppeld aan het feit dat de transactie in verschillende lidstaten gevolgen heeft. Een van de belangrijkste voorwaarden voor de werking van een dergelijk systeem is echter een grotere mate van harmonisatie van de nationale drempels op het gebied van concentratiecontrole. Uit onderzoeken van de Commissie blijkt dat met de huidige niet-geharmoniseerde aanmeldingsvereisten in de lidstaten niet op betrouwbare wijze kan worden vastgesteld in welke lidstaten een bepaalde concentratie significante gevolgen zal hebben. Indien de aanmeldingsdrempels in de nationale concentratiewetgeving op meer systematische wijze zouden worden vastgesteld zou het grensoverschrijdend effect van afzonderlijke concentraties hiermee rechtstreeks kunnen worden gemeten.

68. Om op het gebied van de concentratiecontrole in Europa een netwerkbenadering te ontwikkelen zou het tevens zinvol zijn de *de facto* overeenstemming van de regels op het gebied van concentratiecontrole in de Gemeenschap te verbeteren. Dit geldt met name voor bepaalde belangrijke aspecten zoals het begrip "concentratie" en belangrijke gedeelten van het procedurele kader. Verder zou aandacht kunnen worden besteed aan de vraag in hoeverre een grotere harmonisatie van de toepasselijke mededingingstoets zou bijdragen tot een doeltreffende en transparante bescherming van de mededinging en het behoud van een "level playing field". Een dergelijke geharmoniseerde situatie zou tevens bevorderlijk zijn voor de totstandbrenging van een beter op elkaar aansluitend netwerk van mededingingsautoriteiten, waarbij de Commissie en één of meer nationale autoriteiten via onderlinge taakverdeling de gevolgen van een concentratie op alle markten, zowel wereldwijd als lokaal, zouden kunnen beoordelen.

B. Verwijzing naar de lidstaten, artikel 9

1. Achtergrond

69. Het verwijzingsmechanisme van artikel 9 van de concentratieverordening heeft ten doel het op omzetz drempels gebaseerde systeem met het oog op de vaststelling van de bevoegdheid te verfijnen, zodat een zaak door de hiervoor meest geschikte instantie wordt behandeld. Dit geschiedt door middel van een criterium waarmee de gevolgen van de concentratie voor de mededinging op een markt in één lidstaat worden bepaald. Wordt aan dit criterium voldaan, dan kunnen de desbetreffende concentraties, zelfs indien de drempels van artikel 1 worden gehaald, op nationaal niveau worden behandeld. Deze regeling komt overeen met de geest van het subsidiariteitsbeginsel.
70. In artikel 9, lid 10, wordt gesteld dat de verwijzingsbepalingen tegelijk met de drempels van artikel 1 aan een hernieuwd onderzoek kunnen worden onderworpen. Naar aanleiding van het verslag van de Commissie van juni 2000 meenden de lidstaten dat een dergelijk hernieuwd onderzoek diende plaats te vinden en stelden zij voor dat de Commissie de mogelijke extra kosten van verwijzingen zou bestuderen.
71. In het kader van dit onderzoek zijn aanmeldingen onderzocht ten aanzien waarvan in de afgelopen vijf jaar verwijzingsverzoeken zijn ingediend (november 1996 tot januari 2001). De resultaten zijn in bijlage II weergegeven.

2. *Overzicht van de te behandelen vraagstukken*

72. Hoewel uit de resultaten van dit zeer recente onderzoek blijkt dat verwijzingen nauwelijks extra kosten met zich brengen, komen er toch bepaalde aspecten van het huidige verwijzingsmechanisme aan het licht die zouden kunnen worden verbeterd. Dit zijn met name het tijdschema, de criteria voor de verwijzing van een zaak, en de problemen die door gedeeltelijke verwijzingen worden veroorzaakt. Bovendien is er enige bezorgdheid over de behandeling van verwezen zaken door de nationale mededingingsautoriteiten ("NMA's"), voornamelijk ten aanzien van procedurele aspecten. Wat duidelijk uit het onderzoek van de Commissie naar voren komt is de behoefte aan een efficiënte procedure die voldoende transparantie tussen de betrokken ondernemingen, de Commissie en de lidstaten waarborgt, waardoor dubbel werk en tijdverspilling worden voorkomen en die garant staat voor een vlotte en consequente besluitvorming.
73. Wat het tijdschema betreft werd de termijn van drie weken waarover de NMA's beschikken om een verwijzingsverzoek in te dienen, meermalen aan de orde gesteld. Veel respondenten achtten deze periode langer dan noodzakelijk was om de desbetreffende vraagstukken te behandelen, met name wanneer verzoeken betrekking hebben op markten die zonder enige twijfel beter door een nationale autoriteit kunnen worden beoordeeld. Sommigen wezen erop dat deze aanvullende periode schadelijk zou kunnen zijn omdat de termijnen voor nationale aanbestedingsprocedures hierdoor in het geding kunnen komen. Ook kunnen problemen ontstaan indien een verzoek vlak voor het aflopen van de termijn wordt ingediend terwijl de partijen reeds begonnen zijn met de voorbereiding van corrigerende maatregelen die zij aan de Commissie willen voorleggen. Tenslotte spelen overwegingen op het gebied van timing een belangrijke rol met betrekking tot de verschillende termijnen waarbinnen NMA's een definitief besluit moeten vaststellen, met name bij gedeeltelijke verwijzingen.
74. Wat de toets inzake de definitie van concentraties betreft die moeten worden verwezen (artikel 9, lid 2 van de concentratieverordening) pleiten de meeste respondenten voor de vaststelling van "voorspelbare", "eenvoudige" of zelfs "automatische" criteria. Voorgesteld worden bijvoorbeeld "duidelijk te onderscheiden product- en geografische markten", "geen, of zeer gering intracommunautair handelsverkeer", een duidelijk effectgericht criterium zoals het in het leven roepen of versterken van een machtspositie, of een eventuele combinatie van bovenstaande criteria. Artikel 9, lid 2, onder b), dat een minder stringent criterium bevat om verwijzingsverzoeken te vergemakkelijken, is slechts éénmaal met succes als grond voor een verzoek toegepast.¹²
75. Een aantal ondernemingen die met gedeeltelijke verwijzingen te maken hebben gehad geven te kennen dat verwijzingen de voordelen van het one stop shop-systeem verminderen, en dat zij wellicht eveneens een negatieve invloed hebben op termijnen, kosten en rechtszekerheid. Dit geldt des te meer wanneer de beoordeling van de verschillende aspecten van een naar meer dan één lidstaat wordt verwezen. De meeste ondernemingen waren van mening dat verwijzingen extra financiële en personele kosten met zich brengen, met name na de inwilliging van een verzoek, hoewel deze kosten niet werden gekwantificeerd. Men moet echter niet vergeten dat,

¹² Zaak Govia/Conex (2001), welke naar de autoriteiten van het VK werd verwezen.

zoals ook door het onderzoek wordt bevestigd, ondernemingen over het algemeen kunnen voorspellen wanneer een zaak waarschijnlijk wordt verwezen, en dat dit van tevoren in hun kostenberekeningen in aanmerking kunnen nemen.

76. Alom heerst bezorgdheid over de nationale regels, en vooral de procedureregels die van toepassing zijn op verwezen zaken. Hoewel alle verwezen zaken door de nationale autoriteiten op basis van mededingingsregels blijken te zijn beoordeeld blijft er onzekerheid bestaan over de lengte van de nationale procedures en de bescherming van bedrijfsgeheimen bij de behandeling van dergelijke zaken. Veel respondenten pleiten voor een grotere mate van overeenstemming van de nationale procedureregels, althans tot een bepaald minimumniveau.
77. Een groot aantal respondenten meenden dat politieke invloed een rol kan spelen bij de beoordeling van concentraties in de lidstaten, naar gelang van het ontwikkelingsniveau van de nationale mededingingswetgeving, de eigendomsstructuur van de betrokken ondernemingen en, tenslotte, het politieke of maatschappelijke belang van de desbetreffende sector voor de lidstaat in kwestie.
78. Wanneer een zaak eenmaal is verwezen legt de concentratieverordening de lidstaten twee verplichtingen op. Ten eerste verplicht artikel 9, lid 6 de nationale mededingingsautoriteit om haar conclusies uiterlijk vier maanden na de verwijzing bekend te maken. Er is geopperd dat de huidige formulering van deze regel de NMA's de gelegenheid geeft om meer tijd voor het nationaal onderzoek uit te trekken dan indien de zaak onder de bevoegdheid van de Commissie was gebleven, en dat dit in het verleden reeds is gebleken. Ten tweede stelt artikel 9, lid 8 dat de lidstaten slechts de maatregelen mogen treffen die strikt nodig zijn voor het handhaven of herstellen van een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt. Hoewel aan de NMA's wordt overgelaten hoe zij deze bepaling wensen na te leven, worden zij er niettemin toe verplicht het evenredigheidsbeginsel in acht te nemen. Aangezien het gebruik dat de lidstaten van deze mogelijkheid maken onderworpen is aan de controle van de nationale rechtbanken lijkt er, zoals door sommige vertegenwoordigers van het bedrijfsleven is gesuggereerd, geen enkele noodzaak te zijn om deze bepaling te wijzigen door enigerlei vorm van supervisie door de Commissie in te voeren. De rol van de nationale rechtbanken in verwijzingszaken kan aan de hand van twee recente zaken worden geïllustreerd¹³.

3. *Mogelijke wijzigingen*

79. Een vereenvoudiging van de vereisten voor de indiening van een verwijzingsverzoek lijkt in het belang van de doeltreffendheid van de procedure te zijn, en kan wellicht de tijd die thans gemoeid is met de indiening en inwilliging van een verzoek, verkorten. Of dit laatste doel wordt bereikt hangt voor een groot deel af van de mogelijkheid om de toepasselijke procedurevoorschriften op nationaal niveau in te korten. Er lijkt echter weinig of geen kans dat de termijn van drie weken kan worden gereduceerd zolang de nationale autoriteiten moeten aantonen dat een concentratie een machtspositie dreigt te doen ontstaan of te versterken (artikel 9, lid 2, onder a). Een vereenvoudiging van de voorschriften inzake de indiening van een

¹³ Zaak COMP/M.2216 ENEL/FT/Wind/Infostrada, verwezen naar Italië op 19 januari 2001; tegen de beschikking is beroep ingesteld voor de bevoegde nationale rechtbank; Zaak COMP/M.2044, Interbrew/Bass, op 22 oktober 2000 verwezen naar het VK; beschikking betreffende corrigerende maatregelen verworpen door de bevoegde nationale rechtbank, uitsluitend op procedurele gronden.

verwijzingsverzoek zou echter het instellen van een specifiek onderzoek door de nationale autoriteiten naar de vermoedelijke effecten van een concentratie voordat een dergelijk verzoek wordt ingediend, minder noodzakelijk maken. Verder lijkt het mogelijk om de periode van intern onderzoek binnen de administratieve structuur van de lidstaat te beperken, gezien het feit dat een verzoek niet langer de voorlopige conclusie zou inhouden dat een transactie waarschijnlijk concurrentiebeperkende gevolgen heeft.

80. Gezien het streven om de verwijzing van zaken te vergemakkelijken die door de afwezigheid van significante grensoverschrijdende gevolgen het best op nationaal niveau kunnen worden beoordeeld, zou het redelijk zijn de Commissie de mogelijkheid te bieden om dergelijke zaken op eigen initiatief te verwijzen. Een dergelijke procedure zou uiteraard voorafgaand overleg tussen de Commissie en de betrokken nationale autoriteit impliceren, en zou de lidstaat ontslaan van de verplichting om de procedurele stappen te doen die voor de voorbereiding van een verzoek zijn vereist. Niet alleen zou hierdoor de verwijzingsprocedure worden vereenvoudigd, maar een dergelijke mogelijkheid voor de Commissie zou daarenboven, in zaken met subnationale gevolgen, eerlijker concurrentieverhoudingen in de Gemeenschap scheppen. De mogelijkheid voor de Commissie om dergelijke zaken naar de lidstaten te verwijzen zou een weerspiegeling vormen van de huidige mogelijkheid voor de lidstaten om zaken naar de Commissie te verwijzen krachtens artikel 22 van de concentratieverordening.
81. Om de transparantie nog verder te vergroten zou het zinvol kunnen zijn indien de Commissie speciale richtsnoeren zou vaststellen voor de behandeling van verwijzingen op grond van een gewijzigd systeem. Deze richtsnoeren zouden, in een op de onlangs goedgekeurde mededeling over corrigerende maatregelen gelijkende vorm, kunnen uiteenzetten welke beginselen aan verwijzingen ten grondslag liggen en hoe zaken van lokaal of regionaal belang moeten worden gedefinieerd, waarbij praktische voorbeelden worden gegeven.
- a) Eenvoudiger criteria voor verwijzing

Voorgesteld wordt alleen artikel 9, lid 2, onder b) te handhaven, maar het gebruik ervan te vergemakkelijken. Dit betekent dat het verwijzingsverzoek wordt losgekoppeld van de noodzaak om aan te tonen dat een machtspositie dreigt te ontstaan of te worden versterkt. De gefundeerde bewering dat een transactie nadelige gevolgen heeft voor de mededinging op een afzonderlijke markt van een lidstaat moet voldoende zijn. Wat de omvang en relevantie van de desbetreffende markt betreft dient de mate waarin deze markt een substantieel deel van de gemeenschappelijke markt vormt, niet als criterium te worden gehanteerd. Er dient daarentegen een eenvoudiger geografisch criterium te worden vastgesteld. Het lijkt voor een verwijzing zelfs in het geheel niet nodig om het geografische bereik van de relevante markt(en) af te bakenen mits de gevolgen niet verder reiken dan de grenzen van de lidstaat. Het zou derhalve voldoende moeten zijn indien het verzoek aantoont dat de beweerdde gevolgen voor de mededinging, die de verwijzing rechtvaardigen, geen significante gevolgen zijn in de zin van afscherming, spillover naar verbonden markten met een groter geografisch bereik of soortgelijke grensoverschrijdende effecten.

b) Verwijzing op initiatief van de Commissie

Om ook de mededinging op markten in een lidstaat volledig te beschermen dient de Commissie, overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel, een zaak geheel of gedeeltelijk naar de nationale autoriteiten te verwijzen indien aan dezelfde criteria als hierboven beschreven, is voldaan.

c) Termijnen

Wanneer de noodzaak om aan te tonen dat een machtspositie ontstaat of wordt versterkt, wegvalt, zou de termijn van drie weken voor een verwijzingsverzoek of voor het initiatief van de Commissie om een zaak te verwijzen, of beide, tot twee weken kunnen worden ingekort. Aanmeldende partijen die meer rechtszekerheid wensen zouden er voor kunnen zorgen dat er meer tijd beschikbaar is voor besprekingen met de betrokken NMA's en de Commissie door vroegtijdig, voorafgaand aan de aanmelding, reeds contacten te leggen. Om de toegevoegde waarde van deze meer flexibele en vertrouwelijke fase van de procedure te behouden dient deze evenwel niet in de verordening te worden geformaliseerd.

82. Over het algemeen blijkt het te rechtvaardigen dat aanmeldende partijen niet in een slechtere positie worden gebracht doordat een zaak voorwerp is van een verwijzing. Dit geldt met name voor materiële vraagstukken maar ook voor procedurekwesties die gevolgen kunnen hebben voor de aanmeldende partijen. Anderzijds moeten verwezen zaken door de specifieke onderzoekende instantie aantoonbaar op gelijke wijze worden behandeld als alle zaken die aan een concentratiecontroleprocedure zijn onderworpen. Niettemin kan het zinvol zijn om te trachten de termijn te harmoniseren waarbinnen een eindbeschikking wordt gegeven. Een mogelijkheid zou zijn om de huidige bepaling van artikel 9, lid 6 te verduidelijken zodat een beschikking met een definitief karakter evenals een beschikking op basis van artikel 8 van de concentratieverordening, binnen dezelfde termijn moet worden gegeven als voor de Commissie zou gelden. Een andere, vérstrekkender mogelijkheid zou zijn om in de concentratieverordening te bepalen dat een nationale autoriteit die een naar haar verwezen zaak behandelt dit moet doen overeenkomstig de in de concentratieverordening aangegeven procedure. Waarschijnlijk zullen voor elk van deze wijzigingen tevens wijzigingen in de nationale procedures inzake concentratiecontrole noodzakelijk zijn.

83. Teneinde een discussie over deze vraagstukken op gang te brengen verzoekt de Commissie de belanghebbenden om hun mening kenbaar te maken over de vraag hoe de huidige taakverdeling tussen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten kan worden verbeterd. Deze commentatoren worden verzocht hierbij het tweeledige doel in aanmerking te nemen, namelijk een betere bescherming van de mededinging, zelfs indien mogelijke negatieve gevolgen geen grensoverschrijdend karakter hebben, en een grotere doeltreffendheid van het huidige systeem. Ook opmerkingen over de eventuele negatieve aspecten van een dergelijke wijziging, of in het algemeen over de wenselijkheid ervan, zijn welkom.

C. Gezamenlijke verwijzingen naar de Commissie, artikel 22, lid 3

84. Vóór de bij Verordening nr. 1310/97 ingevoerde wijziging, bood artikel 22, lid 3 lidstaten de mogelijkheid de Commissie te verzoeken in hun plaats op te treden en de gevolgen van een concentratie die onder de drempels van artikel 1 viel, te

beoordelen. Artikel 22, lid 3 was oorspronkelijk ontworpen ten behoeve van lidstaten die nog niet over passende instrumenten beschikten om concentraties op nationaal niveau te onderzoeken. Er werd betwijfeld of deze oorspronkelijke doelstelling van artikel 22, lid 3 verenigbaar was met het subsidiariteitsbeginsel aangezien dergelijke concentraties, bij ontstentenis van dit artikel, aan geen enkel controlemechanisme op nationaal niveau zouden zijn onderworpen.

85. Zoals hierboven is vermeld hebben alle lidstaten, met uitzondering van Luxemburg, thans voorschriften voor de controle op concentraties ingevoerd. In de praktijk betekent dit dat het potentiële toepassingsgebied van artikel 22, lid 3, in zijn originele vorm zeer beperkt is¹⁴.
 86. De wijzigingen die in 1998 in werking traden moesten artikel 22, lid 3 een nieuwe functie geven en twee of meer lidstaten de mogelijkheid bieden gezamenlijk een zaak naar de Commissie te verwijzen wanneer zij van oordeel waren dat de Commissie beter geplaatst was om op te treden. Het was de bedoeling de toepassing van het communautaire mededingingsrecht op het gebied van de grensoverschrijdende effecten te versterken, alsook het one-stop-shop-beginsel te versterken en het probleem van de meervoudige aanmeldingen op te lossen. In zekere zin kan die wijziging worden beschouwd als een aanvulling bij de gelijktijdige invoering van de drempels van artikel 1, lid 3 hetgeen evenzeer bedoeld was om dezelfde kwesties aan te pakken. De wijzigingen van artikel 22, lid 3, zijn jammer genoeg nog minder efficiënt gebleken dan artikel 1, lid 3. In feite heeft de Commissie tot dusver geen enkel gezamenlijk verzoek om een zaak te behandelen ontvangen.
 87. De Commissie heeft ondernemingen die betrokken waren bij meervoudige aanmeldingen, gevraagd of de betrokken nationale mededingingsautoriteiten, bij hun weten, de mogelijkheid van een tot de Commissie gericht gezamenlijk verzoek om de zaak te behandelen, in overweging hebben genomen. Slechts in 6% van de zaken die bij drie of meer lidstaten waren aangemeld, werden de aanmeldende partijen ervan in kennis gesteld dat de betrokken nationale mededingingsautoriteiten een gezamenlijk verzoek in overweging namen. Geen van de ondernemingen die hun concentratievoornemen in twee lidstaten hadden aangemeld, werden in kennis gesteld van een dergelijke overweging.
 88. Bovendien werd dezelfde ondernemingen gevraagd of zij tijdens de meervoudige aanmeldingsprocedures in kennis waren gesteld van contacten tussen de betrokken autoriteiten (bijvoorbeeld via verzoeken om in te stemmen met de uitwisseling van vertrouwelijke gegevens tussen de autoriteiten). In 8% van de in drie of meer lidstaten aangemelde zaken, wisten de partijen dat er een zekere coördinatie plaatsvond tussen de nationale mededingingsautoriteiten. Het desbetreffende cijfer voor ondernemingen die in twee lidstaten aanmelding deden, bedroeg 2%.
- 1. Procedurele zwakke punten van artikel 22, lid 3*
89. Er zij op gewezen dat de bron van de bovenstaande informatie alleen beperkt is tot de subjectieve indruk van de aanmeldende partijen die hebben geantwoord op de

¹⁴ In feite werd in 1997 voor het laatst gebruik gemaakt van de verwijzingsmogelijkheid van artikel 22, lid 3 door de Nederlandse autoriteiten in Zaak IV/M.890 - Blokker/Toys "R" Us. In totaal zijn slechts vier zaken naar de Commissie verwezen op grond van deze procedure, twee Nederlandse zaken, één Belgische en één Finse.

vragenlijst welke was toegestuurd aan ondernemingen die bij meervoudige aanmeldingen betrokken waren. Niettemin blijkt vrij duidelijk dat in de meeste gevallen van meervoudige aanmelding de eerste voorafgaande voorwaarde voor een gezamenlijk verzoek, namelijk tijdige contacten tussen de betrokkenen, niet is vervuld. Om die reden en teneinde de functie van artikel 22, lid 3 als oplossing voor het probleem van de meervoudige aanmelding, te versterken, moet waarschijnlijk een mechanisme voor informatie-uitwisseling tussen alle betrokkenen ontworpen worden. Bij een dergelijk mechanisme moeten noodzakelijkerwijze de aanmeldende partijen, alle betrokken lidstaten en de Commissie betrokken worden.

90. In een beperkt aantal gevallen had de Commissie informele contacten met nationale mededingingsautoriteiten waarbij de mogelijkheid van een gezamenlijk verzoek werd besproken. Tijdens die contacten zijn drie bijkomende problemen aan het licht gekomen welke voornamelijk betrekking hebben op de procedurevoorschriften in de tweede alinea van artikel 22, lid 4 die pogingen van lidstaten om een gezamenlijke verwijzing te doen, kunnen belemmeren.
91. Het eerste probleem houdt verband met de bepaling dat een verzoek moet worden gedaan uiterlijk binnen één maand na de datum waarop de concentratie bij de verzoekende lidstaat of lidstaten is aangemeld of tot stand gebracht. Er bestaat geen definitie van het hetgeen wordt bedoeld met "*een concentratie bij een lidstaat aanmelden*". Hoewel de bepaling waarschijnlijk baat zou vinden bij een verduidelijking, lijkt het vanzelfsprekend de datum van een nationale aanmelding te gebruiken als de begindatum in lidstaten waar een aanmeldingsvereiste bestaat. Het zou immers onredelijk zijn een andere, minder formele kennisgeving als grondslag te gebruiken wanneer het nationale recht voorziet in specifieke vereisten betreffende de wijze waarop een concentratie onder de aandacht van de lidstaten moet worden gebracht¹⁵. Een kwestie waarover nog meer discussie bestaat betreft de vraag op welke wijze "de aanmelding van een concentratie bij een lidstaat" moet worden uitgelegd wanneer het nationale recht geen aanmeldingsvereisten bevat¹⁶. Bovendien is het denkbaar dat een concentratie of verschillende data en verschillende lidstaten tot uitvoering zou kunnen worden gebracht.
92. Een tweede probleem dat gedeeltelijk verband houdt met het bovengenoemde bestaat erin dat de stelsels van de lidstaten inzake controle op concentraties aanzienlijk verschillen wat betreft de vereisten met betrekking tot *het tijdstip* waarop aanmelding moet of kan worden gedaan. In dit verband lopen de nationale stelsels zeer uiteen. In de praktijk betekent dit dat moeilijk kan worden voorzien wanneer de termijn van een maand van artikel 22, lid 4 zal verstrijken met betrekking tot een van de lidstaten. Deze moeilijkheid wordt vanzelfsprekend vermenigvuldigt met het aantal lidstaten dat aan een gezamenlijke verwijzing kan deelnemen. Een andere moeilijkheid houdt in dat niet op objectieve wijze kan worden voorzien hoeveel lidstaten aan een gezamenlijke verwijzing kunnen deelnemen. Dit leidt ertoe dat de

¹⁵ Deze uitlegging is anderzijds om efficiëntieredenen bekritiseerd; sommigen beweren dat van de partijen niet moet worden geëist dat zij zich inlaten met het vaak uitvoerige werk dat gepaard gaat met de voorbereiding van verschillende nationale aanmeldingen wanneer de zaak uiteindelijk waarschijnlijk toch naar de Commissie zal worden verwezen.

¹⁶ Ingevolge het van kracht worden van het nieuwe Franse stelsel inzake controle op concentraties, zal deze moeilijkheid slechts algemeen van toepassing zijn in het Verenigd Koninkrijk en Luxemburg (maar zal potentieel van toepassing zijn op elke concentratie die onder de drempels van de nationale controle op concentraties valt).

termijn van artikel 22, lid 4 aanzienlijk kan uiteenlopen afhankelijk van de lidstaten welke aan een gezamenlijke verwijzing deelnemen, aangezien dit op zijn beurt afhankelijk is van de vraag wanneer ieder van hen op de hoogte is gebracht van de concentratie.

93. De derde en misschien wel meest problematische kwestie die opnieuw verband houdt met het gebrek aan procedurele harmonisatie onder lidstaten, betreft het feit dat er geen bepaling is voor de opschorting van de toepasselijke nationale termijnen wanneer een gezamenlijke verwijzing heeft plaatsgevonden. Dit betekent bijvoorbeeld dat land X op grond van zijn nationaal recht wettelijk ertoe verplicht kan zijn een besluit vast te stellen inzake de aangemelde transactie voordat de termijn van land Z om bij de Commissie een verzoek in te dienen is verstreken. Deze moeilijkheid kan vanzelfsprekend worden verergerd indien er meer dan twee landen zouden zijn die een gezamenlijke verwijzing in overweging nemen alsook door het feit dat de Commissie overeenkomstig artikel 22, lid 3 discretionaire bevoegdheid heeft om te beslissen of zij een verwijzingsverzoek aanvaardt.
94. Er kan worden geconcludeerd dat niet alleen de concentratieverordening zal moeten worden gewijzigd om van artikel 22, lid 3 een bedrijfsklaar algemeen toepasselijk correctief voor het probleem van de meervoudige aanmeldingen te maken. Het valt echter te betwijfelen of de concentratieverordening op dusdanige wijze kan worden gewijzigd dat er een overlegverplichting tussen de lidstaten wordt ingevoerd met betrekking tot aanmeldingen van zaken die niet van communautair belang zijn (in de zin van artikel 1). Hetzelfde geldt voor de bovengenoemde problemen die te wijten zijn aan de verschillende bepalingen van de lidstaten betreffende het feit dat tot aanmelding aanleiding geeft.
95. Om die redenen kan artikel 22, lid 3 waarschijnlijk slechts operationeel worden gemaakt na een voldoende harmonisatie van het nationale recht van de onderscheiden lidstaten. Zelfs indien dit zou worden verwezenlijkt, zou het stelsel nog steeds lijden onder bepaalde operationele ongemakken die hieronder zijn toegelicht.

2. *Operationele zwakke punten van artikel 22, lid 3*

96. Uit efficiëntieoogpunt houdt de verwijzingsbepaling van artikel 22 impliciet in dat de procedures in het algemeen langer zullen worden en de rechtszekerheid voor alle betrokkenen zal afnemen. Elke verwijzingsbepaling houdt door haar aard steeds in dat er een beoordeling wordt gemaakt door twee of meer mededingingsautoriteiten zodat het onwaarschijnlijk is dat een systeem kan worden ontworpen waarbij de wachtperiodes niet langer zijn dan bij het directe one-stop-shop-stelsel. Aangezien het althans in het huidige stelsel elke betrokken mededingingsautoriteit vrij staat al dan niet een verwijzing te vragen of te aanvaarden, gaat de procedure noodzakelijkerwijze gepaard met nog meer rechtsonzekerheid. De fuserende partijen, die de bestaande verschillen tussen de nationale rechtsorden kunnen gebruiken om een specifieke uitkomst te verkrijgen, kunnen die onzekerheid nog verergeren. Hoewel die zwakke punten misschien aanvaard moeten worden in een stelsel dat is ontworpen als een correctief in uitzonderlijke gevallen, reiken zij verder dan hetgeen gerechtvaardigd is in een stelsel dat erop gericht is het probleem van de meervoudige aanmeldingen in het algemeen op te lossen.

97. Een twee operationeel zwak punt van artikel 22, lid 3 bestaat erin dat een gezamenlijke verwijzing de Commissie slechts de bevoegdheid geeft om maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn om de daadwerkelijke mededinging te vrijwaren of te herstellen in de verzoekende lidsta(a)t(en). Dit is misschien logisch in een stelsel dat gebaseerd is op de gedachte dat de Commissie in dergelijke gevallen in de plaats treedt van de verzoekende lidsta(a)t(en). Het gevaar bestaat evenwel dat die bepaling leidt tot resultaten die niet verenigbaar zijn met het one-stop-shop-beginsel (aangezien niet-verzoekende lidstaten parallelle procedures kunnen voeren), of, erger nog, tot gevolg kunnen hebben dat de Commissie een onderkend mededingingsprobleem niet kan behandelen (wanneer niet-verzoekende lidstaten geen onderzoek voeren).

3. *Conclusie inzake artikel 22, lid 3*

98. Zoals reeds is aangegeven kunnen sommige zwakke punten van artikel 22, lid 3 worden weggewerkt door een verduidelijking (bijvoorbeeld van de uitdrukking "de concentratie aanmelden bij een lidstaat"). Aangezien artikel 22 steeds heeft gefunctioneerd als een spiegelbeeld van artikel 9, kan hetzelfde soort wijziging welke is uiteengezet ten aanzien van laatstgenoemd artikel, eveneens in overweging worden genomen (bijvoorbeeld de vergemakkelijking van de toepasselijke toets).

99. In het licht van bovengenoemde zwakke punten is het nog steeds twijfelachtig of die bepaling dusdanig kan worden gewijzigd zodat zij een efficiënte en algemene methode aanreikt om het probleem van de meervoudige aanmeldingen op te lossen. Niettemin worden de belanghebbenden uitgenodigd hun standpunt hieromtrent kenbaar te maken en suggesties te doen om die bepaling op te nemen in een samenhangend stelsel van bevoegdheidstoewijzing.

D. Het begrip "concentratie": voor herziening vatbare punten

100. Naast fusies heeft het begrip concentratie betrekking op de verwerving door een of meer ondernemingen van de juridische of feitelijke zeggenschap over een of meer ondernemingen, met inbegrip van de oprichting van volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen.

101. Daaruit volgt dat een transactie die niet leidt tot het verwerven van een dergelijke zeggenschap buiten de werkingssfeer van de concentratieverordening valt. Dit houdt bijvoorbeeld in dat transacties die betrekking hebben op de verwerving van gemeenschappelijke of afzonderlijke *minderheidsbelangen* welke niet met het verwerven van zeggenschap gepaard gaan, buiten het toepassingsgebied van de verordening vallen ongeacht of het minderheidsbelang door een concurrent wordt verworven. Zolang niet is voldaan aan het zeggenschapscriterium geldt hetzelfde beginsel ook voor *strategische allianties*, een bedrijfsconcept dat steeds vaker voorkomt sinds de invoering van de concentratieverordening. In het algemeen toetst de Commissie momenteel dergelijke transacties aan de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag. De Commissie is er zich van bewust dat dergelijke transacties een "structureel" effect kunnen sorteren op de betrokken markten. Zij is zich echter ook bewust van de moeilijkheid die verband houdt met een toereikende definitie van de betrokken transacties voor de doelstellingen van een verplichte voorafgaande aanmelding.

102. Zoals gezegd is de concentratieverordening van toepassing op volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen. In 1998 werd het toepassingsgebied uitgebreid door wijzigingen van artikel 3, lid 2 en de invoering van artikel 2, lid 4 waardoor samenwerkingsaspecten van een gemeenschappelijke onderneming in de beoordeling konden worden meegenomen. De ervaring welke is opgedaan in de eerste jaren van de toepassing van de nieuwe bepaling zal hieronder worden beoordeeld. Bovendien werd in het Witboek betreffende de modernisering van de regels inzake de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag van 1999 de vraag aan de orde gesteld of *niet-volwaardige gemeenschappelijke productie-ondernemingen* in het toepassingsgebied van de concentratieverordening moeten vallen. In haar voorstel van 27 september 2000 heeft de Commissie echter het verder onderzoek van die kwestie verwezen naar de herziening van de concentratieverordening.
103. Een kwestie die soms aanleiding heeft gegeven tot moeilijke interpretatie houdt verband met concentraties die bestaan uit *meerdere transacties*. Het betreft de volgende vraag: onder welke omstandigheden moeten twee of meer juridisch afzonderlijke transacties voor de doelstellingen van de concentratieverordening worden beschouwd als één transactie die aan de aanmeldingsverplichting is onderworpen? Het antwoord op deze vraag kan gevolgen hebben voor de bevoegdheidstoewijzing tussen de Commissie en de nationale autoriteiten. Teneinde een daadwerkelijk en doelmatig toezicht op concentraties op het meest passende niveau te garanderen, is de Commissie van mening dat ervoor moet worden gezorgd dat economisch onderling afhankelijke transacties uitvoerig worden behandeld door een en dezelfde autoriteit. Tezelfdertijd moet het stelsel kunstmatige combinaties van verschillende transacties uitsluiten.
104. Een andere kwestie die verband houdt met het begrip concentratie is de vraag in hoeverre de concentratieverordening betrekking zou hebben op bepaalde transacties, inzonderheid in de financiële sector (*risicokapitaal*, enz.), die in feite geen aanleiding geven tot een concentratie van het aanbod of de vraag op de markt. Artikel 3, lid 5 van de concentratieverordening voorziet in een vrijstelling voor bepaalde dergelijke transacties. In het licht van de ontwikkelingen op de financiële markten en inzake bedrijfsfinanciering sedert 1990, is het dienstig na te gaan of dit artikel nog steeds in overeenstemming is met zijn doelstelling dan wel moet worden herzien.
105. Een kwestie die van belang is voor het begrip concentratie is de vraag in hoeverre meer *convergentie* zou kunnen worden bereikt tussen dit begrip en het begrip groep in artikel 5 van de concentratieverordening. Het huidige onderscheid tussen die twee begrippen heeft soms aanleiding gegeven tot controverse en derhalve is het raadzaam na te gaan of het gebruik van een gemeenschappelijk begrip onder beide artikelen de toepassing van de verordening zou vergemakkelijken.
- I. *Minderheidsbelangen*
106. In een beperkt aantal gevallen heeft de Commissie in fase-I-beschikkingen rekening gehouden met de afstoting van minderheidsbelangen of het doorknippen van de

vervlechting op bestuursniveau zodat onderzoek van potentieel complexe kwesties die in de beoordeling naar voren kwamen, niet nodig was¹⁷.

107. De concentratieverordening is evenwel niet van toepassing op acquisities van minderheidsbelangen, tenzij er wegens andere factoren de jure of de facto zeggenschap ontstaat. Toch is het mogelijk dat een minderheidsbelang (*dat eventueel gepaard gaat met vervlechting op bestuursniveau*) de stimulans van de met elkaar gelieerde ondernemingen om elkaar te beconcurreren, wijzigt en derhalve gevolgen heeft voor de marktvoorwaarden. Hoewel de concentratieverordening in dergelijke gevallen niet van toepassing is, kunnen minderheidsbelangen en de daaruit voortvloeiende mededingingsproblemen volgens vaste rechtspraak worden getoetst aan de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag.
108. De Commissie werd geattendeerd op het minderheidsbelang en de vervlechting op bestuursniveau als mogelijke factoren die een gezamenlijke machtspositie vergemakkelijken. Zij werd eveneens erop gewezen dat in een aantal andere jurisdicties de concentratievoorschriften van toepassing zijn op de verwerving van minderheidsbelangen ongeacht of daarmee ook zeggenschap wordt verworven¹⁸. Sommigen hebben gesuggereerd dat een vergelijkbare uitbreiding de communautaire voorschriften ten goede zouden komen.
109. In dit stadium beschikt de Commissie niet over uitvoerige gegevens over de gangbaarheid van minderheidsbelangen en vervlechtingen op bestuursniveau. Op grond van de huidige ervaring blijkt evenwel dat een beperkt aantal dergelijke transacties aanleiding zou kunnen geven tot mededingingsbezwaren die onvoldoende kunnen worden behandeld op grond van de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag. Op grond van die veronderstelling lijkt het buitensporig alle acquisities van minderheidsbelangen te onderwerpen aan de *ex ante*-controle van de concentratieverordening. Tezelfdertijd wordt betwijfeld dat een passende definitie kan worden vastgesteld op grond waarvan die gevallen kunnen worden onderkend waarbij minderheidsbelangen en banden tussen ondernemingen een dergelijke behandeling zouden rechtvaardigen.
110. Niettemin nodigt de Commissie de belanghebbenden uit om de ervaringen te beschrijven die zij hebben met de behandeling van minderheidsbelangen en de vervlechting op bestuursniveau op grond van de communautaire

¹⁷ Zie bijvoorbeeld IV/M.1080 - Thyssen/Krupp, Beschikking van 2 juni 1998, COMP/M.1712 - Generali/INA, Beschikking van 12 januari 2000 en COMP/M.1980 - Volvo/Renault, Beschikking van 1 september 2000.

¹⁸ De Duitse, Oostenrijkse en Ierse voorschriften inzake controle op concentraties zijn bijvoorbeeld van toepassing op een verwerving van een belang van 25% ongeacht wijzigingen van de zeggenschap in de zin van de concentratieverordening. In die stelsels kan een tweede aanmelding vereist zijn indien daardoor uitsluitende zeggenschap wordt verworven. Evenzo zijn de concentratievoorschriften van het Verenigd Koninkrijk niet alleen van toepassing op het verwerven van zeggenschap maar ook op de transacties waarbij een partij de mogelijkheid verwerft om "wezenlijk invloed" uit te oefenen op de andere partijen. De Amerikaanse concentratievoorschriften (sectie 7 van de Clayton Act) zijn eveneens van toepassing op gevallen die niet zouden voldoen aan de definitie van een concentratie van de concentratieverordening. Kwesties die verband houden met banden tussen ondernemingen op leidingniveau vallen onder sectie 8 van de Clayton Act. In de Amerikaanse voorschriften wordt ondermeer een criterium toegepast dat verband houdt met de omvang van de transactie en kan worden toegepast op transacties waarbij geen zeggenschap wordt overgedragen (in de zin van de concentratieverordening), op voorwaarde dat de verworven effecten de drempel van 50 miljoen \$ overschrijden

mededingingsvoorschriften alsook hun standpunt mede te delen inzake de meeste passende toekomstige behandeling van dergelijke regelingen.

2. *Strategische allianties*

111. Strategische allianties zijn samenwerkingsregelingen van verschillende reikwijdte die gepaard gaan met de totstandkoming van verschillende banden die gewoonlijk contractueel zijn maar ook structurele aspecten kunnen hebben. Zij gaan van de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming tot specialisatie in bepaalde markten, gezamenlijk O&O, technologieoverdracht, wederzijdse leverantieregelingen, verbintenissen tot toekomstige samenwerking op andere gebieden of zelfs de verwerving van participaties¹⁹. Strategische allianties worden vaak gesloten tussen daadwerkelijke concurrenten die willen concurreren met andere vergelijkbare allianties. Zij zijn zeer gebruikelijk geworden in recent geliberaliseerde markten waar ze een middel bieden om te concurreren op mondiaal geïntegreerde markten. Het mededingingsrecht is voornamelijk erop gericht de onafhankelijkheid van en de daadwerkelijke concurrentie tussen dergelijke allianties te garanderen.
112. De overeenkomsten die betrekking hebben op een strategische alliantie (meer bepaald exclusieve licenties, afname-, distributie- en niet-concurrentiebedingen) kunnen de mededinging beperken en derhalve in het toepassingsgebied van artikel 81 van het Verdrag vallen. Tot dusver is slechts één strategische alliantie, meer bepaald tussen Alitalia en KLM²⁰ getoetst aan de concentratieverordening. In die zaak was de Commissie om een aantal redenen²¹ van mening dat de alliantie voldeed aan de criteria van een volwaardige gemeenschappelijke onderneming in de zin van de mededeling van de Commissie.
113. Overeenkomstig overweging 23 van de concentratieverordening is het dienstig het begrip concentratie zodanig te omschrijven dat alleen verrichtingen die een blijvende verandering in de structuur van de betrokken ondernemingen teweegbrengen, onder dat begrip worden gebracht. Strategische allianties zijn doorgaans niet ontworpen om de structurele wijziging als bedoeld in artikel 3, lid 1 van de concentratieverordening teweeg te brengen en hoeven niet noodzakelijkerwijze te leiden tot de oprichting van een zelfstandige economische eenheid zoals omschreven in de mededeling inzake het begrip volwaardige gemeenschappelijke onderneming. Derhalve blijkt artikel 81 nog steeds het meeste geschikte rechtsinstrument te zijn voor de beoordeling van dergelijke transacties.

3. *Artikel 2, lid 4*

114. Een van de belangrijkste in 1998 ingevoerde wijzigingen van de concentratieverordening bestond erin dat bepaalde gemeenschappelijke ondernemingen, die voorheen werden geacht buiten de werkingssfeer van de verordening te vallen (de zogenaamde volwaardige coöperatieve gemeenschappelijke ondernemingen in de werkingssfeer van de verordening worden opgenomen).

¹⁹ Zie het 24e verslag over het mededingingsbeleid (punt 156).

²⁰ JV.19 - KLM/Alitalia

²¹ Meer bepaald het volgende: de moederondernemingen zouden zich terugtrekken uit de in de alliantie ingebrachte markten; zij zouden het dagelijks beheer gezamenlijk voeren en gezamenlijk de voornaamste strategische en commerciële beslissingen nemen; materiële activa van beide partijen zouden exclusief aan de alliantie worden toegewezen; de overeenkomst zou van lange duur zijn.

115. Tussen maart 1998 en december 2000 werden in totaal 47 oprichtingen van dergelijke ondernemingen aangemeld. Van die aanmeldingen was er slechts één gebaseerd op de omzetcriteria van artikel 1, lid 3 terwijl de overige 46 zaken voldeden aan de criteria van artikel 1, lid 2.
116. De uitbreiding van de concentratieverordening tot alle volwaardige coöperatieve gemeenschappelijke ondernemingen wordt algemeen als dienstig beschouwd. Uit de ervaring blijkt dat die zaken geschikt zijn voor de eerder structurele beoordeling van de concentratieverordening. De opnemingskosten en de tijd die noodzakelijk zijn voor het verkrijgen van een goedkeuring voor de bij dergelijke transacties betrokken ondernemingen ingekort en artikel 2, lid 4 biedt de mogelijkheid alle concurrentieaspecten van dergelijke transacties te beoordelen in één administratieve procedure.
117. Uit materieel oogpunt kan de waarschijnlijkheid dat volwaardige coöperatieve gemeenschappelijke ondernemingen aanleiding geven tot concurrentieproblemen als volgt worden toegelicht. In zeven van de bedoelde zaken werd in de eerste of de tweede fase geconcludeerd dat zij aanleiding gaven tot machtspositieproblemen. Het vergelijkbare cijfer voor alle andere zaken die op grond van de concentratieverordening in dezelfde periode werden aangemeld, bedroeg 75 (op 798 aanmeldingen). Bij wijze van vergelijking kan worden vastgesteld dat machtspositieproblemen aan de orde waren in 15% van de zaken die betrekking hadden op volwaardige coöperatieve gemeenschappelijke ondernemingen en in 9% van de andere zaken.
118. In dezelfde periode werden in twee zaken betreffende volwaardige coöperatieve gemeenschappelijke ondernemingen²² kwesties aan de orde gesteld die betrekking hadden op de coördinatie van het concurrentiegedrag van ondernemingen die onafhankelijk blijven (toetsing aan artikel 81). In die zaken werden die kwesties niet verder onderzocht omdat de partijen hun aanvankelijke project hebben gewijzigd waardoor de problemen werden weggewerkt en een volledig onderzoek niet hoefde. Tot dusver is in geen enkel zaak de betrekking had op een volwaardige coöperatieve gemeenschappelijke onderneming, geconcludeerd dat zij onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt.
119. Hoewel blijkt dat het soort problemen waarvoor artikel 2, lid 4 een oplossing moest bieden, relatief niet zo vaak voorkomen, moet niettemin worden erkend dat die bepaling relatief recent van kracht is geworden. Derhalve dient meer praktische ervaring te worden opgedaan voordat een uitvoerige evaluatie kan worden gemaakt.

4. *Niet-volwaardige gemeenschappelijke productieondernemingen*

120. Zoals reeds werd gezegd in het voorstel van de Commissie tot modernisering van de artikelen 81 en 82 erin voorzien dat de kwestie van de uitbreiding van het begrip concentratie in het kader van deze herziening zou worden onderzocht. In het Witboek van de Commissie werd immers er op gewezen dat het wenselijk leek een stelsel van voorafgaande goedkeuring te handhaven voor niet-volwaardige gemeenschappelijke productieondernemingen omdat dergelijke transacties substantiële investeringen en

²² Zaak M.1327 - NC/Canal +/CDPQ/Bank America en Zaak JV.15 - BT/AT&T.

een verregaande integratie van de activiteiten vergen. Er werd in overweging genomen om niet-volwaardige gemeenschappelijke productieondernemingen net zoals volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen, te toetsen aan het machtspositiecriteria en aan artikel 2, lid 4 van de concentratieverordening.

121. In het daaropvolgende overleg werd evenwel op verschillende punten ernstige kritiek op het voorstel geuit. Een van de problemen was dat moeilijk een ondubbelzinnige juridische definitie van het begrip "niet-volwaardige gemeenschappelijke productieondernemingen" kan worden gevonden inzonderheid op de dienstenmarkten. Dit geeft aan dat dergelijke transacties niet geschikt zijn voor controle op grond van een stelsel van verplichte voorafgaande aanmeldingen.
122. Nog belangrijker is dat uit het overleg geen aanwijzingen naar voren zijn gekomen dat dergelijke gemeenschappelijke productieondernemingen inherent beter geschikt zijn voor voorafgaande controle dan andere transacties die gepaard kunnen gaan met grootschalige investeringen (bijvoorbeeld gemeenschappelijke ondernemingen op het gebied van O&O of distributiestelsels). Aangezien niet-volwaardige gemeenschappelijke productieondernemingen per definitie niet op een markt actief zijn, zou de enige daadwerkelijke beoordeling van dergelijke zaken, indien zij in het toepassingsgebied van de concentratieverordening zouden worden gebracht, verband houden met de coördinatie tussen de moederondernemingen. Aangezien dit betekent dat de toe te passen toets dezelfde zou blijven (in casu artikel 81), zij erop gewezen dat er geen aanwijzingen zijn dat de betrokken partijen een sterke voorkeur hebben voor voorafgaande controle op grond van het huidige stelsel voor de toepassing van artikel 81. Er is niet gebleken dat partijen bij niet-volwaardige gemeenschappelijke productieondernemingen vaak aanmelding doen op grond van artikel 81 en de beschikking van de Commissie afwachten alvorens dergelijke transacties tot uitvoering te brengen.
123. Bovendien zouden niet-volwaardige gemeenschappelijke productieondernemingen gedekt blijven door groepsvrijstellingsverordeningen op grond van artikel 81. Van bijzonder belang in deze context zijn de groepsvrijstellingen voor O&O-overeenkomsten en specialisatieovereenkomsten. Verordening nr. 2658/2000 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3 van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten²³ verleent onder meer vrijstelling voor overeenkomsten betreffende gezamenlijke vervaardiging waarbij twee of meer partijen zich ertoe verbinden bepaalde producten gezamenlijk te vervaardigen. De vrijstelling geldt voor zover een marktaandeeldrempel van 20% niet wordt overschreden. In verordening nr. 2659/2000 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten²⁴ wordt een groepsvrijstelling verleend voor het verrichten van gemeenschappelijk onderzoek en ontwikkeling van producten of werkwijzen en de gemeenschappelijke exploitatie van de daarbij verkregen resultaten. Indien de partijen bij de overeenkomst concurrenten zijn geldt voor de groepsvrijstelling een marktaandeeldrempel van 25%.
124. Op grond van de momenteel beschikbare gegevens kan worden geconcludeerd dat er geen dwingende reden is om het toepassingsgebied van de concentratieverordening uit te breiden tot niet-volwaardige gemeenschappelijke productieondernemingen.

²³ PB 2000, L 304, blz. 3.

²⁴ PB 2000, L 304, blz. 7.

Niettemin nodigt de Commissie de belanghebbenden die een dergelijke uitbreiding wenselijk achten, uit te beschrijven hoe een dergelijk stelsel dat voldoende rechtzekerheidsgaranties bevat, er huns inziens zou moeten uitzien.

5. *Meervoudige transacties*

125. De Commissie moest in het verleden in een aantal gevallen besluiten of een aantal transacties die op uiteenlopende punten met elkaar verband hielden, moesten worden beschouwd als een enkele concentratie.
126. De kwestie is van belang voor het bepalen van de rechtsmacht van de Commissie. Een transactie die op zich misschien niet van communautaire dimensie is omdat zij niet voldoet aan de drempels van de concentratieverordening, zou niettemin in het toepassingsgebied van de concentratieverordening kunnen vallen als onderdeel van een concentratie die bestaat uit meer dan een transactie.
127. Artikel 3 is van toepassing op het verkrijgen van "rechtstreekse of middellijke zeggenschap over een of meer andere ondernemingen of delen daarvan". Afgezien van deze algemene en brede definitie, heeft alleen de bepaling van artikel 5, lid 2, tweede alinea, rechtstreeks betrekking op de situatie waarbij twee of meer transacties als één concentratie worden beschouwd. Deze bepaling was voornamelijk er op gericht de omzeiling van de concentratieverordening door het opdelen van een concentratie in talrijke transacties, te beletten. In de concentratieverordening is een wettelijk vermoeden ingevoerd dat alle transacties die voldoen aan de vereisten van artikel 5, lid 2, tweede alinea als één concentratie moeten worden beschouwd.
128. In overeenstemming met het one-stop-shop-beginsel is er in principe geen reden om andere meervoudige transacties die op grond van de huidige concentratieverordening niet als één concentratie blijken te moeten worden beschouwd, niet als één geheel te beoordelen indien uit de tot stand gebrachte economische band een dusdanige economische eenheid tussen de transacties blijkt dat zij als één concentratie kunnen worden beschouwd.
129. Het begrip economische eenheid dient te worden getoetst aan de doelstellingen van de partijen. De relevante factoren om vast te stellen of de toestand neerkomt op één enkele concentratie, omvatten noodzakelijkerwijze een tijdsverband alsook een identiteitsverband zowel wat de deelnemers aan de transacties en de draadwijde ervan betreft.
130. De toepassing van het one-stop-shop-beginsel op de soorten meervoudige transacties welke hieronder worden beschreven zou dienstiger zijn om daadwerkelijke concurrentie in het algemeen te handhaven omdat aldus zou worden gegarandeerd dat de totale effecten van dergelijke concentraties aan één coherente beoordeling worden onderworpen. Om dezelfde redenen die van toepassing zijn op elke concentratie, zou een striktere toepassing van het one-stop-shop-beginsel ook de rechtszekerheid verhogen voor de betrokkenen of diegenen die de gevolgen van de concentratie ondergaan. Teneinde een kunstmatige scheiding in de behandeling van meervoudige transacties die vanuit het oogpunt van de partijen en/of de markt door economische eenheid worden gekenmerkt, te vermijden, lijkt het nuttig de omstandigheden waarin meervoudige transacties voor de doelstelling van de

concentratieverordening als één geheel moet worden beschouwd, nader toe te lichten. Naar het voorkomt is dit van toepassing op de volgende drie scenario's²⁵:

131. Transacties die betrekking hebben op *de verkrijging van gezamenlijke zeggenschap over een deel van een onderneming en uitsluitende zeggenschap over een ander deel*. Dit is bijvoorbeeld doorgaans het geval wanneer de directe verwerving betrekking heeft op de moederonderneming van een groep. In een dergelijk scenario zal de doelonderneming vaak één of verschillende dochterondernemingen hebben waarover gezamenlijk zeggenschap wordt uitgeoefend, die ingevolge de directe verwerving (gezamenlijk) gecontroleerd zullen worden door de nieuwe eigenaar van de moederonderneming. In een dergelijk scenario zou het kennelijk kunstmatig zijn om de verworven groep niet als één economische eenheid te beschouwen en zolang de situatie uit economisch oogpunt dezelfde blijft zou er geen reden zijn om niet hetzelfde algemene beginsel toe te passen. Dit kan worden aangetoond aan de hand van een eenvoudig voorbeeld. Onderstel een situatie waarbij onderneming A de volgende activa (die, voor het voorbeeld, actief kunnen zijn op dezelfde relevante markt en als één enkele eenheid worden bestuurd door A) wil verkopen aan onderneming B:
- 100% van zijn dochteronderneming A1,
 - een belang van 50% in A2 (een onderneming die onder gezamenlijke zeggenschap staat), en
 - een belang van 25% in A3 (een belang dat niet gepaard gaat met de uitoefening van zeggenschap).
132. Onder de huidige voorschriften zouden de acquisities van A1 en A2 worden beschouwd als afzonderlijke concentraties terwijl de verwerving van het belang in A3 helemaal niet als een concentratie zou worden aangemerkt. De twee eerstgenoemde transacties zouden, afhankelijk van de bij elk van die twee transacties betrokken omzet, beoordeeld worden op grond van de concentratieverordening of door één of (meerdere) lidsta(a)t(en). Het resultaat zou compleet verschillend zijn indien A, vóór de verkoop, A1-A3 zou onderbrengen in een holding (bijvoorbeeld om fiscale redenen) die vervolgens aan B zou worden overgedragen. In dit geval zou er slechts één concentratie zijn waarbij B de uitsluitende zeggenschap zou verwerven over de holding. Bovendien zou rekening worden gehouden met alle omzet die gelieerd is aan de activa welke in handen zijn van die onderneming, om te bepalen welke autoriteit bevoegd is, hetgeen tot gevolg zou hebben dat de volledige

²⁵

Een vierde scenario zou mogelijkwijs betrekking hebben op een gezamenlijk bod. Die gevallen zijn reeds behandeld als één concentratie voor de doelstelling van de concentratieverordening, tenzij de gezamenlijke bieders zijn overeengekomen alle verworven activa onmiddellijk op te splitsen volgens een van tevoren vastgesteld plan. In het laatste scenario is in punt 24 van de mededeling betreffende het begrip "betrokken onderneming" gespecificeerd dat elke dergelijke verwerving van activa zal worden beschouwd als een afzonderlijke concentratie. Aangezien dit hoofdbeginsel reeds is vastgesteld zouden de bestaande wetsvoorschriften niet hoeven te worden gewijzigd. Niettemin kan het dienstig zijn om de beperkingen van de vrijstelling welke zijn genoemd in punt 24 van de mededeling betreffende het begrip "betrokken onderneming", nader toe te lichten in de volgende herziening van die mededeling. Een dergelijke verduidelijking zou inhouden dat wanneer er onzekerheid is over het lot van de gezamenlijk verworven activa, het gezamenlijk bod in zijn totaliteit zal worden beschouwd als één concentratie bij de beoordeling waarvan rekening zal worden gehouden met eventueel bekende plannen om de verworven activa op te splitsen.

overdracht van activa zou worden onderworpen aan een beoordeling op Gemeenschaps- dan wel op lidstaatniveau. Teneinde alle economische activiteiten welke via de concentratie worden samengebracht, volledig in de beoordeling mee te nemen lijkt het derhalve dienstig artikel 5, lid 2, tweede alinea van de concentratieverordening te wijzigen zodat dit soort scenario volledig in de werkingssfeer ervan valt²⁶.

133. De *ruil van activa* (swaps) tussen twee ondernemingen zal doorgaans uiteindelijk als resultaat hebben dat twee afzonderlijke entiteiten op de markt blijven (zij het met gewijzigde activaconstellaties). Een ruil van activa zal vaak worden geregeld via één enkel contract en de sluiting van de ene transactie zal bijna per definitie afhankelijk zijn van de sluiting van de andere. Tot dusver werd in de concentratieverordening niet erkend dat dergelijke banden volstaan om een ruil van activa als één concentratie te beschouwen. Teneinde een samenhangende beoordeling van de gehele transactie te garanderen lijkt een beleidswijziging gerechtvaardigd. Bovendien kan één of beide delen van de ruil gedeeltelijk zijn in die zin dat de vorige eigenaar een economisch belang in de geruilde activiteit kan behouden. Uit het oogpunt van de beoordeling kan elk deel van een ruil zeker een gevolg hebben voor de beoordeling van het andere deel. Die redenen en het feit dat een ruil vanuit het oogpunt van de partijen doorgaans betrekking heeft op een economische eenheid, pleiten ervoor dat dergelijke transacties zouden worden behandeld als concentraties die bestaan uit één enkele transactie. Naar het voorkomt is het derhalve dienstig artikel 5, lid 2, tweede alinea van de concentratieverordening te wijzigen om de werkingssfeer ervan uit te breiden tot dit soort scenario²⁷.
134. "*Kruipende*" overnames via de beurs zijn een ander voorbeeld van concentraties die meerdere transacties omvatten. Dergelijke transacties kunnen op verschillende, min of meer geavanceerde wijzen tot uitvoering worden gebracht, gaande van de relatief eenvoudige directe aankoop van aandelen van vorige aandeelhouders tot transactiestructuren waarbij een aantal financiële tussenpersonen betrokken zijn die gebruik maken van een scala financiële instrumenten. Dit soort transacties zal vaak plaatsvinden bij "vijandige" overnames, d.w.z. overnames waarbij de doelonderneming en/of sommige van haar aandeelhouders de overname niet volledig steunen. In dergelijke gevallen is de veronderstelling dat de concentratie tot stand wordt gebracht via de verwerving van het specifieke aandeel of aandelenblok dat de verwerver (de facto) zeggenschap geeft over de doelonderneming doorgaans onpraktisch en kunstmatig. Vanuit het oogpunt van de betrokken partijen zal het daarentegen doorgaans duidelijk zijn dat een aantal juridisch afzonderlijke verwervingen van rechten uit economisch oogpunt een eenheid vormen en dat het de bedoeling is de zeggenschap over de doelonderneming te verwerven. Derhalve lijkt het dienstig artikel 5, lid 2, tweede alinea van de concentratieverordening te wijzigen zodat het toepassingsgebied ervan wordt uitgebreid tot dit soort scenario²⁸.
135. De Commissie is van mening dat het bovengenoemde soort transacties in de werkingssfeer van de concentratieverordening kan worden gebracht door

²⁶ Derhalve zou de interpretatieve mededelingen van de Commissie ook moeten worden gewijzigd (zie de mededeling betreffende het begrip concentratie, punt 16).

²⁷ Ook hier zouden wijzigingen van de interpretatieve mededelingen van de Commissie noodzakelijk zijn (zie de mededeling betreffende het begrip betrokken onderneming, punt 49-50).

²⁸ Zie ook paragraaf 180 (en volgende) over de relatie tussen artikel 4 en artikel 7 van de concentratieverordening in die situaties.

aanpassingen van artikel 5, lid 2, tweede alinea. Teneinde de toepassing van het beginsel van artikel 5, lid 2, tweede alinea niet buitenmatig uit te breiden lijkt het evenwel dienstig de werkingssfeer van die bepaling te beperken tot transacties die betrekking hebben op dezelfde economische sector. Ingevolge een dergelijke wijziging zou artikel 5, lid 2, tweede alinea als volgt luiden (wijzigingen in **vet** weergegeven):

2. vindt de concentratie plaats via de verwerving van delen van één of meer ondernemingen, welke delen al dan niet eigen rechtspersoonlijkheid bezitten, dan moet, in afwijking van lid 1, ten aanzien van de vervreemder of vervreemders alleen rekening worden gehouden met de omzet van de vervreemde delen die het voorwerp zijn van de transactie.

Twee of meer transacties, als bedoeld in de eerste alinea, die binnen een periode van twee jaar plaatsvinden tussen dezelfde personen of ondernemingen moeten, **tenzij zij betrekking hebben op niet-gelieerde sectoren van de industrie, en ongeacht het soort zeggenschap dat eruit voortvloeit**, beschouwd worden als één concentratie die plaatsvindt op de datum van de laatste transactie.

Het beginsel dat in de tweede alinea is neergelegd, moet *mutatis mutandis* van toepassing zijn op de ruil van activa (swaps) en op meervoudige verwervingen van waardepapieren van een onderneming in de zin van artikel 7, lid 5, tweede alinea.

136. Belanghebbenden worden uitgenodigd opmerkingen te maken bij dit voorstel voor een wijziging van artikel 5, lid 2 van de concentratieverordening. Zij worden tevens uitgenodigd aan te geven of het hun inziens nuttig is andere soorten concentraties die uit meerdere transacties bestaan, op grond van de concentratieverordening te behandelen.

6. *Investerings in risicokapitaal, artikel 3, lid 5*

137. In artikel 3, lid 5 worden een aantal nauwkeurig gedefinieerde situaties beschreven waarin een concentratie wordt geacht niet tot stand zijn gekomen. Een van die uitzonderingen betreft de normale verhandeling van waardepapieren door van financiële instellingen. Uit ervaring is evenwel gebleken dat de beperkingen van die bepaling (in termen van rechten zonder stemrecht alsmede ten aanzien van de maximumperiode gedurende welke zij deelnemingen kunnen bezitten) meebrengen dat zij zelden toepasselijk is. Tezelfdertijd zijn beperkingen van dit type bedoeld om de omzeiling van de concentratieverordening te ontmoedigen en de efficiëntie ervan alsook de handhaving van gelijke spelregels te garanderen.

138. De herziening van de verordening heeft de aandacht van de Commissie gevestigd op het bestaan van nieuwe financieringsvormen op de kapitaalmarkten. Hiermee dient rekening te worden gehouden bij de herziening van het toepassingsgebied van de verordening. Risicokapitaal ("RK") heeft sinds de goedkeuring van de concentratieverordening veel aan belang gewonnen in Europa. Naar verluidt zou risicokapitaal kunnen worden onderverdeeld in twee hoofdcategorieën: transactie-investeringen en groeikapitaal/technologie-investeringen.

139. Transactie-investeringen houden doorgaans verband met overnames van gevestigde, beursgenoteerde of particuliere ondernemingen en zijn in veel opzichten vergelijkbaar met traditionele industriële transacties. Zij blijken geen aanleiding te geven tot voor dit onderzoek relevante kwesties.

140. Groeikapitaal/technologie-investeringen vertonen evenwel kenmerken die nader onderzoek verdienen. Dergelijke investeringen worden doorgaans verricht om kapitaal te verstrekken voor een nieuwe onderneming gedurende haar eerste ontwikkelingsfase met het uiteindelijke doel de onderneming op middellange termijn naar de beurs te brengen. Gewoonlijk behoudt de ondernemer de volledige controle over het bedrijf en vaak is er zelfs geen bestuursorgaan. Er is betoogd dat dit soort risicokapitaal moet worden bekeken als een equivalent van traditionele leningen die door banken worden verstrekt. Het voornaamste voor de verordening relevante kenmerk is dat de risicokapitaalverstrekkers aandelen in het nieuwe bedrijf zullen bezitten en doorgaans minstens vetorechten zullen hebben over de begroting en het bedrijfsplan. Bij traditionele financieringsmethoden zouden banken doorgaans geen aandelen bezitten maar in de plaats daarvan de mogelijkheid hebben om een verlenging van de kredieten te weigeren.
141. Die groeikapitaaltechnologie-investeringen kunnen onder de concentratieverordening vallen omdat zij doorgaans *consortiaal* zijn hetgeen betekent dat twee of meer risicokapitaalverstrekkers de investering zullen delen. Wegens die constructie is het mogelijk dat dergelijke transacties zelfs bij opstartende bedrijven zonder enige afzet, moeten worden aangemeld op grond van de regels die van toepassing zijn op volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen. Er zijn verschillende redenen waarom risicokapitaalverstrekkers en de ondernemer een consortiumtransactie kunnen verkiezen, meer bepaald omdat beide hun risicoblootstelling wensen te verlagen en bijzondere ervaringen willen samenbrengen.
142. Dit soort investeringen in risicokapitaal heeft vaak betrekking op kleine en middelgrote ondernemingen en moedigt bovendien het ondernemerschap aan hetgeen op middellange tot lange termijn waarschijnlijk de concurrentie en de economie in het algemeen ten goede zou komen. Op grond van de huidige voorschriften voldoen dergelijke risicokapitaalinvesteringen waarschijnlijk aan de criteria voor de vereenvoudigde behandeling op grond van de concentratieverordening (zie hieronder). Indien evenwel kan worden aangenomen dat dit soort risicokapitaalinvestering waarschijnlijk geen aanleiding zal geven tot concurrentiebezwaren en omdat zij nieuwe bedrijven in een beginfase kapitaal verstrekken rijzen er meerdere moeilijkheden om het toepassingsgebied van een specifieke vrijstelling af te bakenen. Een van die moeilijkheden houdt verband met het feit dat er geen gemeenschappelijke definitie bestaat van een investeerder in risicokapitaal. In dit verband is het alleszins duidelijk dat de mededingingsbezwaren geringer zullen zijn wanneer de risicokapitaalverstrekker een zuivere financiële onderneming is (zoals een bank) dan wanneer het een dochteronderneming van een industriële onderneming betreft²⁹. Bovendien is het voor het beantwoorden van de vraag of er mededingingsbezwaren kunnen ontstaan, duidelijk van belang te weten in hoeverre het consortium van risicokapitaalverstrekkers een actieve rol speelt in het bedrijf. Het is onwaarschijnlijk dat er uit mededingingsoogpunt bezwaren zullen ontstaan wanneer de risicokapitaalverstrekkers een passieve rol spelen en weinig meer doen dan financiering verstrekken op een wijze die vergelijkbaar is met

²⁹ De Europese vereniging van risicokapitaalverstrekkers bestaat ondermeer uit dochterondernemingen van banken en fondsenbeheerders maar ook zogenaamde "corporate ventures" die dochterondernemingen van industriële ondernemingen zijn. Het is mogelijk dat die laatste categorie ernaar streeft te investeren in nieuwe technologieën die bestaande industriële activiteiten zullen ondersteunen of verder ontwikkelen.

traditionele bancaire faciliteiten. Dit is niet noodzakelijkerwijze het geval wanneer de risicokapitaalverstrekkers die vaak sectorale specialisten zijn en investeren in een groot aantal bedrijven in een bepaalde sector, een meer pro-actieve rol gaan spelen hetgeen mogelijkerwijze gepaard gaat met de overdracht van activa en/of informatie tussen verschillende investeringen.

143. Een vrijstelling ongeacht de vorm ervan, zal slechts bruikbaar zijn wanneer eerst een ander probleem wordt opgelost, meer bepaald de relatie tussen een dergelijke vrijstelling en de regels van de lidstaten inzake controle op concentraties. Een vrijstelling die tot gevolg zou hebben dat consortiale groeikapitaal/technologie-investeringen onderworpen zouden worden aan meervoudige aanmeldingsvereisten op nationaal niveau, zou niet alleen onverenigbaar zijn met het one-stop-shop-beginsel maar de administratieve belasting eerder vergroten dan verminderen.
144. Ongeacht de bovengenoemde moeilijkheden met betrekking tot de definitie van een categorie risicokapitaalinvesteringen die geen aanleiding zouden geven tot problemen, uit het oogpunt van de mededinging, blijft de Commissie openstaan voor een mogelijke uitbreiding van het toepassingsgebied van artikel 3, lid 5. Om die reden nodigt zij de belanghebbenden uit hun standpunten kenbaar te maken en inzonderheid voorstellen te doen betreffende de wijze waarop die kunnen worden verwezenlijkt zonder afbreuk te doen aan de efficiëntie van de verordening. Bij het verstrekken van dergelijke opmerkingen worden de belanghebbenden inzonderheid uitgenodigd na te gaan of de voorstellen welke hieronder over de uitbreiding van het toepassingsgebied van de vereenvoudigde procedure zijn uiteengezet de noodzaak om bijkomende kwesties die verband houden met investeringen in risicokapitaal te behandelen, kunnen doen afnemen.

7. *Convergentie - "Zeggenschap" vs. "Groep"*

145. In artikel 3, lid 3 wordt het begrip "zeggenschap" gedefinieerd om de omstandigheden te bepalen waarin een concentratie geacht wordt tot stand te komen. De toegepaste criteria zijn eerder kwalitatief dan kwantitatief en kunnen worden toegepast op feitelijke en juridische omstandigheden..
146. In artikel 5, lid 4 wordt het begrip groep ondernemingen gedefinieerd waarmee, naast de betrokken onderneming, rekening wordt gehouden om na te gaan of aan de omzetcriteria van artikel 1 is voldaan. Deze bepaling is erop gericht de totale economische middelen waarop een concentratie betrekking heeft, bij de beoordeling te betrekken.
147. In een beperkt aantal gevallen ontstond er enige controverse over de verenigbaarheid van artikel 3, lid 3 met artikel 5, lid 4. De volgende twee feiten lagen voornamelijk aan de oorzaak hiervan:
- Onder de streepjes 1-3 van artikel 5, lid 4, onder b) is bepaald dat een onderneming geacht wordt deel uit te maken van een groep indien *meer dan de helft* van haar kapitaal of bedrijfsactiva in handen zijn van de groep, indien *meer dan de helft* van de stemrechten door de groep kunnen worden uitgeoefend of indien de groep *meer dan de helft van de Raad van toezicht of van bestuur* kan benoemen;

- onder het vierde streepje van artikel 5, lid 4, onder b) is bepaald dat een onderneming in de groep moet worden opgenomen wanneer de groep het recht heeft *de zaken van de onderneming te leiden*.
148. De criteria van de eerste drie streepjes van artikel 5, lid 4 kunnen worden omschreven als kwantitatieve, formele criteria. De bepaling van het vierde streepje is eerder op de effecten gericht en derhalve beter vergelijkbaar met het kwalitatieve criterium van artikel 3, lid 3. Zelfs indien het eindresultaat van de twee soorten analyses in de overgrote meerderheid van de gevallen hetzelfde kan zijn is het niettemin duidelijk dat er verschillen bestaan tussen de twee bepalingen en dat dergelijke verschillen soms tot onzekerheid kunnen leiden.
149. Volgens vaste rechtspraak kan bijvoorbeeld zeggenschap in de zin van artikel 3, lid 3, worden verworven door een onderneming die aanzienlijk minder dan de helft van de stemrechten in een andere onderneming bezit (in de veronderstelling dat de bedoelde onderneming niettemin waarschijnlijk een meerderheid zal halen op de aandeelhoudersvergadering). Anderzijds is het niet zeker dat er sprake zou zijn van zeggenschap in de zin van artikel 3, lid 3 zelfs na de verwerving van bijvoorbeeld 51% van het aandelenkapitaal of de activa (in de veronderstelling dat een andere aandeelhouder meer dan de helft van de stemrechten in de onderneming controleert).
150. Evenzo is de tekst van artikel 5, lid 4, inclusief van het vierde streepje, meer verenigbaar met een toestand van uitsluitende zeggenschap dan met een toestand van gezamenlijke zeggenschap tussen meerdere moederondernemingen.
151. In het licht van het bovenstaande nodigt de Commissie de belanghebbenden uit opmerkingen te maken bij de vraag of de huidige verschillen tussen artikel 3, lid 3 en artikel 5, lid 4 in de praktijk moeilijkheden opleveren en, indien ja, of het huns inziens dienstig is het begrip groep te baseren op de beginselen die aan de grondslag liggen van artikel 3, lid 3. De Commissie wacht eveneens opmerkingen in over eventuele nadelen die zouden voortvloeien uit de harmonisatie van de twee bepalingen.
152. Een kwestie die verband houdt met het voorgaande heeft betrekking op de praktijk van de Commissie om naar analogie met artikel 5, lid 5, een deel van de omzet van gemeenschappelijke ondernemingen op te nemen in de berekening van de totale omzet van de groep³⁰. Hoewel de analoge toepassing van artikel 5, lid 5 geen aanleiding heeft gegeven tot betwisting, lijkt het niettemin dienstig de benadering van de bepaling zelf te verduidelijken.
8. *Samenvatting van de conclusies*
153. In dit hoofdstuk zijn een aantal mogelijke wijzigingen van het begrip concentratie zoals uiteengezet in artikel 3 van de concentratieverordening, onderzocht. In de eerste plaats werd gekeken naar de behandeling van dit begrip in verband met minderheidsbelangen en strategische allianties. Hoewel bepaalde dergelijke transacties structurele effecten kunnen sorteren, geldt dit niet in het algemeen en blijkt het niet mogelijk om met voldoende rechtszekerheid dit onderscheid te maken.

³⁰ Zie punt 40 van de mededeling van de Commissie betreffende de berekening van de omzet.

Derhalve blijft artikel 81, naar het voorkomt, het meest geschikte instrument voor de beoordeling van dergelijke transacties.

154. In dit hoofdstuk werden eveneens de kwesties van artikel 2, lid 4 en de niet-volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen onderzocht. Wat de eerste kwestie betreft, werd geconcludeerd dat, hoewel sinds de invoering ervan in de concentratieverordening van 1998 geen wezenlijk aantal afgeleide problemen is vastgesteld, deze bepaling niettemin spoort met het one-stop-shop-beginsel en derhalve behouden moet worden. Met betrekking tot niet-volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen werd geconcludeerd dat er geen overtuigende argumenten zijn om het toepassingsgebied van de concentratieverordening tot dergelijke transacties uit te breiden.
155. De kwestie van de zogenaamde meervoudige transacties werd onderzocht en er werd geconcludeerd dat de huidige bepalingen gewijzigd moeten worden om een samenhangende en efficiënte toepassing van de voorschriften inzake de controle op concentraties op drie specifieke soorten dergelijke transacties beter te kunnen garanderen.
156. In het hoofdstuk werd ook onderzocht of het dienstig was de toepasselijkheid van de concentratieverordening te beperken tot een bepaald type risicokapitaaltransactie. Er werd geconcludeerd dat de haalbaarheid van een dergelijke wijziging afhankelijk zou zijn van de vraag of een dergelijke beperking op dusdanige wijze kan worden gedefinieerd dat negatieve gevolgen voor de efficiëntie van de concentratieverordening kunnen worden uitgesloten.
157. Tenslotte werd in dit hoofdstuk onderzocht in hoeverre het dienstig is om het begrip groep van artikel 5, lid 4 te harmoniseren met het begrip zeggenschap van artikel 3, lid 3.
158. De belanghebbenden worden niet alleen uitgenodigd opmerkingen te maken bij sommige van de bovengenoemde kwesties maar ook aangemoedigd opmerkingen te maken over elk ander aspect van het begrip concentratie dat hun inziens baat zou vinden bij een verduidelijking of een herziening.

III. MATERIËLE VRAAGSTUKKEN

A. De materiële toets

159. De materiële criteria waaraan aangemelde concentraties worden getoetst, zijn uiteengezet in artikel 2 van de concentratieverordening. In de loop van dit onderzoek werd gesuggereerd dat de Commissie de gelegenheid te baat moest grijpen om de verdienste van de erin vervatte machtspositietoets te bespreken. Er werden procedurele en materiële redenen aangevoerd om de geschiktheid van die toets opnieuw te evalueren.
160. Uit procedureoogpunt wordt een dergelijke nieuwe evaluatie voornamelijk bepleit omdat zij zou kunnen bijdragen tot een aanpassing van de beoordelingscriteria van de concentratieverordening aan die welke van toepassing zijn in andere grote jurisdicties zoals de Verenigde Staten, Canada en Australië en gebaseerd zijn op het begrip *substantiële concurrentievermindering* ("substantial lessening of competition") ("het SCV-criterium"). Een dergelijke aanpassing aan een algemene

concentratiebeoordelingsstandaard houdt een aantal voordelen in. Het zou bijvoorbeeld voor de partijen de algemene beoordeling van concurrentieproblemen waartoe de voorgenomen transacties aanleiding kunnen geven, vergemakkelijken doordat aldus wordt vermeden dat het voornemen op grond van verschillende criteria moet worden verdedigd hetgeen thans het geval is. Daarenboven zouden de concurrentieautoriteiten een betere basis hebben waarop zij daadwerkelijk kunnen samenwerken in zaken die in verschillende jurisdicties zijn aangemeld. Aangezien bij gemeenschappelijke criteria de nadruk eerder zou liggen op de daadwerkelijke toepassing van de criteria dan op de criteria zelf, zou aldus bovendien een betere basis voor de vergelijking van de activiteiten van de concurrentieautoriteiten en gerechtelijke instanties voorhanden zijn alsook de ontwikkeling van concurrentiegericht onderzoek en modelvorming worden vergemakkelijkt.

161. Er zij evenwel op gewezen dat een wijziging van de criteria in de concentratieverordening ook bepaalde nadelen zou kunnen hebben. Hoewel dit effect niet moet worden overdreven kan het althans in een aanloopperiode voor belanghebbenden moeilijker zijn om de waarschijnlijke uitkomst van procedures inzake de controle op concentraties in Europa te voorspellen. Dit komt omdat de bestaande rechtspraak (van de Commissie en de rechterlijke instanties), is gebaseerd op de machtspositietoets van de verordening. Een andere mogelijke complicatie houdt verband met het feit dat de meeste lidstaten (evenals de kandidaat-lidstaten) hun bepalingen inzake controle op concentraties hebben aangepast aan de huidige machtspositietoets³¹. Tenzij de nationale voorschriften ook worden gewijzigd, zou een wijziging van de concurrentietoets van de concentratieverordening merkwaardig genoeg kunnen leiden tot een grotere onderlinge aanpassing op internationaal niveau terwijl er grotere verschillen worden gecreëerd in de Gemeenschap.
162. Er zij op gewezen dat er vanuit materieel oogpunt veel punten van overeenkomst zijn tussen de machtspositietoets en de SCV-toets. Beide toetsen omvatten bijvoorbeeld een onderzoek naar de omvang van de relevante markt en een beoordeling van de wijze waarop het concentratievoornemen de markt(en) kan beïnvloeden en van de concurrentiedruk die op de uit de concentratie ontstane onderneming zal worden uitgeoefend. Tevens zij erop gewezen dat ondanks de huidige regelgevingsverschillen uit de meeste zaken welke worden behandeld door de Commissie en andere belangrijke jurisdicties die de SCV-toets gebruiken, een grote convergentie in de benadering van het concentratieonderzoek blijkt.
163. Sinds de goedkeuring van de concentratieverordening in 1989 is de toepassing van het begrip machtspositie aangepast aan ontwikkelingen in de economische theorie en aan de verfijningen van de thans beschikbare econometrische instrumenten om marktmacht te meten. Dit houdt in dat de beoordeling van concentraties thans minder afhankelijk is van de eerder botte en onprecieze marktaandeeltoets dan 10 jaar geleden. Een dergelijke evolutie van de machtspositietoets is normaal en tot dusver is gebleken dat artikel 2 voldoende flexibel is om ruimte te bieden voor een op effecten gebaseerde analyse op grond van meer gesofisticeerde micro-economische instrumenten en modellen die zijn onderworpen door econometrisch onderzoek en onderzoek naar industriële organisatie.

³¹ Er zij evenwel op gewezen dat het Verenigd Koninkrijk en Ierland hervormingen overwegen waarbij een SCV-toets zou worden ingevoerd. Bovendien zouden andere lidstaten de eventuele voordelen van dit criterium willen onderzoeken.

164. De uitlegging van de Europese rechterlijke instanties volgens welke de concurrentietoets van de concentratieverordening van toepassing zou zijn op gevallen van een collectieve machtspositie, is misschien het best bekende voorbeeld van die evolutie (arresten van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste aanleg in de zaken *Kali und Salz* en *Gencor*).
165. Er is evenwel gesuggereerd dat de SCV-toets nauwer zou aanleunen bij de geest van de economische analyse van de concentratiecontrole en (juridisch) minder stroef zou zijn dan de machtspositietoets). Sommigen achten de SCV-toets beter geschikt voor een efficiënte controle op concentraties, inzonderheid in de context van de groeiende concentratie in de industrie. Tezelfdertijd is ook gesuggereerd dat de invoering van de SCV-toets zou leiden tot grotere rechtsonzekerheid.
166. Met betrekking tot het bereik van de machtspositietoets is bij gelegenheid op louter hypothetisch niveau de vraag gesteld naar de mate waarin die toets een doelmatige controle in bepaalde specifieke gevallen mogelijk zou maken wanneer ondernemingen unilateraal hun prijzen kunnen verhogen en aldus marktmacht uitoefenen. Het voorbeeld dat vaak wordt genoemd is dat van een concentratie tussen de tweede en de derde grootste speler op een markt wanneer die ondernemingen de naaste substituten zijn. In een dergelijk scenario kunnen de gefuseerde ondernemingen nog steeds kleiner zijn dan de bestaande marktleider. Naar verluidt zou de SCV-toets beter geschikt zijn om een dergelijke situatie aan te pakken inzonderheid wanneer op grond van de marktkenmerken niet kan worden geconcludeerd dat er een collectieve machtspositie zou bestaan. Hoewel de Commissie tot dusver nog niet met een dergelijke situatie is geconfronteerd, blijft het een interessante theoretische discussie.
167. Uit de ervaring welke is opgedaan bij de toepassing van de machtspositietoets kan worden geconcludeerd dat geen grote lacunes zijn vastgesteld. De toepassing ervan heeft evenmin vaak geleid tot resultaten die verschillen van die van de SCV-toets in andere jurisdicties. De Commissie is, meer bepaald in het licht van de toenemende concentratieactiviteiten op internationaal niveau, van mening dat de tijd is aangebroken om een grondig debat te voeren over de respectieve merites van de twee toetsen inzake controle op concentraties.
168. Met het oog op het voeren van een grondig debat over die belangrijke kwesties worden de belanghebbenden uitgenodigd hun met redenen omklede mening kenbaar te maken over de voor- en nadelen van de huidige bewoording van artikel 2 van de concentratieverordening en de doelmatigheid van de toets te vergelijken met die van de SCV-toets.
169. Aangezien die gedachtewisseling betrekking heeft op beginselen die voor het mededingingsrecht van fundamenteel belang zijn, niet alleen op het niveau van de Gemeenschap maar ook van de lidstaten, is de Commissie zich ervan bewust dat het misschien niet mogelijk is om definitieve conclusies te trekken binnen de voor deze herziening beschikbare tijd.

B. Specifieke efficiëntievoordelen van concentraties

170. In sommige opmerkingen wordt bovendien gesuggereerd dat de machtspositietoets geen ruimte biedt voor een behoorlijk onderzoek van de efficiëntievoordelen die het gevolg kunnen zijn van concentraties. Tot dusver is de kwestie van de efficiëntie-

voordelen slechts in een beperkt aantal op grond van de concentratieverordening gegeven beschikkingen aan de orde gesteld en het is nog niet helemaal duidelijk in hoeverre er ruimte is om met dergelijke overwegingen rekening te houden. In sommige jurisdicties daarentegen is uitdrukkelijk voorzien in de mogelijkheid om bij controle op concentraties rekening te houden met specifieke efficiëntievoordelen van concentraties (zie bijvoorbeeld de Amerikaanse Horizontal Merger Guidelines). In dit opzicht kan een concentratie 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 ("efficiency defence"). Ongeacht de toegepaste materiële toets, wordt in die jurisdicties een dergelijk argument slechts aanvaard in de eerder uitzonderlijke gevallen dat de efficiëntievoordelen waarschijnlijk ten goede zullen komen aan de consumenten in weerwil van een machtspositie of een substantiële vermindering van de concurrentie.

171. In elk geval draagt de partij die aanvoert dat een bepaalde concentratie waarschijnlijk tot aanzienlijke efficiëntievoordelen zal leiden, de bewijslast d.w.z. dat de bewijslast doorgaans bij de aanmeldende partijen ligt die in elk geval het best geplaatst zijn om de omvang en de reikwijdte van dergelijke voordelen te omschrijven en het best kunnen uitleggen waarom de voorgestelde concentratie noodzakelijk is voor de verwezenlijking van die voordelen.
172. De Commissie volgt en steunt de aan de gang zijnde gedachtewisseling over de wijze waarop en de mate waarin met dergelijke voordelen rekening dient te worden gehouden in de mededingingsrechtelijke analyse³². Dientengevolge en onafhankelijk van de kwestie van de twee materieelrechtelijke toetsen nodigt de Commissie de belanghebbenden uit opmerkingen te maken over de juiste rol en de reikwijdte van efficiëntieoverwegingen in de controle op concentraties.

C. De vereenvoudigde procedure

173. Uit het verslag van 2000 is gebleken dat de Europese industrie een wijziging die de Commissie bevoegd maakt voor alle zaken welke grensoverschrijdende effecten sorteren, ondersteunt maar ook een minder restrictieve benadering genegen is ten aanzien van transacties die waarschijnlijk geen negatieve effecten voor de mededinging zullen sorteren. Voor dergelijke zaken werd inzonderheid voorgesteld dat de in de aanmelding vereiste informatie beperkt zou worden en dat de opschorting van artikel 7, lid 1 op dergelijke transacties niet van toepassing zou zijn.
174. De Commissie keurde in september 2000 een mededeling betreffende een vereenvoudigde procedure voor de behandeling van bepaalde concentraties krachtens de concentratieverordening goed³³. De eerste ervaringen welke zijn opgedaan bij de toepassing van die beginselen zijn zeer positief en de mededeling heeft de efficiëntie van de Europese controle op concentraties aanzienlijk verbeterd.
175. Tussen september 2000 en 30 april 2001 ontving de Commissie 216 aanmeldingen op grond van de concentratieverordening. Ongeveer 39% ervan werden geacht onder de bepalingen van de vereenvoudigde procedure te vallen. De gemiddelde duur van

³² Zie ondermeer OCDE/GD(96)65 "Efficiency claims in mergers and other horizontal agreements".

³³ Gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen van 29 juli 2000 (PB C 217 van 29.07.2000, blz. 32).

de aanmelding tot de goedkeuring bedroeg 25 kalenderdagen. De nieuwe aanpak heeft blijkbaar weinig invloed gehad op de duur van de procedure. Waarschijnlijk zal daar geen verandering inkomen tenzij de huidige regel van artikel 9, lid 2 (die de lidstaten drie weken de tijd geeft vanaf de datum van ontvangst van het afschrift van de aanmelding om een verwijzing te vragen) wordt gewijzigd. Een mogelijke wijziging van artikel 9, lid 2 zou in overweging kunnen worden genomen in samenhang met een inkorting van de huidige termijn van drie weken voor een verzoek tot verwijzing op grond van artikel 9, zoals besproken in de rubriek over verwijzingen. Bij wijze van alternatief zou kunnen worden bepaald dat artikel 9, lid 2 helemaal niet van toepassing zou zijn of, met een kortere termijn, van toepassing zou zijn op zaken waarin de partijen in hun aanmelding verwijzen naar de mededeling betreffende de vereenvoudigde procedure.

176. Hoewel het succes van de nieuwe vereenvoudigde procedure tot dusver voldoende uit de ervaring is gebleken, wordt toch nagedacht over maatregelen om de procedures nog vlotter te laten verlopen. Er wordt inzonderheid gedacht aan een eenvoudiger formulier-CO dat voor dergelijke zaken zou kunnen worden ontworpen. Dit zal plaatsvinden in de context van een meer algemene herziening van Verordening nr. 447/98 van de Commissie.
177. Er is gesuggereerd dat de praktijk van de vereenvoudigde procedure zou kunnen worden geconsolideerd in de verordening zelf of in de vorm van een groepsvrijstelling op basis van de beginselen die aan de grondslag liggen van de mededeling. Dit zou als potentieel voordeel hebben dat schadeloze concentraties helemaal niet meer behandeld zouden moeten worden en dat er in zaken die waarschijnlijk geen significante precedentwaarde zouden hebben, geen formele beschikkingen meer hoeven te worden gegeven. Voorzichtigheidshalve en om redenen van rechtszekerheid zou een zekere kennisgevingsvereiste ten aanzien van de Commissie en de lidstaten behouden kunnen worden.
178. Uit materieel oogpunt is door sommigen bovendien geopperd dat in de concentratieverordening een *de minimis*-drempel zou worden ingebouwd zoals thans het geval is in bepaalde nationale rechtsregels. Daardoor zou de Commissie machtspositieproblemen die in kleine markten zouden kunnen ontstaan, niet hoeven te onderzoeken.
179. Belanghebbenden worden uitgenodigd opmerkingen te maken over de wijze waarop de procedure in een gewijzigde concentratieverordening verder vereenvoudigd kan worden met betrekking tot de bovengenoemde kwesties of kwesties die ermee verband houden. De Commissie wenst inzonderheid de mening van de belanghebbenden te kennen over transparantie- en rechtszekerheidskwesties alsook over de hierboven genoemde punten.

IV. PROCEDURELE AANGELEGENHEDEN

A. Feit dat de aanmeldingsverplichting doet ontstaan

180. Blijkens het verslag van 2000 waren vertegenwoordigers van het bedrijfsleven onder bepaalde omstandigheden de mening toegedaan dat de concepten in artikel 4, lid 1, die de verplichting tot aanmelding van een concentratie doen ontstaan, nader dienen te worden verduidelijkt. Deze concepten zijn nader toegelicht in de mededeling van

de Commissie van 1998 betreffende het begrip "concentratie". Aangezien inmiddels weer meer ervaring met de toepassing van de concentratieverordening is opgedaan, zal hieronder echter worden nagegaan of er behoefte bestaat aan een verdere verduidelijking.

181. Bij deze discussie zal ook worden ingegaan op de suggestie van sommige respondenten uit het bedrijfsleven dat aanmelding ook mogelijk zou moeten zijn voordat de thans in artikel 4, lid 1, genoemde feiten zich voordoen, d.w.z. voordat een rechtens verbindende overeenkomst wordt gesloten.
182. In tegenstelling tot wat het geval is bij andere stelsels van concentratiecontrole die in een preliminaire aanmelding voorzien, is in artikel 4, lid 1, van de concentratieverordening uitdrukkelijk bepaald op welk ogenblik de transactie dient te worden aangemeld. Niet-naleving van deze regel stelt de betrokken ondernemingen bloot aan het risico dat hun op grond van artikel 14, lid 1, onder a), geldboeten worden opgelegd. Omdat het normaliter in het belang van de partijen is zo vroeg mogelijk tot aanmelding over te gaan, teneinde zo spoedig mogelijk een beschikking te verkrijgen, is het in de praktijk niet noodzakelijk voor de Commissie geweest de naleving van de verplichting tot aanmelding binnen één week af te dwingen³⁴. Bovendien behoort het tot de vaste praktijk dat de Commissie de naleving van de verplichting tot aanmelding binnen één week niet afdwingt, mits de partijen geen stappen ondernemen om de concentratieovereenkomst ten uitvoer te leggen; de partijen krijgen aldus de nodige tijd om een volledige aanmelding op te stellen en in te dienen. Wat betreft het *uiterste* ogenblik voor een aanmelding, zijn verschillende voorstellen gedaan. Deze variëren van een totale opheffing van de aanmeldingstermijn tot een codificatie van de huidige praktijk terzake, of een zodanige wijziging dat de termijn van één week voor het verstrekken van informele informatie over de transactie zou gelden, terwijl voor de aanmelding zelf een langere termijn zou kunnen worden vastgesteld.
183. Sommige vertegenwoordigers van het bedrijfsleven hebben voorgesteld artikel 4, lid 1, te schrappen of te wijzigen, wat betreft het *vroegst* mogelijke ogenblik voor een aanmelding. De Commissie heeft in de praktijk regelmatig aanmeldingen aanvaard op grond van een overeenkomst tussen de raden van bestuur van ondernemingen, ook al is het mogelijk dat een dergelijke overeenkomst niet uitvoerbaar is indien naderhand niet aan bepaalde voorwaarden, bv. goedkeuring door een vergadering van de aandeelhouders, wordt voldaan. Een van de complicaties bij de uitlegging van artikel 4, lid 1, was dat er van land tot land verschillen bestaan wat betreft de mate waarin de bestuursorganen van een onderneming die onderneming kunnen verbinden. Deze verschillen vloeien voornamelijk voort uit de nationale bepalingen van het vennootschapsrecht, maar ze worden soms ook beïnvloed door specifieke aspecten van de tradities op het gebied van contracten.
184. Het belangrijkste argument dat voor een versoepeling van het vereiste van een voor de betrokken ondernemingen verbindende overeenkomst wordt aangevoerd, is dat het daardoor gemakkelijker zou worden de aanmelding bij de Commissie met een

³⁴ In die zaken waarin geldboeten wegens te late aanmelding werden opgelegd, was er ook sprake van totstandbrenging van de concentratie in strijd met artikel 14, lid 2, onder b), en artikel 7, lid 1. Zie Samsung en AP Möller.

aanmelding in een ander land, zoals de Verenigde Staten, te coördineren. Er zij echter op gewezen dat ook onder het huidige stelsel een dergelijke coördinatie mogelijk is, namelijk door de transactie bij alle betrokken autoriteiten aan te melden op de dag waarop een verbindende overeenkomst wordt gesloten. Niettemin is het tot op zekere hoogte begrijpelijk dat het om zakelijke redenen wenselijk kan zijn elke wettelijke procedure zo vroeg mogelijk in te zetten.

185. Het huidige beleid, waarbij wordt vereist dat aanmeldingen worden ingediend nadat een voldoende verbindende overeenkomst is gesloten (of een openbaar bod is uitgebracht), berust op een aantal premissen die prima facie nog steeds geldig zijn. Op zijn minst moeten aanmeldingen, omdat ze bepalen wanneer de termijnen voor het onderzoek beginnen te lopen, worden verricht op een ogenblik waarop vertrouwelijkheidsoverwegingen geen beletsel voor de Commissie vormen om de transacties in hun volle omvang te onderzoeken³⁵. Bovendien zou het inopportuun kunnen zijn in een preliminair stadium van de transactie met het onderzoek te beginnen, indien derden daardoor zouden kunnen worden bevoordeeld of benadeeld in vergelijking met degenen die de aanmelding verrichten. De mogelijkheid van vroegere aanmeldingen kan ook vragen doen rijzen omtrent het efficiënte gebruik van de middelen van de Commissie (en van de middelen van anderen die bij de procedures betrokken zijn). Tenslotte zou het, indien aanmelding in een vroeger stadium van de transactie werd toegestaan, kunnen gebeuren dat de partijen niet in staat zijn de Commissie alle informatie te verstrekken die zij nodig heeft om haar eerste beoordeling binnen de in artikel 10, lid 1, vastgestelde termijn van één maand te voltooien.
186. Niettegenstaande deze reserves, is de Commissie echter van oordeel dat de mogelijkheid om voor een grotere flexibiliteit te zorgen, waardoor concentratieonderzoeken in verschillende landen beter zouden kunnen worden gecoördineerd, verder dient te worden onderzocht. Zij verzoekt de belanghebbenden om hun mening over wat zij als mogelijke voor- of nadelen van een dergelijke aanpak beschouwen, en inzonderheid over de vraag hoe zulks zou kunnen worden verwezenlijkt zonder dat het negatieve gevolgen heeft zoals die welke hierboven zijn beschreven.

B. Opschorting van concentraties

187. Artikel 7, lid 1, bepaalt dat een concentratie niet tot stand kan worden gebracht zolang ze niet is aangemeld en verenigbaar met de gemeenschappelijke markt is verklaard (verplichting tot inachtneming van een wachttijd). Onder bepaalde voorwaarden geldt voor openbare biedingen een wettelijke afwijking van de opschortingsregel; zie artikel 7, lid 3. In andere gevallen kan de Commissie op grond van artikel 7, lid 4, een individuele ontheffing verlenen. Niet-inachtneming van de wachttijd is volgens artikel 14, lid 2, b), strafbaar met zware geldboeten. Bovendien zijn volgens artikel 7, lid 5, transacties die in strijd met bedoelde verplichting tot stand worden gebracht, nietig, tenzij de concentratie naderhand verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard.

³⁵ Het feit van de aanmelding wordt overeenkomstig artikel 4, lid 3, in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen bekendgemaakt.

188. Gesuggereerd is dat de verhouding tussen de wettelijke ontheffing voor openbare biedingen op grond van artikel 7, lid 3, enerzijds en de situatie met betrekking tot andere overnames via de beurs anderzijds verduidelijking behoeft. Anders dan voor openbare biedingen, gelden voor overnames via de beurs geen dwingende regels die de bieder kunnen verplichten de transactie op een bepaalde datum tot stand te brengen. Niettemin hebben ondernemingen die dergelijke overnames doen, aangevoerd dat het bepaalde in artikel 7, lid 1, om praktische redenen niet aan de totstandbrenging van dergelijke transacties in de weg mag staan, zolang aan de voorwaarden van artikel 7, lid 3, is voldaan. De tegengestelde opvatting, namelijk dat de bepaling inzake de inachtneming van een wachttijd in artikel 7, lid 1, ten volle dient te worden geëerbiedigd, wordt gewoonlijk verdedigd door de onderneming die het doelwit van de overname is.
189. Zoals hierboven bij de bespreking van het begrip "concentratie" vermeld, wordt het passend geacht het toepassingsgebied van artikel 5, lid 2, zodanig uit te breiden dat het duidelijker is dat deze bepaling van toepassing is op bepaalde overnames via de beurs. De belanghebbenden worden verzocht hun mening te geven over de vraag of het, naast die wijziging, passend zou zijn de draagwijdte van de huidige verplichting tot inachtneming van een wachttijd te verduidelijken, hetzij met betrekking tot de hier bedoelde overnames, hetzij in het algemeen. Aan die respondenten welke de opvatting zijn toegedaan dat de verplichting tot aanmelding binnen één week in artikel 4, lid 1, zou kunnen worden afgeschaft, wordt gevraagd in hun opmerkingen aandacht te besteden aan de mogelijke gevolgen van een dergelijke wijziging en aan de passende draagwijdte van de verplichting tot inachtneming van een wachttijd.

C. Berekening van termijnen

190. Een van de belangrijkste aspecten van de concentratieverordening is dat daarbij een systeem van korte, definitieve termijnen voor de beoordeling van aangemelde concentraties is ingevoerd. Te dien einde is in tal van artikelen van de concentratieverordening bepaald binnen welke periode of op welk ogenblik bepaalde gebeurtenissen dienen plaats te vinden. De termijnen zijn op het ogenblik uitgedrukt in maanden, weken en dagen. De berekening van deze termijnen is nader geregeld in de uitvoeringsverordening van de Commissie, waarin ook het beginsel van de compensatie van feestdagen is neergelegd.
191. Gezien het belang van de naleving van al deze termijnen voor het verloop van de procedure van concentratiecontrole, en teneinde de berekening ervan doorzichtiger te maken, lijkt het passend de invoering van een eenvoudiger berekeningsmethode te overwegen. Een dergelijke vereenvoudiging zou kunnen worden verwezenlijkt door in alle relevante bepalingen van de verordening op consequente wijze het begrip "*werkdagen*" te hanteren.
192. Er zij op gewezen dat sommige andere mededingingsautoriteiten reeds van het begrip werkdagen gebruikmaken. Wat de belangrijkste termijnen in de concentratieverordening betreft, zou het begrip werkdagen ertoe leiden dat de termijn voor een normale fase-I-beoordeling 23 tot 25 werkdagen bedraagt³⁶. De duur van

³⁶ Met het oog op de discussie over een mogelijke uitbreiding van het toepassingsgebied van de vereenvoudigde procedure (zie hierboven), zou het redelijk zijn om voor de overige zaken een termijn van 25 werkdagen vast te stellen, aangezien deze zaken per definitie een grondige analyse van de

een normale fase-II-procedure zou op ongeveer 90 werkdagen kunnen worden vastgesteld, met tussentijdse termijnen, bijvoorbeeld voor de indiening van een voorstel voor corrigerende maatregelen.

193. De belanghebbenden worden verzocht hun mening te geven over de voordelen van een mogelijke overschakeling naar het gebruik van het begrip werkdagen in de concentratieverordening.

D. Administratieve efficiëntie

194. Artikel 19 van de concentratieverordening legt de Commissie de verplichting op de lidstaten binnen drie werkdagen afschriften van de aanmelding te doen toekomen. Het tijdstip waarop de lidstaten de aanmelding ontvangen, is belangrijk, omdat het bepalend is voor de termijn binnen welke een verzoek om verwijzing op grond van artikel 9 moet worden ingediend.
195. Het is twijfelachtig of deze regels voor een zo efficiënt mogelijk gebruik van tijd en middelen zorgen, vooral omdat de technieken voor de transmissie van informatie en documenten aanzienlijk zijn verbeterd sinds deze regels oorspronkelijk werden opgesteld.
196. Het wordt bijgevolg passend geacht te onderzoeken of deze bepalingen niet in die zin zouden kunnen worden gewijzigd dat de aanmeldingen direct door de aanmeldende partijen bij de bevoegde autoriteiten van de lidstaten worden ingediend. De belanghebbenden worden tevens verzocht hun mening te geven over de vraag met behulp van welke middelen ervoor zou kunnen worden gezorgd dat zulk een transmissie op een veilige en betrouwbare wijze plaatsvindt, alsook over de vraag van welke middelen gebruik zou kunnen worden gemaakt om de indiening van aanmeldingen van concentraties langs elektronische weg mogelijk te maken.

E. Volledigheid van de aanmelding

197. Uit het aan het verslag van 2000 voorafgaande overleg is ook gebleken dat de aanmeldende partijen meer rechtszekerheid zou kunnen worden geboden door bepaalde aspecten van de in de concentratieverordening geregelde procedure te verduidelijken. Eén betrekkelijk wijdverspreide opvatting was dat een wettelijke termijn zou moeten worden vastgesteld binnen welke de Commissie kan verklaren dat een ingediende aanmelding onvolledig is (een dergelijke verklaring doet een nieuwe termijn van één maand ingaan; zie artikel 4, lid 2, van de uitvoeringsverordening van de Commissie, Verordening (EG) nr. 447/98). Er zijn verschillende voorstellen gedaan met betrekking tot de passende duur van een dergelijke termijn (gaande van één tot drie weken na de aanmelding).
198. Na een constructieve dialoog tussen de juridische branche in Europa en vertegenwoordigers van de Commissie werden in 1999 "best practice"-richtsnoeren opgesteld. Deze kunnen worden geraadpleegd op de homepage van de Commissie³⁷. Uit de discussies is duidelijk gebleken dat zowel de Commissie als het bedrijfsleven en de juridische branche er belang bij hebben ervoor te zorgen dat het in zo weinig

gevolgen voor de mededinging impliceren. Als referentiepunt zij opgemerkt dat het huidige voorstel tot herziening van het Britse stelsel van concentratiecontrole in een termijn van 30 werkdagen voorziet. Zie http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/others/best_practice_gl.html.

³⁷

mogelijk gevallen tot een onvolledigverklaring komt. Niettemin werd erkend dat het voor de aanmeldende partijen niet mogelijk zal zijn zich onder alle omstandigheden aan voornoemde richtsnoeren te houden, en dat zich situaties kunnen voordien waarin een onvolledigverklaring onvermijdelijk is.

199. Onvolledigverklaringen komen sinds de publicatie van de "best practice"-richtsnoeren in 1999 minder vaak voor. In de jaren 1997 tot 1999 was het percentage onvolledig verklaarde aanmeldingen stabiel; het bedroeg 10 à 11%. In 2000 daalde het tot 6% en voor 2001 lijkt een verdere vermindering waarschijnlijk. Een van de belangrijkste redenen voor deze positieve ontwikkeling is dat de ondernemingen de laatste jaren in meer en meer gevallen reeds vóór de aanmelding contact met de Merger Task Force opnemen, zoals hun door de "best practice"-richtsnoeren wordt aangeraden.
200. Over de suggestie om het systeem stringenter te maken, dient zorgvuldig te worden nagedacht. Onder meer moet worden erkend dat een stringenter systeem tot een minder efficiënt gebruik van de middelen van de Commissie en daardoor uiteindelijk tot een verzwakking van de bescherming van de mededinging zou kunnen leiden. Bovendien moet de vraag aan de orde worden gesteld of, indien de onvolledigverklaring aan een wettelijke termijn zou worden gebonden, dit noodzakelijkerwijs in het voordeel van de aanmeldende partijen zou uitwerken. Wanneer na de aanmelding een nieuw probleem rijst, zal de Commissie vanzelfsprekend alles in het werk stellen om dit door verder onderzoek gedurende de resterende tijd op te lossen. Er zouden zich echter waarschijnlijk situaties kunnen voordoen waarin de Commissie, indien zij niet over de mogelijkheid beschikt om de aanmelding onvolledig te verklaren, zich genoodzaakt zou zien een grondig onderzoek in te stellen. Dit zou zich kunnen voordoen, ongeacht of de partijen hun best hebben gedaan om de relevante feiten volledig en openlijk in de aanmelding uiteen te zetten. De instelling van een grondig onderzoek leidt automatisch tot een reeks procedurele stappen (hoorzitting, adviescomité, vertalingen, aanneming van een beschikking door de Commissie als college, enz.); de ervaring leert dan ook dat het zeer moeilijk is de procedure binnen een aanzienlijk kortere tijd dan de thans geldende termijn van vier maanden af te ronden.
201. Indien het systeem stringenter zou worden gemaakt door de invoering van een termijn voor het onvolledig verklaren van een aanmelding, zouden de aanmeldende partijen bijgevolg een groter risico lopen dat de procedure langer duurt. Hun enige mogelijkheid om zulks te vermijden, zou erin bestaan dat zij de aanmelding intrekken en de transactie opnieuw aanmelden. Dit zal doorgaans niet alleen extra kosten en tijdverlies met zich brengen, maar ook tot onzekerheid uit contractueel oogpunt leiden, omdat, wanneer een aanmelding wordt ingetrokken zonder dat tegelijkertijd van de onderliggende transactie wordt afgezien, dit betekent dat de aanmeldende partijen in strijd komen met artikel 4, lid 1, wat dan weer de kwestie van een mogelijke toepassing van artikel 14, lid 1, onder a), doet rijzen.
202. Op grond van het bovenstaande is de Commissie van oordeel dat de huidige mogelijkheid om een aanmelding onvolledig te verklaren, in de zeldzame gevallen waarin daarvan gebruik wordt gemaakt, een evenredige en passende doelstelling dient. Opmerkingen over dit punt zijn niettemin welkom.

F. Procedure inzake verbintenissen

203. Zowel vertegenwoordigers van het bedrijfsleven als lidstaten hebben opmerkingen ingediend waarin zij wijzen op de noodzaak van een herziening van de procedureregels betreffende verbintenissen in de concentratieverordening. Voor het bedrijfsleven zijn, samengevat, de meest relevante doelstellingen in dit verband een grotere rechtszekerheid en het scheppen van een goede sfeer voor zinvolle discussies. Hoewel dit sterker wordt aanvoeld met betrekking tot de tweede fase, vanwege het beslissende karakter van de in deze fase gegeven beschikking, geldt het ook voor de discussies over verbintenissen aan het einde van de eerste fase. De belangen van het bedrijfsleven vallen ten dele samen met die van de lidstaten, die over het algemeen wijzigingen wensen die ervoor zorgen dat zij ten volle bij de procedure worden betrokken, zoals bepaald in artikel 19 van de concentratieverordening³⁸.
204. Het tijds kader waarbinnen op grond van de concentratieverordening discussies over corrigerende maatregelen plaatsvinden, is ingewikkeld. Het werkt ook anders tijdens de fase-I-procedure en de fase-II-procedure. In de eerste fase kunnen de aanmeldende partijen een voorstel voor verbintenissen indienen binnen drie weken na de aanmelding (artikel 18, lid 1, van Verordening nr. 447/98). In de tweede fase kunnen verbintenissen worden voorgesteld tot drie maanden na de inleiding van de procedure (artikel 18, lid 2, van Verordening nr. 447/98). Deze termijnen voor het indienen van voorstellen voor verbintenissen zijn noodzakelijk om de Commissie voldoende tijd te geven om met de lidstaten en belanghebbende derden overleg te plegen en om haar eigen beoordeling van de zaak af te ronden.
205. Artikel 18, lid 2, van de uitvoeringsverordening biedt de mogelijkheid de termijn van drie maanden in "uitzonderlijke" gevallen te verlengen. Teneinde de termijnen te doen naleven en een gelijke behandeling te waarborgen, dient deze bepaling strikt te worden uitgelegd. Ze kan van toepassing zijn in gevallen waarin de aanmeldende partijen wegens externe factoren waarop zij geen vat hebben, niet in staat zijn om binnen de geldende termijnen een voorstel voor corrigerende maatregelen in te dienen³⁹. De bepaling is niet bedoeld als een oplossing voor de restricties waarop hieronder nader zal worden ingegaan.
206. Bovengenoemde termijnen in artikel 18 van de uitvoeringsverordening hebben tot doel te waarborgen dat alle drie soorten "actoren" die bij het proces betrokken zijn, namelijk de Commissie, het bedrijfsleven (zowel de aanmeldende partijen als derden) en de lidstaten, over voldoende tijd beschikken om een waardevolle bijdrage te leveren. Deze bijzondere verhouding stelt restricties van eigen aard aan de organisatie en de procedurele aspecten van het communautaire stelsel van concentratiecontrole. Aan de betrokken bepalingen lag immers de wens ten grondslag om tot een evenwichtige benadering met aanvaardbare procedurele waarborgen ter bescherming van alle betrokken belangen te komen en tegelijkertijd de totale duur van de procedure zo kort mogelijk te houden.

³⁸ Zie ook de Mededeling van de Commissie van 21 december 2000 betreffende op grond van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad en Verordening (EG) nr. 447/98 van de Commissie aanvaardbare corrigerende maatregelen ("de mededeling").

³⁹ Zie bijvoorbeeld de beschikking van de Commissie van 13 oktober 1999 in zaak COMP/M.1439 - Telia/Telenor, PB L 40 van 9.2.2001.

207. Het kan door de aanmeldende partijen als problematisch worden ervaren dat in de tweede fase de termijn van drie maanden vaak twee tot drie weken, of althans betrekkelijk kort, na de hoorzitting verstrijkt. Hierdoor kan het gebeuren dat de partijen zich op discussies over verbintenissen moeten voorbereiden op hetzelfde ogenblik als waarop zij de inhoud van de mededeling van de Commissie op grond van artikel 18 van de concentratieverordening (de "mededeling van punten van bezwaar") bestuderen en zich op de hoorzitting voorbereiden. Vertegenwoordigers van het bedrijfsleven hebben gesteld dat de procedure zou moeten voorzien in een duidelijker scheiding tussen de periode tijdens welke zij de bezwaren van de Commissie moeten bestuderen en zich daartegen verdedigen, en de periode tijdens welke zij zich op discussies over corrigerende maatregelen moeten voorbereiden.
208. Deze, op zich legitieme, positie van de aanmeldende partijen leidt vaak tot een situatie waarin op de laatste dag van de termijn van drie maanden een voorstel voor verbintenissen wordt ingediend. Dit heeft dan weer tot gevolg dat er voor de Commissie zeer weinig tijd overblijft om het noodzakelijke overleg met de lidstaten en belanghebbende derden te voeren alvorens een in het adviescomité te bespreken ontwerpbeslissing op te stellen. Behalve in uitzonderlijke gevallen betekent dit dat de Commissie niet in staat zal zijn in het aan de lidstaten toegezonden ontwerp het voorstel grondig te analyseren, tenzij de voorgestelde verbintenissen klaar en duidelijk zijn en/of ruimschoots vóór het verstrijken van de termijn zijn ingediend⁴⁰.
209. Om bovenstaande redenen zouden de huidige procedureregels in die zin kunnen worden gewijzigd dat alle betrokkenen over meer tijd beschikken om naar behoren na te gaan hoe de aangevoerde bezwaren uit het oogpunt van het mededingingsrecht kunnen worden verholpen. Teneinde geen al te ingewikkelde en mogelijkwijze tijdrovende procedures in te voeren, lijkt het passend dat de nieuwe bepalingen uitsluitend op initiatief van de partijen en in dat geval direct ingevolge een wettelijke bepaling in werking zouden treden. Tegelijkertijd moet het systeem zodanig worden ontworpen dat de partijen ertoe worden aangezet hun voorstellen voldoende tijdig in te dienen om de tijd waarover de lidstaten of de Commissie beschikken, niet al te zeer te bekorten.
210. Uit de opgedane ervaring is ook gebleken dat, wat verbintenissen in de eerste fase betreft, de termijn van drie weken voor het indienen van voorstellen voor corrigerende maatregelen soms te kort kan zijn voor een precieze evaluatie van de problemen die zich op het vlak van de mededinging voordoen. Het kan ook gebeuren dat er na het verstrijken van deze termijn zo weinig tijd overblijft dat de tijdsdruk een deugdelijke beoordeling van de voorstellen belet. Een en ander kan nadelig zijn voor de aanmeldende partijen, voor wie het moeilijk kan zijn om binnen de beschikbare tijd een passend voorstel te formuleren. Ook voor de Commissie en de lidstaten kan het huidige systeem nadelen met zich brengen, onder meer doordat de tijd om zich een mening over de ingediende voorstellen te vormen, veel te kort is. Het lijkt bijgevolg passend ook in de eerste fase in de mogelijkheid van een beperkte verlenging op initiatief van de partijen te voorzien.

⁴⁰ Volgens artikel 19, lid 5, van de concentratieverordeningen zijn de lidstaten normaliter gerechtigd het voorontwerp van de beschikking veertien dagen vóór de vergadering van het adviescomité te ontvangen.

211. Indien de hierboven beschreven wijzigingen zouden worden aangenomen, zou ook de mededeling betreffende corrigerende maatregelen dienen te worden aangepast.
1. *Wijziging van de toepasselijke procedure*
212. Een eenvoudige verlenging zou waarschijnlijk te ver gaan, want dit zou uitvallen in het nadeel van die aanmeldende partijen welke volgens de thans geldende regels vroeg passende voorstellen indienen. Tenzij het bestaande schema van gebeurtenissen en aansporingen wordt aangepast, zou een eenvoudige verlenging in elk geval het risico inhouden dat het huidige probleem gewoonweg naar later wordt verschoven. Wat nodig lijkt te zijn, is een middel om de partijen enerzijds tot het tijdig indienen van een passend voorstel voor verbintenissen ("best shot") aan te zetten en hun anderzijds binnen zekere grenzen de extra tijd te geven die vaak noodzakelijk is tussen de hoorzitting en het verstrijken van de termijn voor het indienen van een voorstel voor verbintenissen. Een andere voorwaarde waaraan het systeem zou moeten voldoen, is natuurlijk dat het zodanig is opgezet dat de partijen geen beslag kunnen leggen op een deel van de tijd waarover de lidstaten en de Commissie voor een deugdelijke beoordeling moeten beschikken.
213. Een "stop de klok"-bepaling lijkt aan deze voorwaarden te kunnen voldoen. Een dergelijke bepaling zou in alle evenredigheid het huidige probleem kunnen oplossen dat de Commissie en de lidstaten in tijdnood raken wanneer een voorstel voor verbintenissen tegen het einde van de toegestane termijn wordt ingediend (of na het verstrijken van die termijn wordt gewijzigd).
214. Om te voorkomen dat de efficiëntie van de procedure op onaanvaardbare wijze zou worden aangetast of dat van die procedure misbruik zou kunnen worden gemaakt, zouden aan een dergelijke bepaling echter een aantal procedurele waarborgen moeten worden verbonden. Wat de tweede fase betreft, zou dit moeten impliceren dat het grondbeginsel wordt geëerbiedigd dat een verzoek om de klok stil te zetten binnen de oorspronkelijke termijn van drie maanden moet worden ingediend. Met het oog op het behoud van de efficiëntie van de procedure zou de nieuwe bepaling bovendien uitsluitend in werking moeten treden indien de partijen daarom verzoeken. Voorts zou ze moeten berusten op het beginsel dat het bij de mogelijke verlenging om een korte, niet nog eens voor verlenging vatbare periode, bijvoorbeeld 20 tot 30 werkdagen, gaat en dat de extra tijd op evenredige wijze onder alle betrokkenen wordt verdeeld. Teneinde de efficiëntie van het systeem in zijn geheel te bewaren, lijkt het niet wenselijk in een langere periode te voorzien. Ook de mogelijkheid om in de toevoeging van een kortere, gelijkelijk tussen de partijen en de Commissie te verdelen periode (bv. elk vijf werkdagen) te voorzien, is overwogen. Dit zou het systeem weliswaar flexibeler maken (bv. in gevallen waarin er waarschijnlijk slechts behoefte bestaat aan een korte bijkomende periode), maar het systeem zou er ook aanzienlijk minder werkbaar door worden (zo zou het onder meer moeilijker worden de vergaderingen van het adviescomité op voorhand te plannen).
215. Het lijkt aannemelijk dat een "stop de klok"-bepaling in de fase-II-procedure een aantal voordelen zou bieden:
- Ze zou de aanmeldende partijen solidere procedurele waarborgen verschaffen doordat meer tijd beschikbaar is voor de discussie die op de hoorzitting volgt en tijdens welke de partijen en de Commissie van gedachten kunnen wisselen over gebleken bezwaren en mogelijke oplossingen.

- Gesteld dat het eerste voorstel in een voldoende vroeg stadium wordt ingediend, zou ze het tijdverlies kunnen goedmaken dat het gevolg is van het feit dat de aanmeldende partijen in eerste instantie een voorstel indienen dat niet ver genoeg gaat (bv. wanneer zij er oprecht, maar uiteindelijk ten onrechte, op vertrouwen de bezwaren van de Commissie te kunnen weerleggen).
 - Ze zou de procedure doorzichtiger maken doordat het adviescomité zijn bespreking kan baseren op een ontwerp van beschikking ex artikel 8, lid 2, waarin het definitieve voorstel van de aanmeldende partijen wordt geëvalueerd (nu kan het gebeuren dat een ontwerp van beschikking ex artikel 8, lid 3, het enige beschikbare document is). Ook in dit opzicht zouden de partijen solidere procedurele garanties worden verschaft.
216. De "kosten" van een dergelijke procedure zouden beperkt zijn. Ten eerste zou voor de aanmeldende partijen het al dan niet gebruikmaken van de extra tijd van hun eigen strategische keuzes afhangen. Op de markt zou de mogelijke toevoeging van 20 tot 30 werkdagen normaliter geen noemenswaardige impact hebben. Ten tweede zou voor de Commissie en de lidstaten het belangrijkste gevolg van de nieuwe procedure zijn dat iets meer flexibiliteit vereist is; zo zou het nodig kunnen zijn vergaderschema's te herschikken, waardoor dan weer de logistieke organisatie van de vergaderingen van het adviescomité (vergaderzalen, vertalingen, tolken, enz.) iets ingewikkelder zou worden. Alles bij elkaar zouden de positieve effecten waarschijnlijk ruimschoots tegen dergelijke kleine ongemakken opwegen.
217. In de praktijk zou het systeem de aanmeldende partijen een duidelijke keuzemogelijkheid tussen verschillende opties bieden. De eerste van die opties zou erin bestaan dat ruimschoots vóór het verstrijken van de termijn van drie maanden een voorstel voor verbintenissen wordt ingediend, zodat het marktonderzoek vóór het einde van de derde maand van de procedure kan worden afgerond. Gesteld dat de uitkomst positief is, zou het niet noodzakelijk zijn te vragen dat de klok wordt stilgezet, en zou er voldoende tijd overblijven om een volledige door het adviescomité te bespreken ontwerpbeschikking op te stellen. Zou het marktonderzoek daarentegen negatief uitvallen, dan zouden de partijen nog steeds kunnen vragen dat de klok wordt stilgezet terwijl aanvullende discussies worden gevoerd en bijkomend marktonderzoek wordt verricht. Volgens het voorstel zouden de partijen dan over 10 tot 15 extra werkdagen beschikken om een passende oplossing te vinden, waarna de Commissie evenveel tijd zou hebben om het definitieve voorstel op zijn levensvatbaarheid te toetsen en om een volledige in het adviescomité te bespreken ontwerpbeschikking op te stellen.
218. Anderzijds zouden de partijen kunnen beslissen eerst tegen het einde van de termijn van drie maanden verbintenissen voor te stellen. In dergelijke gevallen zou het onmogelijk kunnen zijn om vóór het verstrijken van die termijn een behoorlijk marktonderzoek te verrichten. Het gevolg hiervan zou kunnen zijn dat de partijen moeten beslissen of zij vragen om de klok stil te zetten, zonder dat zij de precieze uitkomst van het marktonderzoek kennen. Zouden zij beslissen een dergelijk verzoek in te dienen, dan zal de procedure verder verlopen zoals in de vorige paragraaf beschreven. In gevallen waarin de partijen daarentegen beslissen niet te vragen om de klok stil te zetten, zal het verdere verloop van de procedure van de levensvatbaarheid van hun voorstel afhangen. In gevallen waarin het laat ingediende voorstel de aangevoerde bezwaren op bevredigende wijze blijkt te verhelpen, kan het dus nog steeds gebeuren dat de Commissie enigszins onder tijdsdruk komt te staan

om vroeg genoeg vóór de vergadering van het adviescomité een volledig ontwerp van goedkeuringsbeschikking op te stellen. Er zal echter slechts zelden een noemenswaardig risico bestaan dat dit ernstige negatieve gevolgen heeft, omdat, wanneer tegen de laatste dag van de termijn van drie maanden aanvaardbare corrigerende maatregelen worden voorgesteld, deze meestal een duidelijk karakter hebben. Hetzelfde geldt, wanneer tegen de laatste dag van de termijn van drie maanden corrigerende maatregelen worden voorgesteld die niet aanvaardbaar worden geacht; in dat geval zal de ontwerpbeschikking van de Commissie grotendeels op haar mededeling van punten van bezwaar zijn gebaseerd, met enkele aanvullende opmerkingen over het door de partijen ingediende voorstel en de zwakke punten daarvan.

219. Wat de eerste fase betreft, zou de nieuwe procedure in grote lijnen op dezelfde wijze kunnen verlopen als die welke hierboven is beschreven. De partijen zouden dus binnen een beperkte periode na het einde van de termijn van drie weken voor zichzelf moeten uitmaken of het zin heeft te vragen om de klok gedurende een korte, niet-verlengbare periode stil te zetten, teneinde over een nieuw of grondig herzien voorstel te discussiëren. Anders dan in de tweede fase lijken er hier echter redenen te bestaan om het aan het oordeel van de Commissie over te laten of zij een verzoek om de klok stil te zetten, al dan niet inwilligt. Het zou namelijk uit procedureel oogpunt inefficiënt zijn meer dan de huidige zes weken te besteden aan fase-I-zaken waarin de Commissie geen enkele mogelijkheid ziet om een goedkeuringsbeschikking te geven, zelfs niet op grond van het nieuwe of grondig herziene voorstel. In dergelijke gevallen zou de Commissie de bevoegdheid moeten behouden om aan het einde van de termijn van zes weken een beschikking ex artikel 6, lid 1, onder c), te geven.
220. De Commissie verzoekt de belanghebbenden haar te kennen te geven wat hun ervaringen en opvattingen zijn, zowel met betrekking tot het hier uiteengezette voorstel als met betrekking tot de werking van de procedure inzake verbintenissen in de eerste en de tweede fase in het algemeen.
221. Naast de hierboven besproken punten met betrekking tot het tijdsverloop van de procedure in zaken waarin er sprake is van verbintenissen, hebben sommige commentatoren gesuggereerd dat een wijziging zou moeten worden ingevoerd waardoor de Commissie een actievere rol zou spelen bij het aangeven van de maatregelen die zij noodzakelijk acht om de bezwaren tegen een aangemelde concentratie weg te nemen. De belanghebbenden worden ook verzocht hun mening te geven over de wenselijkheid van een dergelijke wijziging en inzonderheid over de rechtsgevolgen van een dergelijke "suggestie" of het achterwege laten daarvan (zoals het geval zou zijn wanneer een concentratie wordt verboden en geen passende corrigerende maatregelen kunnen worden aangegeven).

G. Artikel 8, lid 4

222. Volgens artikel 8, lid 4, kan, ingeval een concentratie reeds tot stand is gebracht, de Commissie de scheiding van samengevoegde activa, de beëindiging van gezamenlijke zeggenschap of elke andere passende maatregel gelasten om een daadwerkelijke mededinging te herstellen. De Commissie kan dit doen in een beschikking op grond van artikel 8, lid 3, of in een afzonderlijke beschikking; in beide gevallen geldt de procedurele bescherming van artikel 18.

223. Het belangrijkste scenario waarin het noodzakelijk kan zijn artikel 8, lid 4, toe te passen, is dat waarin een concentratie in strijd met artikel 7, lid 1, tot stand is gebracht. Andere mogelijke scenario's zijn openbare biedingen, waarop artikel 7, lid 1, niet van toepassing is, en gevallen die op grond van artikel 22 onder de bevoegdheid van de Commissie zijn komen te vallen. Tenslotte kan deze bepaling voor toepassing in aanmerking komen in gevallen waarin de partijen een ernstige inbreuk plegen op de voorwaarden of verplichtingen die het de Commissie mogelijk hebben gemaakt de concentratie op grond van artikel 6, lid 1, onder b), of artikel 8, lid 2, goed te keuren. In dit laatste scenario zou de inbreuk automatisch tot gevolg hebben dat een onwettige toestand ontstaat (in het geval van niet-ervulling van een voorwaarde) of dat de goedkeuringsbeschikking kan worden ingetrokken (in het geval van niet-naleving van een verplichting; zie artikel 8, lid 5). Er kunnen zich echter situaties voordoen waarin omwille van de rechtszekerheid dergelijke inbreuken formeel zouden moeten kunnen worden geconstateerd en tegelijkertijd zou moeten kunnen worden aangegeven door middel van welk soort optreden een daadwerkelijke mededinging kan worden hersteld.
224. Gesuggereerd is dat uit artikel 8, lid 1, dat bepaalt dat alle overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder c), ingeleide procedures met een beschikking als bedoeld in artikel 8, leden 2 tot en met 5, moeten worden afgesloten, volgt dat deze bepalingen uitsluitend van toepassing zijn op zaken waarin de concentratie is aangemeld en een fase-II-procedure is ingeleid. De Commissie is het niet eens met deze interpretatie, omdat ze zowel naar de letter als naar de geest in tegenspraak zou zijn met artikel 8 en inzonderheid met lid 4 van dit artikel, waarin sprake is van "de concentratie", zonder dat de bevoegdheden van de Commissie worden beperkt tot "aangemelde" concentraties (bewoordingen die elders in de concentratieverordening worden gebruikt; zie onder meer artikel 6, artikel 8, lid 2, artikel 9, lid 1, enz.), en waarbij de Commissie de bevoegdheid wordt verleend om bij wege van een "afzonderlijke beschikking" op te treden, een mogelijkheid die zinloos zou zijn indien de Commissie uitsluitend in het geval van op grond van artikel 8, lid 3, verboden concentraties maatregelen zou kunnen treffen. De Commissie verzoekt niettemin de belanghebbenden hun mening te geven over de vraag of een verdere verbetering van de redactie van artikel 8, lid 4, nuttig zou kunnen zijn.

H. Bepalingen inzake rechtshandhaving

225. Tijdens het aan het verslag van 2000 voorafgaande overleg hebben sommige lidstaten gesuggereerd dat opnieuw zou moeten worden bekeken hoe efficiënt de bepalingen van de concentratieverordening inzake rechtshandhaving zijn. Deze bepalingen hebben voornamelijk betrekking op twee onderwerpen: de onderzoeksbevoegdheden (artikelen 11, 12 en 13) en de straffen (artikelen 14 en 15). Ten tijde van de vaststelling van de concentratieverordening werden deze bepalingen zodanig geredigeerd dat ze nauw aansloten bij de oudere bepalingen betreffende dezelfde onderwerpen in Verordening nr. 17. Het voorstel van de Commissie tot modernisering van de artikelen 81 en 82 introduceert een aantal wijzigingen ter waarborging van de bescherming van de mededinging. In zoverre die aanpassingen betrekking hebben op punten die evenzeer van belang zijn voor de procedure van concentratiecontrole, wordt het passend geacht dezelfde wijzigingen in de concentratieverordening aan te brengen. Naar de volgorde in voornoemd voorstel tot modernisering zouden op de volgende punten wijzigingen kunnen worden aangebracht en/of nieuwe bepalingen kunnen worden ingeschreven in de concentratieverordening:

- Onderzoek van bedrijfstakken. De Commissie zou op grond van de concentratieverordening niet alleen bevoegd moeten zijn om naar aanleiding van een concrete aanmelding een onderzoek in te stellen, maar ook om meer algemene studies te verrichten, ook studies volgend op bepaalde concentraties. De Commissie kan uit dergelijke studies veel leren over de effecten van eerdere beschikkingen en die kennis gebruiken om haar beleid in de toekomst bij te stellen.
- Verduidelijking dat ondernemingen verantwoordelijk blijven voor de juistheid van de door hun naar behoren gemachtigde vertegenwoordigers (advocaten) verstrekte inlichtingen.
- Bevoegdheid tot het opnemen van verklaringen. De procedure van concentratiecontrole is, met haar korte termijnen, bij uitstek geschikt voor een regeling die het mogelijk maakt mondelinge verklaringen op te nemen en deze als bewijs te gebruiken. Een dergelijke regeling wordt geacht in aanzienlijke mate te kunnen bijdragen tot een efficiëntere waarheidsvinding bij het onderzoek van concentraties.
- Inspecties. Tot dusver is op grond van de concentratieverordening slechts in uitzonderlijke gevallen gebruikgemaakt van inspecties. Niettemin lijkt er geen enkele reden te bestaan om de mogelijke efficiëntie van de desbetreffende bepalingen niet op dezelfde wijze te verhogen als het geval is voor de artikelen 81 en 82.
- Onderzoeken door de nationale mededingingsautoriteiten. In de context van de artikelen 81 en 82 zal de desbetreffende bepaling in die zin worden gewijzigd dat een lidstaat op zijn grondgebied onderzoeken kan verrichten namens de mededingingsautoriteit van een andere lidstaat. Een dergelijke wijziging zou niet hetzelfde nut hebben in het kader van de concentratieverordening, die in tegenstelling tot de artikelen 81 en 82 op een stelsel van uitsluitende bevoegdheid is gebaseerd.
- Geldboeten. Het zou passend zijn ook in de context van de concentratieverordening over te gaan op een procentuele berekening van de geldboeten wegens inbreuk op de procedureregels (tot 1% van de jaaromzet). Bovendien zou het passend zijn de niet-naleving van een op grond van artikel 6, lid 2, van de concentratieverordening bij beschikking opgelegde verplichting aan de lijst in artikel 14, lid 2, onder a), van deze verordening toe te voegen.
- Dwangsommen. Het zou passend zijn ook in de context van de concentratieverordening over te gaan op een procentuele berekening van dwangsommen (tot 5% van de dagelijkse omzet). Ook hier zou het passend zijn de niet-naleving van een op grond van artikel 6, lid 2, van de concentratieverordening bij beschikking opgelegde verplichting aan de lijst in artikel 15, lid 2, onder a), van deze verordening toe te voegen.
- Bovendien zouden de korte, vaste termijnen in de concentratieverordening het althans onder bepaalde omstandigheden rechtvaardigen dat aan de Commissie de bevoegdheid wordt toegekend om een beschikking te geven waarbij zij bepaalde inlichtingen verlangt, zonder dat zij eerst op vrijblijvende wijze daarom behoeft te verzoeken. Op grond van een dergelijke bepaling zou de Commissie onmiddellijk

toepassing kunnen maken van artikel 11, lid 5, van de concentratieverordening, bijvoorbeeld wanneer er redenen zijn om aan te nemen dat de betrokkene haar niet tijdig een volledig antwoord zal geven.

226. De Commissie verzoekt de belanghebbenden haar te kennen te geven wat hun ervaringen en opvattingen met betrekking tot de voorgestelde wijzigingen, zoals hierboven beschreven, zijn.

I. Indieningstaksen

227. Volgens het verslag van 2000 zou verder worden nagedacht over de invoering van indieningstaksen voor de aanmelding van concentraties. Dergelijke taksen worden op het ogenblik toegepast in verschillende lidstaten (het Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Oostenrijk, Spanje, Ierland en Griekenland) en door een aantal kandidaat-lidstaten en andere derde landen, waaronder de Verenigde Staten⁴¹. In die landen worden de indieningstaksen vaak gerechtvaardigd als een middel om ervoor te zorgen dat de partijen bij concentraties de kosten van de concentratiecontrole dragen.

228. Uit studies van de situatie in andere landen blijkt dat er voor de invoering van indieningstaksen in de grond twee opties zijn. De taks kan voor elke aanmelding een vast bedrag zijn of het bedrag kan evenredig zijn met de complexiteit van de aangemelde transactie. Bij elk van beide modellen kan de taks ten laste van één of meer van de partijen komen. Ongeacht aan welke structuur de voorkeur wordt gegeven, zou een grondbeginsel voor de invoering van taksen moeten zijn dat ze van de begroting van de mededingingsautoriteit worden gescheiden, zodat niet de schijn wordt gewekt dat oneigenlijke motieven meespelen.

229. De Commissie verzoekt de belanghebbenden te kennen te geven of zij het passend achten een machtigingsbepaling in de concentratieverordening in te schrijven waarbij aan de Commissie de bevoegdheid wordt toegekend om bij wege van een latere verordening van de Commissie indieningstaksen in te voeren, indien en wanneer zij dit als gerechtvaardigd zou beschouwen.

230. Er zij voorts op gewezen dat de Commissie actief deelneemt aan de huidige discussie op internationaal niveau over de effecten van de invoering van indieningstaksen door tal van mededingingsautoriteiten over de gehele wereld, een ontwikkeling die het bedrijfsleven enigszins zorgen baart. Het verheugt de Commissie dat de kwestie van de invoering van indieningstaksen in concentratiezaken in internationaal verband wordt besproken, en het zou volgens haar een zeker nut kunnen hebben indien het in de toekomst tot een internationale harmonisatie van de benadering van dit onderwerp zou kunnen komen.

231. De Commissie verzoekt de belanghebbenden om opmerkingen over dit punt en zou graag te weten komen wat hun ervaringen met indieningstaksen in andere landen zijn.

⁴¹ Voor een vergelijking van het bedrag van de indieningstaksen in verschillende landen, zie bijlage I, afdeling B.

J. Eerlijk proces; controles en waarborgen

232. Een van de meest geslaagde en gewaardeerde karakteristieken van de concentratieverordening is dat ze het van meet af aan mogelijk heeft gemaakt om binnen een zeer strikt stelsel van termijnen resultaten te bereiken en tegelijkertijd een hoog niveau van efficiëntie en transparantie te waarborgen.

Aard en kenmerken van de procedure

233. In stelsels van concentratiecontrole over de gehele wereld worden op verschillende te rechtvaardigen manieren tijdens de procedure administratieve en justitiële elementen gecombineerd. In sommige stelsels van concentratiecontrole is in mindere of meerdere mate ook een politiek element aanwezig, in die zin bijvoorbeeld dat de toetsing niet uitsluitend berust op overwegingen die met de mededinging verband houden, of dat op een meer directe wijze de regering of ministers tussenbeide komen. Het dient duidelijk te worden gesteld dat de in de concentratieverordening en de daarbijbehorende uitvoeringsverordening geregelde procedure van administratieve en niet van justitiële aard is⁴². De schijnbaar tweeledige functie van de Commissie als onderzoekend en besluitvormend orgaan is inherent aan de structuur van een dergelijke administratieve procedure en is niet in strijd met artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens bevonden. Het belangrijkste is dat in de rechtspraak is verklaard dat de Commissie onderworpen is aan een "doeltreffende" rechterlijke toetsing door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie⁴³.
234. In de formele administratieve procedure ligt een reeks rechten besloten die de partijen een eerlijk proces waarborgen; deze rechten zijn in een groot aantal communautaire rechterlijke uitspraken bevestigd en verfijnd. Transparantie is gedurende het gehele verloop van de procedure van het uiterste belang en wordt onder meer gewaarborgd door het vereiste van een met redenen omklede beschikking bij het instellen van een grondig onderzoek, de toezending van een mededeling van punten van bezwaar aan de partijen, het recht op inzage van het dossier, het recht om de bezwaren schriftelijk te weerleggen, het recht op een hoorzitting en de verplichting om eindbeschikkingen uitvoerig met redenen te omkleden.
235. Op een algemener niveau wordt de transparantie van het beleid van de Commissie verder bevorderd door de praktijk van publicatie van interpretatieve mededelingen over belangrijke bevoegdheidskwesties en punten van materieel recht. Bovendien wordt bekendheid gegeven aan de behandeling door de Commissie van individuele zaken, onder meer door bekendmaking van de aanmeldingen en van de beschikkingen tot inleiding van een grondige procedure en door publicatie van de integrale tekst van de eindbeschikkingen.
236. Andere diensten van de Commissie en de lidstaten zorgen voor interne en externe controles en waarborgen. Fase-II-beschikkingen, waaronder verbodsbeschikkingen,

⁴² Volgens de rechtspraak is de Commissie geen rechterlijke instantie in de zin van artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens. Zie het arrest van het Hof van Justitie van 7 juni 1983 in de gevoegde zaken 100-103/80, *Musique Diffusion Française/Commissie*, Jurispr. 1983, blz. 1825.

⁴³ Zie het in de vorige voetnoot aangehaalde arrest alsook het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 14 mei 1998 in zaak T-348/94, *Enso Española/Commissie*, Jurispr. 1998, blz. II-1875.

moeten door de Commissie als college worden aangenomen. In deze werkmethode weerspiegelen zich de aard en de structuur van de Commissie in haar hoedanigheid van hoedster van de Verdragen en als autoriteit die met de toepassing van de concentratieverordening is belast. In deze optiek is het begrijpelijk dat de structuur en het tijdschema van de procedure rekening moeten houden met de organisatorische vereisten die juist het gevolg van de werkmethode van de Commissie zijn: overleg tussen diensten en met vijftien lidstaten, vertaling en vertolking, de logistiek van vergaderingen en hoorzittingen en de "afwerking" van de beschikkingen (voorbereiding van de stemming in het college, ondertekening, enz.).

237. In de volgende paragrafen wordt in het kort geschetst welke elementen ter eerbiediging van het beginsel van een eerlijk proces en welke controles en waarborgen in de procedure van concentratiecontrole van de Commissie besloten liggen.

Eerlijk proces

238. Er zij in de eerste plaats op gewezen dat de Commissie dankzij het bestaan van een gevestigde praktijk van aan de aanmelding voorafgaande contacten en van een vrij gedetailleerd formulier CO onmiddellijk na de aanmelding tot een formele procedure kan overgaan, hetgeen tot de efficiëntie van het verdere verloop ervan bijdraagt. Voorts kan de Commissie onderzoeksbevoegdheden uitoefenen waarbij de aanmeldende partijen en andere marktdeelnemers direct betrokken zijn, gedurende zowel de gehele eerste als de gehele tweede fase. De concentratieverordening verbindt zowel aan verzoeken om inlichtingen als aan onderzoeken een reeks formele procedurele vereisten (artikelen 11, 12 en 13). De ingewonnen inlichtingen mogen uitsluitend voor de doeleinden van de betrokken procedure worden gebruikt (artikel 17, lid 1).
239. Met redenen omklede beschikkingen ex artikel 6, lid 1, onder c), tot inleiding van een grondige procedure worden aan de partijen meegedeeld, zodat zij zich in de praktijk op voorhand een precies idee kunnen vormen van de omvang en draagwijdte van de verdere procedure.
240. De tweede fase van de procedure heeft meestal een meer antagonistisch karakter dan de eerste fase; dit is de reden waarom in de tweede fase de vereisten ter eerbiediging van het beginsel van een eerlijk proces het stevigst en het meest expliciet in het systeem zijn verankerd.
241. Meer bepaald beschikken de partijen over de volgende rechten:
- Aan het einde van het onderzoek (ruwweg twee maanden voor de eindebeschikking) moet de Commissie de partijen een mededeling van punten van bezwaar toezenden, waarin zij op duidelijke en gedetailleerde wijze al haar bezwaren uiteenzet, zodat de partijen precies weten op welke punten hun verweer betrekking moet hebben. De mededeling van punten van bezwaar vormt ook de basis waarop de partijen zich kunnen beginnen voor te bereiden op het formuleren van voorstellen voor passende corrigerende maatregelen.
 - Na ontvangst van de mededeling van punten van bezwaar kunnen de partijen om inzage van het dossier van de Commissie verzoeken, teneinde na te gaan wat de uitkomst van het onderzoek is en van welke bronnen de Commissie gebruik heeft

gemaakt om haar bezwaren te staven (met eerbiediging van eenieders gewettigd belang bij de bewaring van zakengeheimen en de vertrouwelijke behandeling van commercieel gevoelige informatie).

- De partijen zijn gerechtigd om in hun schriftelijk antwoord op de mededeling van punten van bezwaar van de Commissie te eisen dat een formele hoorzitting wordt gehouden, tijdens welke zij hun verweer tegen de aangevoerde bezwaren kunnen ontwikkelen. De bevoegde autoriteiten van de lidstaten nemen aan de hoorzitting deel. Het belang van de opvattingen van de lidstaten wordt, met name met het oog op de volgende stap in de procedure (namelijk de vergadering van het adviescomité voor concentraties), duidelijk erkend door de partijen, die regelmatig op bilaterale basis met de autoriteiten van de lidstaten contact over de zaak opnemen. Betrokkenen aan wie de Commissie voornemens is een geldboete of een dwangsom op te leggen, beschikken over dezelfde rechten van verweer.
242. Derden die aantonen daarbij voldoende belang te hebben (zoals leden van de bestuursorganen en vertegenwoordigers van de werknemers van de betrokken ondernemingen (artikel 18, lid 4), afnemers, leveranciers en concurrenten), kunnen eveneens vragen om te worden gehoord, en schriftelijke opmerkingen indienen.
243. Een belangrijke categorie van derden die slechts zelden in concentratieprocedures hun opvattingen kenbaar maken, zijn de consumenten (of de organisaties die hun belangen behartigen). Hoewel deze kwestie strikt genomen niet binnen het bestek van de herziening van de concentratieverordening valt, zou de Commissie graag suggesties ontvangen over de wijze waarop zij ertoe zou kunnen bijdragen dat groepen en organisaties van consumenten ertoe worden aangezet, en het hun gemakkelijker wordt gemaakt, op een actievere manier hun mening te geven over concentraties die onder toepassing van de verordening vallen en die hun belangen raken.
244. De Commissie is bereid kennis te nemen van de standpunten van de betrokken werknemers, ook tijdens de eerste fase van een concentratieonderzoek, voorzover dit, gezien het strikte tijdschema van een dergelijk onderzoek, mogelijk is. De Commissie zou dan ook graag suggesties ontvangen over de vraag hoe ervoor kan worden gezorgd dat de betrokken werknemers of hun vertegenwoordigers op efficiëntere wijze hun standpunten kenbaar kunnen maken, inzonderheid met betrekking tot de te verwachten impact van de voorgestelde concentratie op de markt.
245. Hoorzittingen worden georganiseerd en geleid door een raadadviseur-auditeur, wiens rol als garant van het recht om gedurende het gehele verloop van de procedure te worden gehoord, bij een nieuw besluit betreffende zijn mandaat is uitgebreid⁴⁴. De raadadviseur-auditeur brengt direct aan het bevoegde lid van de Commissie verslag uit over de hoorzitting. Hij behandelt in dit verslag alle punten die van belang zijn voor een eerlijk proces, zoals het verlenen van inzage van documenten, het verlenen van toegang tot het dossier, de termijnen voor het beantwoorden van de mededeling van punten van bezwaar en het correcte verloop van de hoorzitting; hij kan in dit verslag ook opmerkingen maken over het vervolg van de procedure (bv. het laten vallen van bepaalde punten van bezwaar). In zijn eindverslag (dat ter kennis van de

⁴⁴ Besluit van de Commissie van 23 mei 2001 betreffende het mandaat van de raadadviseur-auditeur in bepaalde mededingingsprocedures, PB L 162 van 19.6.2001, blz. 21.

lidstaten wordt gebracht, aan de definitieve ontwerpbeschikking wordt gehecht en tezamen met de eindbeschikking in het Publicatieblad wordt bekendgemaakt) gaat de raadadviseur-auditeur na of in de ontwerpbeschikking uitsluitend rekening wordt gehouden met punten van bezwaar waarover de partijen hun standpunt kenbaar hebben kunnen maken, en toetst hij onderzoekshandelingen, verricht ter beoordeling van de gevolgen vanuit mededingingsoogpunt van voorgestelde verbintenissen, op hun objectiviteit. Volgens de nieuwe regels ressorteert de raadadviseur-auditeur rechtstreeks onder het lid van de Commissie dat bevoegd is voor mededingingszaken, wordt hij volgens een transparante procedure benoemd en behoeft hij geen ambtenaar van de Commissie te zijn.

Controles en waarborgen tijdens het besluitvormingsproces

246. De lidstaten voegen een zeer belangrijk element van externe controle aan de procedure toe. Hun rol is in de tweede fase sterker geformaliseerd. Terwijl zij in de eerste fase gerechtigd zijn afschriften van de aanmelding en van de belangrijkste documenten (met inbegrip van verbintenissen) te ontvangen, waarover zij opmerkingen kunnen maken, komen zij in de tweede fase ook bijeen in het adviescomité voor concentraties, dat uit vertegenwoordigers van de bevoegde autoriteiten bestaat. Aan de lidstaten wordt op voorhand een reeks documenten, waaronder een voorontwerp van beschikking en eventueel voorgestelde verbintenissen, toegezonden. Indien de partijen nieuwe verbintenissen voorstellen, is het mogelijk dat het adviescomité opnieuw moet worden geraadpleegd. Het is verifieerbaar dat de Commissie groot belang aan het advies van het comité hecht, aangezien dit wordt bekendgemaakt.
247. Andere bevoegde eenheden binnen het DG Concurrentie en andere diensten van de Commissie spelen een rol in het besluitvormingsproces en leveren hun bijdrage gedurende het gehele verloop van de procedure, vanaf de onderzoeksfase tot en met het opstellen en motiveren van de beschikking. De Juridische Dienst speelt een bijzondere rol als toezichthouder op de juridische aspecten van de zaak, zowel op materiële als op procedurele punten. Er kan geen enkel besluit met rechtsgevolgen worden voorgesteld en aangenomen voordat de Juridische Dienst daaraan zijn goedkeuring heeft gehecht. Wanneer een concentratiebeschikking wordt aangevochten, is het de Juridische Dienst die de Commissie voor de communautaire instanties verdedigt. Zowel het DG Economische en financiële zaken, het DG Ondernemingen en andere daarvoor in aanmerking komende sectoriële directoraten-generaal als de interne economen van het DG Concurrentie brengen in de analyse in concentratiezaken hun kennis en ervaring op technisch, economisch en industrieel gebied in. Het verantwoordelijke onderzoeksteam verzoekt hun ook om opmerkingen over voorlopige opinies in verschillende stadia van de procedure, zowel in de eerste als in de tweede fase.

Wijzigingen van het huidige procedurele kader

248. Verbeteringen van de huidige procedure ter beoordeling van concentraties moeten mogelijk zijn, maar ze moeten passen binnen het raam van het huidige stelsel van het Verdrag en de werkmethode van de Commissie, zoals hierboven beschreven. Een belangrijk onderliggend beginsel van om het even welke wijziging zou moeten zijn dat ze erop gericht dient te zijn de betrokkenen in de gelegenheid te stellen om op het juiste moment en in het juiste stadium van de procedure bijdragen van betere kwaliteit te leveren. Bij elk voorstel moet ook het besef aanwezig zijn dat concessies

in één zin restricties in een andere zin kunnen impliceren. Elke wijziging met betrekking tot de procedure inzake verbintenissen (zie hierboven) moet in deze optiek worden gezien. Zo doet de Commissie in haar voorstel betreffende de fase-II-procedure concessies op het vlak van een zeer strikt tijdschema, met het doel de transparantie en de deelneming van alle betrokkenen aan de discussie over verbintenissen te bevorderen.

249. De Commissie zal in alle openheid elke andere degelijk onderbouwde suggestie in deze geest in overweging nemen.
250. Het huidige systeem van rechterlijke toetsing van concentratiebeschikkingen wordt door bepaalde commentatoren als onbevredigend en inefficiënt beschouwd. Zij voeren aan dat de duur van de procedures voor de communautaire rechterlijke instanties de betrokkenen ervan weerhoudt het tot een proces te laten komen, waardoor de dreiging van een rechterlijke toetsing, die het administratieve optreden binnen duidelijke perken houdt, wegvalt. Het Gerecht van eerste aanleg heeft op 6 december 2000 zijn reglement voor de procesvoering op een aantal punten gewijzigd teneinde op verschillende gebieden, waartoe ook de concentratiecontrole zou kunnen behoren, de procedures te bespoedigen⁴⁵. Aangezien deze wijzigingen eerst op 1 februari 2001 in werking zijn getreden, is het echter nog te vroeg om het effect ervan te evalueren. In dit verband zij opgemerkt dat, hoewel de hervorming van rechterlijke procedures buiten de bevoegdheid van de Commissie en zeker buiten het bestek van de onderhavige werkzaamheden met het oog op een herziening valt, de Commissie met genoegen zou zien dat de communautaire rechterlijke instanties verdere initiatieven nemen om de behandeling van beroepen sneller te laten verlopen. Dit zou bovendien het voordeel hebben dat het tot een verdere verrijking van de rechtspraak leidt.
251. In elk geval is het tot dusver in een niet onaanzienlijk aantal concentratiezaken tot een proces en - wat nog belangrijker is - tot een beroep tegen een verbodsbeschikking gekomen. Van de 15 verbodsbeschikkingen werden er 7 door de aanmeldende partijen betwist; dit betekent dat in 47% van de gevallen de beschikking van de Commissie aan een grondige controle door het Gerecht van eerste aanleg werd onderworpen⁴⁶ (sommige zaken zijn op het ogenblik nog aanhangig).
252. Sommige commentatoren hebben op elementen in andere stelsels van concentratiecontrole gewezen die volgens hen op een efficiëntere wijze een systematische rechterlijke toetsing waarborgen. Zo moeten bijvoorbeeld onder het stelsel dat in de Verenigde Staten geldt, de mededingingsautoriteiten zich tot een federale rechterlijke instantie wenden om een concentratie tegen te houden. De ervaring leert echter dat in de Verenigde Staten een groot aantal zaken waarin op grond van onderling overeengekomen corrigerende maatregelen een schikking wordt getroffen, niet voor de rechter komen. Ook worden in de Verenigde Staten verbodsbeschikkingen niet noodzakelijkerwijze aan rechterlijke controle

⁴⁵ PB L 322 van 19.12.2000.

⁴⁶ Tot en met 1 oktober 2001: RTL/VERONICA/ENDEMOL, GENCOR/LONRHO, KESKO/TUKO, BERTELSMANN/KIRCH/PREMIERE, AIRTOURS/FIRST CHOICE, WORLDCOM MCI/SPRINT en GENERAL ELECTRIC/HONEYWELL.

onderworpen, omdat de partijen soms hun concentratieplannen opgeven op het ogenblik waarop de mededingingsautoriteiten zich tot de rechter wenden⁴⁷.

253. Als conclusie kan, volledig los van het feit dat de herziening van rechterlijke procedures buiten het bestek van de herziening van de concentratieverordening valt, worden gesteld dat de Commissie niet van oordeel is dat het huidige systeem van rechterlijke toetsing ondernemingen tegen de concentratieplannen waarvan op grond van de verordening bezwaar wordt gemaakt, geen adequate rechtsbescherming biedt. Niettemin is de Commissie met inachtneming van deze beperkingen bereid om in alle openheid te onderzoeken wat zij zou kunnen doen ter ondersteuning van degelijk onderbouwde suggesties om de rechterlijke toetsing van haar beschikkingen in concentratiezaken te verbeteren. Ook gefundeerde beschouwingen over de relatieve verdiensten van de algemene procedureregeling van de concentratieverordening enerzijds en de in andere landen op het gebied van de concentratiecontrole geldende procedureregelingen anderzijds zijn welkom.

V. VERZOEK OM INDIENING VAN OPMERKINGEN

254. De belanghebbenden worden verzocht hun opvattingen kenbaar te maken, niet alleen over sommige of alle van de in dit Groenboek behandelde specifieke kwesties, maar ook over alle andere aangelegenheden die voor de toepassing van de communautaire concentratiecontrole van belang kunnen zijn.
255. De opmerkingen moeten de Commissie uiterlijk op 31 maart 2002 bereiken en kunnen haar op de volgende manieren worden toegezonden:

Per post op het volgende adres:

Europese Commissie
Directoraat-generaal Concurrentie
Herziening van de concentratieverordening - Groenboek

B-1049 Brussel
België

Per e-mail:

mtfmergerreview@cec.eu.int

256. Extra kopieën van dit Groenboek zijn beschikbaar op:

⁴⁷ In de periode 1996-2001 werd door de Federal Trade Commission (FTC) in 12 zaken een verzoek om een preliminaire injunctie ingediend teneinde de totstandbrenging van de concentratie tegen te houden. Zeven van die zaken kwamen voor de rechter, en in één zaak werd voor het begin van het proces een schikking getroffen. In vier zaken zagen de partijen van hun transactie af nadat een verzoek om een injunctie was ingediend (in vier andere zaken gaven de partijen hun concentratievoornemen op nadat er in de FTC voor was gestemd om een verzoek om een injunctie in te dienen, of nadat zij hadden vernomen dat de ambtenaren die de zaak behandelden, voornemens waren de FTC aan te bevelen een dergelijk verzoek in te dienen). Alles bij elkaar was het aantal opgegeven transacties gedurende de beschouwde periode (8) dus even hoog als het aantal zaken die voor de rechter kwamen (7). In de periode 1996-2000 werd door het Department of Justice in 80 zaken een vordering bij een District Court ingesteld, terwijl in 126 zaken, nadat met zulk een vordering was bedreigd, het concentratievoornemen vóór de indiening van die vordering werd herwerkt of opgegeven.

<http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/>

BIJLAGEN

BIJLAGE I: KWESTIES IN VERBAND MET DE DREMPELS

BIJLAGE II: artikel 9 - artikel 22

De bijlagen zijn uitsluitend in het Engels, tezamen met de oorspronkelijke versie van het Groenboek, beschikbaar op het volgende adres:

<http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/>