

Vergaderjaar 2013–2014

22 112

Nieuwe Commissievoorstellen en initiatieven van de lidstaten van de Europese Unie

Nr. 1890

BRIEF VAN DE MINISTER VAN ECONOMISCHE ZAKEN

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 8 september 2014

Op 9 juli 2014 heeft de Europese Commissie het Witboek «Naar een effectievere EU-concentratiecontrole» gepubliceerd en ter consultatie voorgelegd.

Bijgaand bied ik u de kabinetsreactie op het Witboek aan, de reactie is in overleg met de Autoriteit Consument en Markt opgesteld.

De Minister van Economische Zaken,
H.G.J. Kamp

1. Inleiding

De Europese Commissie (hierna: de Commissie) schetst in haar Witboek «Naar een effectievere EU-concentratiecontrole» (hierna: Witboek) een aantal maatregelen inzake het toezicht op fusies en overnames (hierna: concentratietoezicht) dat zij op grond van Verordening nr. 139/2004¹ betreffende de controle op concentraties van ondernemingen verricht (hierna: de Concentratieverordening).

De maatregelen hebben strikt genomen geen directe gevolgen voor het Nederlandse concentratietoezicht, zoals dat op grond van de Mededingingswet door de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM) wordt uitgevoerd. Omdat voor het Nederlandse concentratietoezicht is gekozen voor een systeem dat zoveel mogelijk aansluit bij het Europese concentratietoezicht zal een wijziging zoals het Witboek voorstelt, na besluitvorming daarover, aanleiding kunnen vormen voor een daarop aansluitende wijziging van de Mededingingswet.

De voorgestelde wijzigingen zien met name op de bevoegdheden van de Commissie ten aanzien van minderheidsbelangen en op het efficiënter afhandelen van verwijzingsverzoeken tussen de Commissie en lidstaten. Hieronder treft u een uitgebreide samenvatting van de maatregelen en de Nederlandse reactie daarop aan. Deze reactie is opgesteld in overleg met de ACM.

2. Minderheidsdeelnemingen

Samenvatting Witboek

In haar concentratietoezicht toetst de Commissie bij de totstandkoming van een duurzame wijziging van de zeggenschap in een onderneming (een concentratie) de gevolgen voor de concurrentie. De Commissie geeft in haar Witboek aan dat ook het door een onderneming verkrijgen van een minderheidsbelang in een andere onderneming (er is dan geen sprake van een concentratie) kan leiden tot mededingingsbezwaren en daarmee tot schade voor consumenten. De Commissie heeft op dit moment zeer beperkte mogelijkheden om de verwerving van minderheidsbelangen te toetsen op de gevolgen voor de mededinging. De Commissie geeft aan dat de bezwaren zich op bijvoorbeeld de volgende wijzen kunnen voordoen:

- Als gevolg van een minderheidsdeelneming kan de prikkel en de mogelijkheid van de verkrijgende onderneming worden vergroot om prijzen te verhogen dan wel productie te beperken. De verkrijgende onderneming kan haar belang in de doelonderneming gebruiken om de toename van de winsten van de doelonderneming die voortvloeien uit de inkrimping van haar eigen productie of verhoging van haar eigen prijzen te «internaliseren». Dat wil zeggen, haar eigen omzetting compenseert met het verkregen minderheidsbelang door middel van de waardevermeerdering daarvan of dividenduitkeringen.
- Doordat de onderneming haar minderheidsbelang gebruikt om het gedrag van de doelonderneming te beïnvloeden en daarmee de concurrentiepositie van de doelonderneming te verzwakken. Bijvoorbeeld door besluiten welke een gekwalificeerde meerderheid nodig hebben te blokkeren; dergelijke besluiten kunnen van invloed zijn op de concurrentiestrategie en -kracht van de doelonderneming.
- Inzicht in concurrentiestrategieën van de doelonderneming te verkrijgen en deze inzet in haar eigen strategie om de concurrentiekracht van de doelonderneming te verzwakken.

¹ Verordening 139/2004/EG, PB L 24, blz. 1 van 20 januari 2004

- Doordat minderheidsbelangen de prikkel vergroten voor een marktdeelnemer om stilzwijgend of feitelijk te coördineren teneinde de winsten oneigenlijk op te schroeven.
- Door verticale verwerving welke kan leiden tot afscherming van input. Bijvoorbeeld het weigeren van levering aan een concurrent door de doelonderneming in een verticale verhouding.

De Commissie schetst de mogelijkheid om een «transparantiesysteem» te introduceren om deze mededingingsbezwaren te ondervangen. In het geschetste systeem dienen partijen de Commissie een informatiebericht te versturen indien het voornemen bestaat een minderheidsbelang te verkrijgen dat geen duurzame wijziging van zeggenschap oplevert.²

Onder de reikwijdte van het geschetste systeem vallen alleen ondernemingen die boven de drempel van het huidige concentratietoezicht vallen. Onder het huidige concentratietoezicht van de Commissie vallen concentraties waarvan:

- De totale omzet die over de gehele wereld door alle betrokken ondernemingen tezamen is behaald, meer dan € 5 miljard bedraagt.
- En ten minste twee van de betrokken ondernemingen elk afzonderlijk een totale omzet hebben behaald die meer dan € 250 miljoen bedraagt, tenzij elk van de betrokken ondernemingen meer dan twee derde van haar totale omzet binnen de EU in één EU-land behaalt.

Of indien aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- i. De totale omzet die over de gehele wereld door alle betrokken ondernemingen tezamen is behaald, meer dan € 2,5 miljard bedraagt.
- ii. En de totale omzet die door alle betrokken ondernemingen in elk van ten minste drie lidstaten is behaald, meer dan € 100 miljoen bedraagt.
- iii. En in elk van de drie lidstaten die ten behoeve van ii. in aanmerking zijn genomen, ten minste twee van de betrokken ondernemingen elk afzonderlijk een totale omzet hebben behaald die meer dan € 25 miljoen bedraagt.
- iv. En ten minste twee van de betrokken ondernemingen elk afzonderlijk een totale omzet hebben behaald die meer dan € 100 miljoen bedraagt.
- v. Er is geen bevoegdheid van de Commissie indien elk van de betrokken ondernemingen meer dan tweederde van haar totale omzet binnen de Gemeenschap in een en dezelfde lidstaat behaalt.

Onder het huidige concentratietoezicht van de ACM vallen concentraties die niet onder toezicht van de Commissie vallen en waarvan:³

- De totale omzet van de betrokken ondernemingen in het voorafgaande kalenderjaar meer bedroeg dan € 150 miljoen.
- En waarvan door ten minste twee van de betrokken ondernemingen ieder ten minste € 30 miljoen in Nederland is behaald.

Ondernemingen die de Europese omzeldrempels overschrijden dienen een informatiebericht, zoals geschetst in het Witboek, te versturen indien de desbetreffende ondernemingen opereren in dezelfde distributieketen en/of zij als directe concurrenten op dezelfde markt opereren (ofwel er is sprake van een verticale of van een horizontale concurrentieverhouding) en:

² Een minderheidsbelang dat wel zeggenschap oplevert valt onder het al bestaande concentratietoezicht.

³ Er gelden enkele afwijkende regels voor de financiële sector en de zorg, zie hiervoor hoofdstuk 5 van de Mededingingswet.

- Indien het deelnemingspercentage de 20% overschrijdt.
- Of indien de deelneming de 5% overschrijdt en er sprake is van bijzondere rechten, zoals het verkrijgen van een feitelijke blokkerende minderheid, een zetel in de raad van bestuur of toegang tot commercieel gevoelige informatie over de doelonderneming.

De Commissie zal vervolgens binnen een «*stand still*» periode van ten minste vijftien werkdagen beoordelen of zij de transactie verder onderzoekt. Lidstaten kunnen in deze periode bezien of zij aanleiding zien voor een verwijzing van de beoordeling naar de eigen mededingingsautoriteit.

Tot slot stelt de Commissie voor om een termijn van vier tot zes maanden te hanteren voor klachten vanuit het bedrijfsleven. Dit betreft geen «*stand still*» periode. Mogelijk kan daardoor tot een verbod op de transactie worden besloten nadat de transactie reeds is uitgevoerd.

Appreciatie

Nederland onderschrijft dat de verkrijging van een minderheidsdeelneming door een onderneming in een andere onderneming invloed kan hebben op het gedrag van ondernemingen en daarmee op de concurrentie op de markt. Onder het bestaande concentratietoezicht bestaat tot nu toe slechts bij uitzondering de mogelijkheid dat daarbij de beoordeling van de verkrijging van een minderheidsbelang aan de orde komt. Dit is alleen het geval wanneer een dergelijke transactie onderdeel vormt van een complex van transacties waarbij tevens verkrijging van zeggenschap plaatsvindt, zodat het concentratietoezicht van toepassing is.⁴ In haar Witboek stelt de Commissie dat de verwerving van een minderheidsbelang kan leiden tot schadelijke gevolgen voor de concurrentie en noemt zij een vijftal schadehypotheseën. Naar het oordeel van Nederland is in het Witboek echter in onvoldoende mate onderbouwd hoe groot het risico op deze problemen is. Nederland acht daarom een verdere toelichting op het risico op de geschetste schadehypotheseën wenselijk.

Het Witboek maakt naar het oordeel van Nederland te snel, met onvoldoende analyse en onderbouwing, de keuze voor een specifieke uitbreiding van het concentratietoezicht als middel om in te grijpen wanneer de verkrijging van een minderheidsbelang de concurrentie significant zou belemmeren. Naar het oordeel van Nederland is in te beperkte mate toegelicht in welke gevallen de huidige bepalingen omtrent het kartelverbod en het verbod op misbruik economische machtspositie in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie wel uitkomst bieden om waar nodig in te grijpen.

Wat betreft de vormgeving van het in het Witboek voorgestelde toezicht onderschrijft Nederland dat een één-op-één uitbreiding van het bestaande aanmeldingssysteem voor concentraties, zodanig dat dit ook van toepassing zou worden op de verkrijging van minderheidsdeelnemingen, tot een disproportionele toename van administratieve lasten zou leiden. Nederland betreurt echter dat van de twee andere varianten die het Witboek vermeldt alleen het door de Commissie voorgestelde systeem van «gerichte transparantie» wordt toegelicht. Nederland heeft de indruk dat een systeem van *self-assessment* met in bepaalde gevallen de mogelijkheid van ingrijpen door de Commissie vooralsnog als alternatief in aanmerking lijkt te komen. Het Witboek gaat daar echter vrijwel niet op in. Nederland acht een nadere onderbouwing voor het voorgestelde systeem wenselijk. In het bijzonder vraagt Nederland om meer aandacht

⁴ In Nederland deed zich dit voor in zaak 4100 / Sdu – Ten Hagen Stam, dg-NMa 13 september 2004.

voor de ervaringen die reeds zijn opgedaan in het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en Oostenrijk. Hoe effectief zijn de systemen die in deze landen bestaan?

Gelet ook op de relatieve eenvoud waarmee de verwerving van een minderheidsbelang kan worden teruggedraaid, ten opzichte van de verkrijging van zeggenschap, acht Nederland een nadere onderbouwing van de noodzaak van toetsing vóóraf (ex ante) door middel van een uitbreiding het concentratietoezicht wenselijk.

Daarnaast mist het Witboek volgens Nederland een toelichting op de voorgestelde inhoudelijke toetsing. De Commissie geeft in haar documenten terecht aan dat de uitvoering van de inhoudelijke toets moet worden toegespitst op minderheidsdeelnemingen. De Commissie geeft echter niet aan hoe deze toets vorm zou moeten worden gegeven. Gelet op het bovenstaande acht Nederland een nadere uitwerking voor het specifieke instrument van groot belang om de uitvoering van de inhoudelijke toets te kunnen beoordelen.

Inzake de gevolgen voor de regeldruk schat de Commissie in haar effectbeoordeling in dat ongeveer twintig tot dertig zaken per jaar bij de Commissie aangemeld zullen moeten worden. Van deze zaken zou er in één à twee gevallen per jaar worden geïntervenieerd. Volgens de Commissie zijn de gevolgen voor de regeldruk daarom beperkt omdat MKB-ondernemers gelet op de drempels in het Europese concentratietoezicht niet door de maatregelen worden geraakt. Zoals ook door de Commissie in haar Witboek wordt onderschreven hecht zij, net als Nederland, aan een grote mate van gelijkheid in het mededingingstoezicht van de Commissie en nationale mededingingsautoriteiten. Omdat Nederland in dit verband heeft gekozen voor een systeem dat zoveel mogelijk aansluit bij het Europese concentratietoezicht zal een wijziging zoals het Witboek voorstelt, na besluitvorming daarover, aanleiding kunnen vormen voor een daarop aansluitende wijziging van de Mededingingswet. Daardoor heeft het voorstel van de Commissie om een toetsing voor minderheidsbelangen te introduceren mogelijk ook gevolgen voor de regeldruk op nationaal niveau. Hierdoor zal de in het Witboek voorgestelde maatregel op termijn aanzienlijk meer gevolgen voor de regeldruk kunnen hebben dan de Commissie in haar effectbeoordeling schetst.

Samenvattend heeft Nederland vooralsnog bedenkingen bij de geschiktheid en proportionaliteit van het voorstel. Naar het oordeel van Nederland heeft de Commissie onvoldoende toegelicht hoe de voorgestelde maatregelen in de praktijk zullen uitwerken en onvoldoende onderbouwd waarom zij in het licht van de geschetste problematiek proportioneel zijn. Daarom is het voor Nederland niet goed te beoordelen of het voorstel geschikt en proportioneel is. Nederland vraagt de Commissie dan ook om de geschiktheid en proportionaliteit van de voorgestelde maatregelen nader te onderbouwen. Nederland ziet het volgende document van de Commissie graag tegemoet en zal dan opnieuw beoordelen of de voorgestelde maatregelen voldoen aan de eisen van geschiktheid en proportionaliteit met betrekking tot zowel het geconstateerde probleem als de regeldruk.

3. Verwijzingsverzoeken

Verzoek van partijen vóór aanmelding tot verwijzing van lidstaat naar de Commissie (Artikel 4(5) Concentratieverordening)

In de huidige procedure kunnen ondernemingen die partij zijn bij een concentratie een verzoek aan de Commissie doen voor behandeling van een concentratiemelding door de Commissie voordat de voorgenomen concentratie is aangemeld bij een lidstaat. De Commissie vraagt vervolgens aan de lidstaten of zij bezwaar hebben tegen behandeling van deze concentratiemelding door de Commissie. De lidstaten hebben hierop een vetorecht. Van het vetorecht is sinds 2004 in slechts 6 van de 261 verwijzingen gebruikt gemaakt. Pas indien geen van de lidstaten bezwaar maakt en het verzoek wordt goedgekeurd, kunnen partijen hun concentratiemelding vervolgens bij de Commissie indienen. In het huidige systeem dienen ondernemers daardoor twee verzoeken in te dienen.

De Commissie stelt voor om het proces te vereenvoudigen door partijen de mogelijkheid te geven direct een melding bij de Commissie in te dienen. De lidstaten krijgen vervolgens 15 werkdagen om zich eventueel te verzetten tegen een behandeling door de Commissie van de concentratiemelding. Indien ten minste één van de lidstaten zich verzet, ziet de Commissie af van behandeling van de concentratiemelding. De Commissie stelt daarbij voor een dusdanige informatie-uitwisseling te faciliteren opdat lidstaten tijdig geïnformeerd zijn over de concentratiemelding als de Commissie hierover al pre-notificatiegesprekken voert met de betrokken partijen.

Verzoek van lidstaat na aanmelding tot verwijzing van lidstaat naar de Commissie

(Artikel 22 Concentratieverordening)

In de huidige procedure kan een lidstaat na aanmelding de Commissie verzoeken de concentratiemelding te behandelen. Indien de Commissie dit verzoek accepteert, wordt zij bevoegd voor het grondgebied van die lidstaat en de lidstaten die het verzoek ondersteunen.

De Commissie stelt voor om een mogelijk gedeelde bevoegdheid tussen de Commissie en de nationale autoriteiten uit te sluiten. Indien de lidstaten akkoord gaan met de verwijzing van een zaak van één of meer lidstaten naar de Commissie, dan wordt de Commissie in het geschetste systeem bevoegd voor de gehele Europese Economische Ruimte (hierna: EER). Indien één van de lidstaten zich hiertegen verzet dan wordt de Commissie in het geheel niet bevoegd en dient iedere lidstaat waarin de concentratie meldingsplichtig is zelf een beoordeling te maken. Lidstaten hoeven de redenen voor hun verzet niet kenbaar te maken. Goedkeuringsbesluiten reeds genomen door een lidstaat blijven in het geval van een verwijzing naar de Commissie geldig.

Verzoek van partijen vóór aanmelding tot verwijzing van de Commissie naar een lidstaat (Artikel 4(4) Concentratieverordening)

In de huidige procedure is het ook mogelijk voor partijen om vóór aanmelding van een concentratie de Commissie te verzoeken dat de concentratie, die op grond van Verordening 139/2004 moet worden gemeld bij de Commissie, wordt verwezen naar een lidstaat. De Commissie stelt voor het criterium dat daarbij wordt gehanteerd en dat behelst dat de concentratie «in significante mate gevolgen kan hebben voor de mededinging op een markt» te wijzigen in een criterium waaruit volgt dat de transactie waarschijnlijk vooral gevolgen zal hebben op een

te onderscheiden markt in de betrokken lidstaat. Hiermee vervalt volgens de Commissie het gepercipieerde element van zelfbeschuldiging voor de verzoekende partijen.

Appreciatie

Nederland kan zich vinden in de bovenstaande voorstellen van de Commissie en steunt de Commissie dan ook in haar voornemens. Zo zal het een afname van de administratieve lasten betekenen voor ondernemers en een efficiënter proces creëren.

Wel verzoekt Nederland de Commissie om de mogelijkheid tot verwijzing na aanmelding van de Commissie naar een lidstaat op verzoek van die lidstaat (Artikel 9 Concentratieverordening) nader te evalueren om te bezien of verbeteringen mogelijk en wenselijk zijn. In de afgelopen jaren heeft zich een relatief groot aantal afwijzingen van verwijzingsverzoeken voorgedaan. In het kader van de voorstellen om te komen tot het efficiënter afhandelen van verwijzingsverzoeken tussen de Commissie en lidstaten acht Nederland daarom evaluatie van het verwijzingssysteem op basis van Artikel 9 op zijn plaats.

4. Andere voorgestelde wijzigingen

Tot slot schetst de Commissie nog twee andere mogelijke wijzigingen.

Ten eerste stelt de Commissie voor om de totstandkoming van een volwaardige gemeenschappelijke onderneming die buiten de EER is gevestigd en actief is en bovendien geen invloed heeft op de EER-markten buiten het toepassingsbereik van de concentratieverordening te laten vallen, zelfs indien de omzetzempels worden bereikt.

Nederland kan zich vinden in dit onderdeel van het Witboek en steunt de Commissie dan ook in haar voornemen. Indien is voldaan aan de door de Commissie gestelde voorwaarde zou een beoordeling van de concentratie immers niet meer dan aan bureaucratisch proces zijn.

Ten tweede stelt de Commissie voor om bepaalde categorieën concentraties vrij te stellen van de verplichting tot voorafgaande melding indien zij in de regel geen mededingingsbezwaren doen rijzen. Dit geldt volgens de Commissie bijvoorbeeld voor concentraties van ondernemingen die geen horizontale of verticale banden hebben en die dus in het reguliere economische verkeer over het algemeen niet met elkaar te maken hebben. Voor deze zaken zal dan het systeem van verplichte transparantie zoals voorgesteld voor minderheidsdeelnemingen gaan gelden.

Nederland ziet toegevoegde waarde van een gedeeltelijke vrijstelling. In de regel hebben concentraties van ondernemingen die zowel verticaal als horizontaal geen banden hebben geen (negatief) effect op de mededinging. Nederland kan de Commissie dan ook steunen in het verder uitwerken van haar voorstel maar vraagt de Commissie wel om bij de verdere gedachtevorming mee te nemen dat een eigen onderzoek door partijen, of er sprake is van mogelijke verticale of horizontale banden, complex is en er zodoende voldoende richtlijnen moeten worden geboden aan partijen om een dergelijk eigen onderzoek goed te kunnen uitvoeren. De gedeeltelijke vrijstelling zou anders een groot deel van het beoogde effect verliezen doordat ondernemers hun concentraties toch aanmelden omdat zij behoefte hebben aan rechtszekerheid.

5. Conclusie

Nederland is positief ten aanzien van die onderdelen in het Witboek die zien op de toepassing van Europees recht buiten de EER en de gedeeltelijke vrijstelling van concentraties van ondernemingen die geen horizontale of verticale banden hebben. Ook is Nederland positief ten aanzien van die onderdelen van het Witboek die zien op de verwijzingsverzoeken tussen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten, maar mist Nederland daarin een analyse van verwijzingsverzoeken van de Commissie naar een lidstaat op verzoek van de lidstaat na aanmelding van deze concentraties.

Alhoewel minderheidsdeelnemingen marktversturende effecten kunnen veroorzaken en consumentenbelangen kunnen schaden, is Nederland vooralsnog negatief ten opzichte van die onderdelen die zien op minderheidsdeelnemingen. Naar het oordeel van Nederland heeft de Commissie de geschiktheid en proportionaliteit van de maatregelen die worden geschetst in het Witboek nog onvoldoende aangetoond. Nederland ziet het volgende document van de Commissie graag tegemoet en zal dan opnieuw beoordelen of de voorgestelde maatregelen voldoen aan de eisen van geschiktheid en proportionaliteit.